

AÑO 8_Nº 9

Diciembre 2024

ISSN (Ver. impresa): 2591-3468

ISSN (Ver. online): 2591-3476

REVISTA DE ESTUDIO



Saber y Saber Hacer

REVISTA

Derecho y Salud

JOURNAL OF LAW AND HEALTH

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

REVISTA

Derecho y Salud

SALA DE DERECHO A LA SALUD

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

Año 8 · Nro. 9 · Diciembre 2024 //
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 (España). Investigador de la Sala de Derecho a la Salud del Instituto de Investigación en Ciencias Jurídicas (IDI-CJ) de la Universidad Blas Pascal (Argentina).

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

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

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

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

Consejo Científico

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

Diseño y Diagramación

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



Copyright © 2024 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

- La legislación sobre la gestación por sustitución en Argentina: una deuda pendiente de regulación frente a derechos de distintos vulnerables

The legislation on gestational surrogacy in Argentina: a pending debt of regulation in the face of the rights of different vulnerable people

Claudia E. Zalazar 17

2. ESTUDIOS GENERALES

- Saúde, violência e segurança pública no Brasil: repercussões na saúde mental dos agentes de segurança pública sob a perspectiva do direito fraterno

Health, violence and public security in Brazil: repercussions on the mental health of public security agents from the perspective of fraternal law

Alexandre Juliani Riela; Ana Luísa Dessoy Weiler; Gabrielle Scola Dutra 29

- Conflictos y corresponsabilidades implicados en los Derechos a la Salud y al uso recreativo de la cannabis en México

Conflicts and Co-Responsibilities involved in the Right to Health and recreational Use of Cannabis in Mexico

Francisco Justiniano Velasco Arellanes 47

- La regulación de la provincia de Santa Fe en materia de cuidados paliativos a la luz de la legislación nacional. Análisis comparativo.

The regulation of the province of Santa Fe regarding palliative care in light of national legislation. Comparative analysis.

Elisabet A. Vidal 65

- Mediação sanitária laboral no Brasil: um enfoque a partir da Metateoria do Direito Fraterno

Labor health mediation in Brazil: an approach based on Metatheory of Fraternal Law

Rosane Teresinha Carvalho Porto; Élide Martins de Oliveira Taveira 81

- Raça, interseccionalidade e alteridade: uma análise do caso Alyne Pimentel vs. Brasil a partir da justiça reprodutiva como efetivação do direito à saúde

Race, intersectionality and alterity: an analysis of the case Alyne Pimentel vs. Brazil from reproductive justice as enforcement of the right to health

Milena Cereser da Rosa; Luiza Mello Fruet; Janaína Machado Sturza 93

<p>- Barreiras do acesso à saúde e vulnerabilidade da população trans: uma revisão integrativa de literatura <i>Barriers to access to health and vulnerability of the trans population: an integrative literature review</i> Débora de Jesus Barbosa; Emerson Fernando Rasera, Noelle Tavares Ferreira; Flávia do Bonsucesso Teixeira</p>	107
<p>- Inteligencia Artificial en el ámbito del derecho de la salud <i>Artificial Intelligence in the field of the right to health</i> Carla Mitelman</p>	125
<p>- Justiça sexual: percepções jurídicas sobre saúde e sexualidade a partir do caso Carvalho Pinto de Sousa Morais vs Portugal <i>Sexual justice: legal perceptions about health and sexuality based on the case of Carvalho Pinto de Sousa Morais vs Portugal</i> Sheila Cibele Kruger Carvalho; Victoria Pedrazzi; Joice Graciele Nielsson ...</p>	137
<p>- Técnicas de Inseminación Casera (TIC) en Argentina: tensiones y abordajes jurisprudenciales <i>Home Insemination Techniques (HIT) in Argentina: tensions and jurisprudential approaches</i> Melina Andrea Deangeli</p>	151
<p>- A pandemia de covid-19, os conflitos federativos e o Supremo Tribunal Federal: Os casos da ADI 6341 e da ADPF 672 <i>The covid-19 Pandemic, Federative Conflicts, and the Federal Supreme Court of Brazil: The Cases of ADI 6341 and ADPF 672</i> Thauanne de Souza Gonçalves; Larissa Borsato da Silva; Felipe Dutra Asensi ...</p>	169
<p>- El derecho a decidir en torno a cuidados y apoyos en la legislación mexicana: un análisis sociojurídico desde la perspectiva del movimiento disca y loco <i>The right to decide on care and support in Mexican law: a socio-legal analysis from the perspective of the disca y loco movement</i> Grecia Guzmán Martínez</p>	183
<p>- Proteção à saúde no meio ambiente digital: o princípio da precaução e as neurotecnologias <i>Protection to health on digital environment: the precautionary principle and neurotechnologies</i> Aurea Maria de Carvalho; Ricardo Libel Waldman</p>	199
<p>- Diseño institucional y problemas funcionales de la coordinación intergubernamental en materia de salud en Argentina. Los consejos federales sanitarios <i>Institutional Design and Functional Issues in Intergovernmental Coordination in Health Matters in Argentina: The Federal Health Councils</i> Marcelo Bernal y Romina Verri</p>	219

3. COMENTARIOS JURISPRUDENCIALES

Tribunal Europeo de Derechos Humanos

- Limitaciones a la protección de derechos en tiempos de crisis

Limitations to the protection of rights in times of crisis

Carlota H-C Robles 239

Corte Interamericana de Derechos Humanos

- La conexidad entre la garantía de acceso a la justicia y la erradicación de prácticas de violencia obstétrica como estandarte internacional

The connection between the guarantee of access to justice and the eradication of practices of obstetric violence as an international standard.

Julietta García Gómez 257

- Violencia procesal: un extraño aforismo.

Procedural violence: a strange aphorism.

Stefania Melisa Cuello 265

Tribunal Constitucional Español

- Interrupción voluntaria del embarazo y protección gradual del nasciturus: la visión de la STC 44/2023 sobre el sistema de plazos

Voluntary termination of pregnancy and gradual protection of the nasciturus: the perspective of CCJ 44/2023 on the time limits system

Rogelio Lopera Álvarez 273

- Duelo al sol: la vacunación de menores contra la Covid-19 en caso de discrepancias entre los progenitores

Duel in the sun: vaccination of minors against Covid-19 in the context of discrepancies between parents

Miguel Medina Álvaro 283

- Las competencias "exclusivas" del Estado: análisis de la Disposición Adicional Segunda de la Ley de la Asamblea de Madrid

The "exclusive" jurisdiction of the State: analysis of the Second Additional Provision of the Law of the Assembly of Madrid

Dana Soto Díaz 295

- El diálogo jurídico-sanitario en el Estado de alarma: el ejercicio del derecho de reunión en tiempos de pandemia

The legal-health dialogue in the State of alarm: exercise of the right of assembly in pandemic times

Daniel Martínez-Arana 305

- El Tribunal Constitucional ante la vacunación no consentida: una mirada crítica	
<i>The Constitutional Court and non-consensual vaccination: a critical perspective</i>	
Antonio Pipó Pérez-Tejada	315
- Derechos fundamentales en la interrupción voluntaria del embarazo	
<i>Fundamental rights in the voluntary interruption of pregnancy</i>	
Miguel Chaves Montalbán	333
Tribunal Supremo Español	
- Sentencia Firme: el Tribunal deniega el recurso de Paternidad	
<i>Final Judgment: the Court rejects the paternity appeal</i>	
Nicolás Pingarrón Barci	345
Corte Constitucional de Colombia	
- Responsabilidad social y el derecho a la salud en cirugías plásticas	
<i>Social responsibility and the right to health in plastic surgeries</i>	
Marcos Maximiliano Cáceres Falkiewicz	353
- Acceso a la Salud y Afirmación de Género para Personas Transgénero en Colombia.	
<i>Access to Health Care and Gender Affirmation for Transgender People in Colombia.</i>	
Abril Alani Castillo	365
Corte Suprema de Justicia de la Nación	
- El poder judicial y el alcance del control jurisdiccional	
<i>The judicial power and the scope of jurisdictional control</i>	
Nadia Virginia Copello	375
Poder Judicial de la Provincia de Córdoba	
- Derecho a morir dignamente: reflexión a partir del fallo "S.O.R.M" del Tribunal Superior de Justicia de Córdoba	
<i>Right to die with dignity: reflection on the "S.O.R.M" ruling of the High Court of Justice of Córdoba</i>	
Noelia Soledad Sánchez	383
- Muerte digna en la ciudad de Córdoba	
<i>Death with dignity in the city of Córdoba</i>	
Guillermina F. Riberi	395
- Perspectivas sobre la Gestación por Sustitución, el procedimiento de Exequátur y la declaración de inconstitucionalidad del artículo 562 del Código Civil y Comercial Argentino	
<i>Perspectives on Surrogacy, the Exequatur Procedure, and the Declaration of</i>	

<i>Unconstitutionality of Article 562 of the Argentine Civil and Commercial Code</i>	
Agustina Proserpi Ledesma	403
- Nacimiento con vida en la interrupción legal del embarazo	
<i>Live birth in legal termination of pregnancy</i>	
Florencia Lozano	413
- El Poder Judicial como garante de los derechos de las personas con discapacidad, con especial referencia a su inserción laboral	
<i>The role of justice in guaranteeing the rights of people with disabilities, with special emphasis on their labour inclusion</i>	
Lucía Pereyra	423
- Vulnerabilidad como parámetro de resolución de amparos de salud. El derecho a la salud y su enfoque tuitivo.	
<i>Vulnerability as a parameter for resolving amparo actions of health. The right to health and its tutelary approach.</i>	
Abel Agustín Campos Colazo	435
- Rescisión Unilateral del Contrato de Medicina Prepaga y su impacto en la Protección de la Identidad de Género.	
<i>Unilateral Termination of Private Health Insurance Contracts and Its Impact on Gender Identity Protection</i>	
Belén Kademian	447
- Decisiones médicas y derechos del paciente: Derecho a la vida versus el Derecho a un plan de vida que incluya a la muerte. Dilemas éticos y jurídicos en la práctica contemporánea Cordobesa.	
<i>Medical decisions and patient rights: The right to life versus the right to a life plan that includes death. Ethical and juridical dilemmas in contemporary practice in Córdoba.</i>	
Guadalupe Hidalgo	457
- La gestación por sustitución: una TRHA que desborda los límites de la relación entre comitentes y mujer gestante.	
<i>Surrogacy: a HRT that goes beyond the limits of the relationship between parents and the surrogate woman.</i>	
Agustina Chaves	471
- Técnicas de reproducción humana asistida: la negativa de las obras sociales a la cobertura. La necesidad de armonizar la administración de los recursos finitos y el respeto a los derechos humanos.	
<i>Assisted human reproduction techniques: health insurance companies' refusal to provide coverage. The need to harmonize the administration of finite resources and respect for human rights</i>	
Martina María Rimoldi	479

- ¿Tiene prevalencia en la sociedad una persona con Atrofia Muscular Espinal? <i>Is a person with Spinal Muscular Atrophy prevalent in society?</i>	
Paloma Druetta Longo	489
- Interrupción voluntaria del embarazo desde la óptica de los tratados de derechos humanos <i>Voluntary termination of pregnancy from human rights treaties perspective</i>	
Ana Laura Lorenzatti	497
4. DIRECTRICES PARA AUTORAS/ES	509
5. REDES SOCIALES	510

Evaluadoras/es

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

Argentina:

- Gabriela Ábalos; Jorge Arévalo; Nahuel Blázquez; Andrés Casale; María Crojethovic; Patricio Curti; Natalia Echegoyemberry; Lorena González Tocci; Claudia Madies; José María Palacio; Sofía Puccio; Sebastián Sandoval Junyent; Cecilia Straw; Andrés Toledo; Claudia E. Zalazar..

Brasil:

- Aline Albuquerque; Claudine Acosta; Lais Gomez Bersgtein; Patricia Gorisch; Janaina Machado Sturza; Fernanda Nunez Barbosa; Edith Ramos; Fabiana Marion Spengler; Luciana Souza D'Avila; Sandra Regina Martini.

Costa Rica:

- Jaime Caravaca-Morera.

Italia:

- Matteo Finco.

México:

- Mercedes Albornoz; Ana Cristina González Rincón; Ignacio García Marín; Rogelio Robles López; Ricardo Uvalle.

1. TRIBUNA

La legislación sobre la gestación por sustitución en Argentina: una deuda pendiente de regulación frente a derechos de distintos vulnerables

The legislation on gestational surrogacy in Argentina: a pending debt of regulation in the face of the rights of different vulnerable people

Claudia E. Zalazar¹²

DOI: [https://doi.org/10.37767/2591-3476\(2024\)01](https://doi.org/10.37767/2591-3476(2024)01)

I. Introducción

Según la Organización Mundial de la Salud (OMS), la gestación por sustitución es una opción terapéutica dentro de los tratamientos de reproducción asistida que brinda la posibilidad de lograr una gestación en una persona (denominada gestante), quien llevará adelante el embarazo con el fin de que el niño nacido tenga vínculos de filiación con una persona o pareja denominada.

Esta técnica beneficia a distintos grupos de personas que, por algún motivo, no logran o no pueden gestar: mujeres con imposibilidad de llevar adelante un embarazo por diversas patologías que lo impidan como malformaciones uterinas, histerectomía parcial o total, falta de útero congénita o adquirida, y otras patologías en el útero; mujeres que sufren alguna insuficiencia renal, cardíaca, hepática, entre otras cuestiones que pondría en riesgo su vida o la del bebé al quedar embarazadas; también mujeres con cáncer, que no puedan gestar por temas oncológicos; parejas del mismo sexo o personas solteras.

En nuestro país el Proyecto de Reforma y Unificación del Código Civil y Comercial presentado en Congreso de la Nación en el año 2012 era en realidad una verdadera herramienta que procuraba, primordialmente, sincerar nuestro derecho de cara a las diversas realidades imperantes en nuestra sociedad actual. Así, el libro segundo dedicado a "Las relaciones de familia", desde una perspectiva moderna, plural, integradora y solidaria, proponía (a pesar de las modificaciones introducidas por la Comisión Bicameral que luego convalidara el Senado con la media sanción) estar a la altura de las circunstancias que

1 Presidenta de la Sala de Derecho a la Salud del Instituto de Investigación en Ciencias Jurídicas (IDI-CJ) de la Universidad Blas Pascal. Magistrada de la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de 5ª Nominación del Poder Judicial de la Provincia de Córdoba. ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0002-7956-1016>. Mail: idi-das@ubp.edu.ar

2 Este artículo forma parte del Proyecto de I+D de la Universidad Blas Pascal "Una aproximación al tratamiento jurisprudencial del rol de la mujer gestante en las gestaciones por sustitución" (297-20230622-199) dirigido por el Prof. Dr. Gonzalo G. Carranza y la Prof. Dra. Claudia E. Zalazar.

el cambio de paradigma social de las familias demandaba para estos tiempos.

Desde esta mirada constitucional y convencional orientada al respeto de los derechos humanos, el Proyecto fundamentó que el acceso a las Técnicas de Reproducción Humana Asistida (TRHA), sería admitido de un modo amplio e igualitario³, sin discriminación alguna para garantizar, consecuentemente, el derecho esencial a fundar una familia⁴.

Esta proyectada reforma, posteriormente eliminada, prescribía en el artículo 562: "Gestación por sustitución: El consentimiento previo, informado y libre de todas la partes intervinientes en el proceso de gestación por sustitución debe ajustarse a lo previsto por este Código y la ley especial...La filiación queda establecida entre el niño nacido y el o los comitentes mediante la prueba del nacimiento, la identidad del o los comitentes y el consentimiento debidamente homologado por autoridad judicial. El juez debe homologar sólo si, además de los requisitos que prevea la ley especial, se acredita que: a) se ha tenido en miras el interés superior del niño que pueda nacer; b) la gestante tiene plena capacidad, buena salud física y psíquica; c) al menos uno de los comitentes ha aportado sus gametos; d) el o los comitentes poseen imposibilidad de concebir o de llevar un embarazo a término; e) la gestante no ha aportado sus gametos; f) la gestante no ha recibido retribución; g) la gestante no se ha sometido a un proceso de gestación por sustitución más de dos veces; h) la gestante ha dado a luz, al menos, un hijo propio. Los centros de salud no pueden proceder a la transferencia embrionaria en la gestante sin la autorización judicial. Si se carece de autorización judicial previa, la filiación se determina por las reglas de la filiación por naturaleza".

Como postula la Dra. Eleonora Lamm, gracias a las TRHA, es posible la reproducción sin sexo, y esta separación entre el fenómeno reproductor humano y el ejercicio de la sexualidad viene a plantear una problemática que desborda las estructuras jurídicas existentes y actúa como punto de partida para un gran número de cambios" (Lamm, 2013:17).

Sin embargo resulta necesario destacar que el derecho, en tanto producto social que pretende establecer un orden dentro de las sociedades modernas, ha demostrado siempre estar en mora frente al avance de la ciencia, basta como ejemplo los que vivimos frente a la pandemia en el año 2020.

A pesar de que las TRHA no quedaron reguladas en el Código Civil y Comercial de la Nación, no podemos desconocer que quedaron contempladas como una tercera fuente de filiación en donde prima exclusivamente la voluntad procreacional por sobre la determinación basada en el criterio biológico, sin incluir a la gestación por sustitución.

Asimismo podremos observar que frente al vacío normativo existente, sin prohibición expresa ni regulación concreta, entra en escena por un lado el valor doctrinario y de

3 Además contamos en nuestros días con la ley 26.86 de acceso integral a los procedimientos y técnicas médico-asistenciales de reproducción médicamente asistida que fue sancionada el 5/6/ 2013, es decir antes que el CCC. Escribe también como principio el acceso integral a las TRHA sin discriminación alguna, aunque sin mencionar a la gestación por sustitución.

4 Dice el Comité de los Derechos Humanos en su observación n°19 que "El derecho a fundar una familia implica, en principio, la posibilidad de procrear y de vivir juntos. Cuando los estados Partes adopten políticas de planificación de la familia, éstas han de ser compatibles con las disposiciones del Pacto y sobre todo no deben ser discriminatorias ni obligatorias (...)" Para ampliar sobre nuestro posicionamiento en cuanto a la supresión de la gestación por sustitución como resultado de la media sanción por parte del Senado de la Nación, se recomienda compulsar: MELÓN, Pablo E., NOTRICA, Federico, "Gestación por Sustitución: una Regulación Necesaria" Ponencias SASJu, XV Congreso Nacional y V Latinoamericano de Sociología Jurídica 2014, Universidad Nacional de Rosario y NOTRICA, Federico, "La gestación por sustitución: una regulación necesaria para proteger e igualar derechos", Ponencia en Worskhop "Derechos reproductivos y reproducción asistida.

opinión autorizada que el aludido Proyecto de Reforma nos dejó a los argentinos y en especial a los jueces, quienes al resolver estos casos concretos lo terminan por utilizar de guía, de norte a seguir, para fundamentar sus decisiones. Sin embargo, esta falta de regulación específica nos enfrenta a un sin número de acciones o peticiones ante el juez, con soluciones y fundamentos disímiles, lo que sin duda ha creado una inseguridad jurídica frente al tema.

Actualmente, algunos de los países del mundo han comprendido que la solución a esta problemática está dada por sancionar normas que garanticen los derechos reproductivos y que a su vez clarifiquen el proceso dando seguridad jurídica a los intervinientes⁵ y Argentina debería ir en ese sentido.

II. Los requisitos de la maternidad por subrogación

1. La importancia de la voluntad procreacional

Afirma Rivero Hernández que el elemento más relevante en la determinación de la filiación del niño nacido por TRHA "es el de la voluntad o decisión de que ese ser naciera, no solo en cuanto causa eficiente última e infungible (para ese nacimiento en concreto), sino porque los demás elementos, biológicos, pueden ser sustituidos todos (...), lo que nadie puede suplir en cada caso en concreto, para un determinado nacimiento, es el acto de voluntad en ese sentido de una pareja (Rivero Hernández, 1991: 128). Por tanto, bajo la mirada del elemento volitivo, es que no coincidimos con el argumento que se ha propiciado en algunos fallos respecto de la sobrevaloración que debe tenerse al hecho de que la pareja haya aportado su material genético, siendo además que el nuevo derecho de las familias está orientado a definir las, independientemente de la carga genética común que puedan tener sus miembros, en base a la afectividad, solidaridad y ayuda mutua (Ferrari et al, 2014 y González, 2014: 40) que estructura y mantiene sus lazos.

Con todo ello, si la voluntad procreacional se identifica como el querer engendrar un hijo, darle afecto y asumir la responsabilidad de su educación y crianza, por ello contiene, sin dudas, el elemento volitivo que tiene en miras adquirir derechos y obligaciones emergentes de la relación paterno filial que, justamente, en el campo de las TRHA es la típica fuente de creación del vínculo. No estamos hablando de familias inventadas, sino de familias deseadas, buscadas y cimentadas sobre la base del amor, del respeto y, lo principal, la elección libre, plena, y consentida, de querer ser padre o madre más allá de los impedimentos naturales⁶.

Es este punto debemos traer a colación, que como primer paso a seguir toda ampliación o modificación de derechos debe hacerse desde una mirada obligada: la del respeto a los derechos humanos -incluyendo las interpretaciones desde el enfoque del principio pro homine, es decir, elaborar una regulación que se organice y estructure en función de los

5 Vgr. la República Federativa de Brasil en donde se encuentra regulada por el Conselho Federal de Medicina RESOLUÇÃO CFM N° 2.013/2013 (Publicada no D.O.U. de 09 de maio de 2013, Seção I, p. 119) Punto VII - SOBRE A GESTAÇÃO DE SUBSTITUIÇÃO (DOAÇÃO TEMPORÁRIA DO ÚTERO). Allí se establece que dicha técnica podrá ser utilizada en los casos en que la mujer que desea ser madre tenga un problema médico o para las uniones homoafectivas. Además de ello, la gestante debe tener vínculo de parentesco con alguno de los comitentes, y no puede haber de por medio contraprestación alguna, entre otros requisitos. Otros países que la regulan son Reino Unido, Canadá, Grecia, Israel, Sudáfrica, el Estado de Tabasco en México, y cinco Estados de Australia, cuando el fin de esta práctica es altruista; y Rusia, Ucrania, India y algunos Estados de Estados Unidos, admitiéndola en forma amplia.

6 Resulta interesante compulsar el fallo del TEDH "AFFAIRE PARADISO ET CAMPANELLI C. ITALIE, Tribunal Europeo de Derechos Humanos" de 27 de enero de 2015, donde una pareja heterosexual italiana lleva adelante una práctica de gestación por sustitución en Rusia sin aportar ninguno de ellos su material genético.

derechos fundamentales, abandonando decididamente nociones tradicionales y propias del clásico derecho de familia.

2. El consentimiento libre e informado de la gestante

Conforme a la regulación del Código Civil y Comercial, para las TRHA se admite que, una vez prestado el consentimiento previo, libre e informado, por parte de las personas intervinientes quede, sin más, establecida la correspondiente filiación entre ellos, sin importar si uno de los miembros de la pareja aportó su material genético, con igual razón tiene que admitirse en los casos de gestación por sustitución.

Como puede observarse el eje vertebral de la filiación es la expresión de la voluntad procreacional de los progenitores, previa, libre e informada, volcada en los consentimientos que se firman en el centro médico de reproducción asistida, como así también que la gestante previa y fehacientemente exprese en esos consentimientos no tener voluntad procreacional.

Ese consentimiento debe ser prestado "sin presiones de ningún tipo hacia la gestante y debe tener información respecto de los aspectos médicos, psicológicos y jurídicos implicados". Incluso, queda a la libre discreción de los padres intencionales y la gestante firmar un contrato privado en donde pueden hacer mención a gastos por compensación, alimentación, cuidado e higiene, obligaciones respecto a la concurrencia a controles médicos, o aquellos presentes en el momento del parto, entre otros puntos.

Para quienes confiamos en el sistema republicano y democrático de gobierno, el rol de los jueces resulta legitimante y generador de seguridad jurídica; es la manera de velar por el respeto de los derechos y de custodiar que en estos casos, la gestante no sea manipulada o, peor aún, que se puedan aprovechar su eventual estado de necesidad o vulnerabilidad. Sin embargo no podemos desconocer algunas situaciones ultrajantes que han sucedido recientemente en la Argentina⁷.

Por otro lado sostiene parte de la doctrina, que "el argumento de la explotación que conlleva a prohibir los acuerdos de gestación por sustitución viola el derecho de las mujeres a la autodeterminación y refuerza el estereotipo negativo de la mujer como incapaz de brindar un consentimiento racional" (Kemelmajer de Carlucci, 2014).

Ese consentimiento informado representará la adhesión libre y racional del sujeto a un procedimiento de salud, sea con intención diagnóstica, terapéutica, pronóstica o experimental, que incluye competencia (capacidad de comprender y apreciar las propias acciones y la información que se brinda), e información (apropiada, adecuada a la capacidad de comprensión del paciente); ello es un deber a cargo del médico o equipo de salud de informar respecto de los riesgos y beneficios del esquema terapéutico o tratamiento propuesto, respetando la libertad del paciente, por ser a éste a quien compete, como individuo autónomo la decisión final (Rodríguez Iturburu, 2015: 78).

7 En Córdoba se sigue adelante con una investigación contra una clínica de fertilización que cuestiona 14 solicitudes de autorización de gestación por sustitución que ingresaron a los Tribunales de familia en los últimos meses. Las presuntas víctimas son 13 mujeres de la ciudad de Córdoba que viven una realidad económica muy difícil. La investigación que llevan adelante los fiscales federales Enrique Senestrari, Carlos Gonella y Alejandra Mangano, cotitular de la Procuraduría de Trata y Explotación de Personas (Protex), busca establecer si en esos 14 casos –o en alguno de ellos– hubo delito de trata; específicamente, de captación de mujeres vulnerables para ofrecerlas como personas gestantes.

No podemos partir pues, de la base que presume la mala intención de las personas como regla, porque claramente los comitentes tienen el deseo de ser padres y la gestante decide libremente disponer de su propio cuerpo, agregando a esto la necesidad de que sea en el marco de un proceso judicial que conducirá a garantizar la protección de los derechos de los involucrados.

Desde esta óptica, y a la luz de la consagración constitucional-convencional del derecho humano a fundar una familia con su inmediata derivación en los derechos reproductivos, es que la igualdad debe ser real, reconocida por la ley, y sin discriminación hacia un sector de la población que debido a problemas de salud -infertilidad- o a su orientación sexual, queda al margen de la posibilidad de procrear. Su autonomía personal que conduce a esa libre elección del plan de vida, parte de su esfera de intimidad, lo hace sentirse digno de sí mismo, y debe prevalecer por sobre los discursos teñidos de una supuesta "moralidad" únicamente dispuesta a prohibir o silenciar la realidad de los hechos.

En este orden, cabe concluir que la gestación por sustitución existe y se practica en la Argentina y que deviene necesaria e inminente una regulación específica que despeje todas las inseguridades o mal uso que puede hacerse del sistema, que tiene un fin primordial, que es el de constituir una familia.

3. Otros requisitos

Para las gestantes, mediante la aplicación de la Ley 26.862 (Ley Nacional de Fertilización Asistida), se establece que deben tener plena capacidad civil, acreditaciones psíquicas y físicas conforme a los protocolos que establezca la autoridad, no aportar sus células reproductoras, haber dado a luz y tener un hijo propio, durante un tiempo se le brinda asesoramiento y se realizan evaluaciones psicosociales previas, estudios médicos, obstétricos y genéticos y, un gestante sólo podrá realizarse dos procedimientos de gestación por sustitución de por vida.

Mientras que para los comitentes (futuros padres), se instaure la necesidad de tener plena capacidad civil, la imposibilidad de gestar o llevar un embarazo a término ya sea por cuestiones médicas o de género, deben ser los aportantes en todo o en parte de sus células reproductoras (denominadas gametos), contratar y pagar un seguro de vida a favor de la gestante durante todo el embarazo y el parto, asesoramiento y evaluaciones psicosociales previas, y pruebas preliminares para el aporte de los óvulos o de los espermatozoides.

Pero lo más importante es que tengan voluntad procreacional. Esta idea de voluntad procreacional no es reciente, sino que ya se perfilaba desde hace tiempo, siendo claro en ello el Dr. Díaz de Guíjarro, cuando distinguió tres aspectos que se vinculan con el acto procreacional, ellos son la voluntad de la unión sexual, la voluntad procreacional y la responsabilidad procreacional. En este sentido, la denominada voluntad procreacional es el deseo o intención de crear una nueva vida, un hijo, a quien se le brindará afecto, educación, a quien en definitiva se criará, por ello es que sin duda contiene un elemento volitivo, que tiene en miras adquirir derechos y obligaciones emergentes de la relación paterno filial, que en el campo de la reproducción humana asistida, se ha afirmado es la típica fuente de creación del vínculo (Krasnow, 2003 y 2011: 174; Kemelmajer de Carlucci y Lamm, 2010: 977; Gil Domínguez, Herrera y Famá, 2012: 833).

En otras palabras, en las técnicas de reproducción humana asistida es la voluntad procreacional el elemento central y fundante para la determinación de la filiación, con total independencia de si el material genético pertenece a las personas que, efectivamente, tienen la voluntad de ser padres o madres, o de un tercero a ajeno. De este modo el dato genético no es el definitivo para la creación del vínculo jurídico entre una persona y el niño nacido mediante las técnicas de análisis, sino quién o quiénes han prestado el consentimiento al sometimiento a ellas. Definitivamente rige aquí el principio de la autonomía de la voluntad y no la del puro dato genético, para dar nacimiento al vínculo filial (Vittori, 2013: 59).

En palabras gráficas, Aída Kemelmajer de Carlucci, Marisa Herrera y Eleonora Lamm (2013: 195) sostienen que la voluntad procreacional constituye la columna vertebral para la determinación filial derivada del uso de las técnicas de reproducción humana asistida⁸.

Por último, nos encontramos frente a la protección de la identidad del niño, y si bien el concepto jurídico del interés superior del niño es indeterminado, no es menos cierto que "el niño no estaría en este mundo de no haberse recurrido a la gestación por sustitución por parte de una o dos personas que desearon fervientemente su existencia; tanto lo quisieron, que no pudiendo hacerlo por otro método recurrieron a uno que implica dificultades de todo tipo (legales, económicas, fácticas, etc.)" (Kemelmajer de Carlucci, Herrera y Lamm, 2012: 1).

Lo expuesto evidencia que los derechos del niño y su superior interés asumen en la solución de los casos sobre TRHA un significado determinante, tanto a nivel local como en el ámbito internacional.

4. La legalidad del sistema en Argentina

El inconveniente que se plantea es que, pese a los casos concretos y a la jurisprudencia, aún no existe una norma regulatoria sobre la gestación por sustitución. Y si bien la práctica no está legislada expresamente, tampoco está prohibida y en virtud de los principios de igualdad y reserva consagrados en los artículos 16 y 19 de la Constitución Nacional, los actos que quedan en la esfera de la vida íntima de las personas y no están prohibidos. Se pueden realizar siempre que no afecten a terceros.

En nuestro país hay distintos requisitos que se solicitan desde los centros de fertilidad para llevar a cabo un proceso de gestación subrogada. Desde lo legal, el único requisito es la firma del consentimiento previo, libre, expreso e informado de los padres intencionales y de la gestante. Queda a discreción del centro médico solicitar un seguro de vida a nombre de la gestante y una cobertura médica para realizarle los análisis y controles correspondientes durante la gestación y el parto.

El objetivo jurídico de la subrogación de vientre es que los progenitores del bebé (los comitentes) sean reconocidos por la ley como los padres legales y para eso la mujer gestante no debe tener ningún vínculo filiatorio con el recién nacido ya que no hay ley que le prohíba verlo a futuro, máxime cuando es la abuela o tía, por ejemplo.

En este orden, la idea de permitir la gestación por sustitución se enfrenta inevitable-

⁸ Es decir, "prevalece la paternidad consentida y querida, por sobre la genética" (Rubaja Nieve, 2012: 325);

mente con la de carencia de legislación existente sobre el tema en específico, pero dicha carencia no debe interpretarse como la existencia de una “prohibición” efectiva sobre la práctica, ya que ello importaría una interpretación restrictiva y literal del sistema jurídico, tachando de “prohibidas” o “ilegales” las circunstancias no receptadas expresamente por aquél. Se considera que esa postura llevaría al imposible de pensar en la necesidad de un cuerpo normativo capaz de tipificar expresamente todas las circunstancias posibles, dado que si algo no estuviese regulado no sería legal. Una interpretación de este modo no se infiere de la naturaleza propia de nuestro sistema, ya que la no recepción expresa o tipificación de la circunstancia planteada, en este caso la “gestación por sustitución”, en los códigos de fondo, no implica que tal hecho no esté amparado y mucho menos que esté prohibido.

Así también se lo ha entendido en las XXV Jornadas Nacionales de Derechos Civil, realizadas en Bahía Blanca (2015), en la Comisión 6 de Familia, sobre “Identidad y filiación”, cuando se trató la cuestión de la Gestación por sustitución, se concluyó por unanimidad que “[a]ún sin ley, al no estar prohibida, se entiende que la gestación por sustitución está permitida.” Entienden que el hecho que la “gestación por sustitución”, no se halle prohibida implica que, no obstante su no inclusión en el CCCN, no ha sido prohibida. Es por ello que el tema queda sujeto a la discrecionalidad de los jueces, cobrando especial relevancia el interés superior del niño y el derecho a la identidad como argumentos de peso fundamentales, a favor del reconocimiento del vínculo filial con los o las comitentes.

Entre la casuística de la Provincia de Córdoba, podemos mencionar que en general el núcleo del debate finca en dos cuestiones. La primera se refiere a la autorización judicial peticionada para la realización de la técnica de reproducción humana asistida denominada gestación por sustitución (en adelante GS), a partir de la aportación de ambos padres procreacionales, o gametos masculinos por parte de la pareja comitente más ovidonación, etc y el aporte de la capacidad gestacional de la mujer portadora. Dicha autorización puede ser peticionada ya avanzado el embarazo o mediante la homologación del acuerdo realizado por los padres con vocación procreacional y la gestante.

La segunda cuestión –por cierto potencial y futura- se relaciona con el nacimiento de la persona y la inscripción en el Registro Civil y Capacidad de las Personas a nombre de la pareja intencional. Dentro de las estrategias procesales que se diseñaron para salvar el grave problema que es la inscripción del niño con los datos filiatorios de la madre gestante de conformidad al art. 562 del CCCN, se encuentra la de solicitar directamente la inscripción del niño a nombre de sus padres con vocación procreacional, solicitando la inaplicabilidad o inconstitucionalidad del art. 562 referenciado.

En 2017, la Justicia porteña hizo lugar a una medida cautelar en el marco de un amparo colectivo y se ordenó al Registro Civil que inscriba “provisoriamente” a los nacidos por TRHA a través de la gestación por sustitución. Como vemos en CABA se puede optar por “solicitar la autorización judicial previa para lograr una registración definitiva o hacer uso de lo dispuesto en la disposición número 122/DGRC/20: se permite inscribir al nacido sin autorización judicial previa, en términos preventivos, ya que por ahora la medida cautelar sigue vigente pero la situación podría cambiar ya que en la causa mencionada no hay sentencia firme. Esta disposición opera independientemente de que el proceso de gestación por sustitución se haya llevado a cabo en cualquier parte del territorio argentino o en el exterior e independientemente de la nacionalidad y residencia de los padres

gestacionales, siempre que el menor nazca en CABA". Ese cambio en la registración hizo que aumentaran exponencialmente las inscripciones. La situación se "descontroló" en estos siete años en esa ciudad, lugar al que llegaron parejas del exterior y de provincias para poder hacer Gestación por Sustitución.

En otros casos se ha recurrido a una tercera vía, realizar anteriormente la impugnación de la maternidad en casos en que los menores habían sido inscriptos a nombre de la gestante, pero como cada vez hay más jurisprudencia y los pacientes están más informados, la tendencia es que todos los trámites se realicen de manera previa.

Por último nos encontramos con aquellos supuestos en que la gestación por sustitución ha sido realizada en otro país que se regula con la inscripción del niño a nombre de los padres procreacionales, quienes concurren a los estrados judiciales nacionales solicitando el exequatur de la inscripción ya ordenada.

Como podemos apreciar, y como sucede con otros tantos temas, las lagunas legislativas acarrearán que las soluciones queden muchas veces bajo la discrecionalidad de los tribunales, lo que sin duda puede provocar inseguridades jurídicas que deben ser eliminadas en temas tan sensibles como son la gestación y los derechos del niño.

III. Conclusiones

Lo que hemos analizado nos lleva a pensar que la necesidad de legislación parece urgente, aunque también merece un cuidado aparte de que no esté "viciada" por los intereses económicos de quienes lucran con estas intervenciones. La falta de regulación en la gestación por sustitución en Argentina ha creado sin dudas un escenario donde la vulnerabilidad de las gestantes está en el centro del debate, sobre todo cuando se ha asomado el peligro de que se introduzca la trata de personas.

Todo nuevo tema que se inserta en la sociedad debe deconstruirse, necesita un tiempo prudente de maduración y más cuando se trata de nuevos tipos de familia por fuera del concepto tradicional, donde se encuentran ensamblados distintos derechos, muchas veces en colisión.

Sin duda que este tema debe seguir visibilizándose para que muchas personas puedan encontrar una alternativa distinta para formar su familia en nuestro país, con menores costos y más posibilidades que las que se brindan desde el exterior, pero esencialmente con mayor seguridad jurídica y protección de la madre gestante, los padres procreacionales y el niño.

Siguiendo la elocuente posición de Mariana de Lorenzi y Lorena Capella esta falta de recepción importaría una situación de "alegalidad" y las doctrinarias acuden al Diccionario de la RAE para decir que es aquello "no regulado ni prohibido". Las autoras señalan que "Es así que hoy en día nos encontramos ante un abstencionismo legal demandante de un intervencionismo judicial. Este vacío condena a los nacidos y a sus gestantes, padres, madres y familiares a un limbo jurídico del que sólo pueden ser rescatados por los jueces. De esta forma, hasta tanto no exista una sentencia judicial que las redima, las personas involucradas permanecen en un estado emocional y legal de incertidumbre. Es más, debe advertirse que ese limbo mantiene al niño o niña, en el mejor de los casos, en una situación de alegalidad, cuando no de inexistencia legal, anulándolo deliberadamente en su condición de sujeto de derecho" (De Lorenzi y Capella, 2015).

La necesidad de una legislación clara que proteja los derechos humanos de las partes involucradas es cada vez más evidente, en un contexto donde las biotecnologías avanzan sin esperar normas que definan límites éticos y legales.

Referencias bibliográficas

- De Lorenzi, M. A., y Capella, L. S. (2016). Gestación por sustitución: Cuando el derecho habla el lenguaje del amor. Comentario al fallo del Juzgado de Familia Nro. 7 Lomas de Zamora (2015-12-30) H. M. y otro s/ medidas precautorias art. 232 del CPCC; Juzgado de Familia nº 9, Bariloche (2015-12-29). *Revista de Derecho de Familia y de las personas*, 2016-IV.
- Ferrari, G. G., de Castro França, L. M., y Sato Capelari, R. (2014). A reprodução humana assistida usada como meio de apoio à formação das famílias homoafetivas. *Revista Jurídica Cesumar*.
- Gil Domínguez, A., Herrera, M., y Famá, M. (2012). *Derecho constitucional de familia* (T. II). Ediar.
- González, M. E. (2015). La filiación biológica o por naturaleza en el Código Civil y Comercial: Las TRHA como una tercera fuente filial. En A. Kemelmajer de Carlucci y M. Herrera (Dirs.), *Código Civil y Comercial de la Nación, Suplemento Especial Familia: Filiación y Responsabilidad Parental*. La Ley.
- Kemelmajer de Carlucci, A., Herrera, M., y Lamm, E. (2010). Filiación y homoparentalidad: Luces y sombras de un debate incómodo y actual. *La Ley*.
- Kemelmajer de Carlucci, A., Herrera, M., y Lamm, E. (2012). Regulación de la gestación por sustitución. *La Ley*.
- Kemelmajer de Carlucci, A., y Lamm, E. (2014). La gestación por sustitución en el Tribunal Supremo de España. Paradoja de la invocación del interés superior del niño para negar sus derechos. *La Ley*, 23/04/2014. Cita Online: AR/DOC/1268/2014.
- Krasnow, A. (2003). La verdad biológica y la voluntad procreacional. *La Ley*.
- Krasnow, A. (2011). Matrimonio civil entre personas del igual sexo. Un análisis desde el derecho de familia y sucesorio. *La Ley*.
- Lamm, E. (2013). *Gestación por sustitución: Ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres*. Observatori de Biètica i Dret, Universidad de Barcelona.
- Rivero Hernández, F. (1991). En Paz-Ares, C., Díez Picazo, L., Bercovitz, R., Rodríguez Cano, R., y Salvador Coderch, P. (Dirs.), *Comentario del Código Civil* (t. I). Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, Centro de publicaciones.
- Rodríguez Iturburu, M. (2015). La determinación filial en las técnicas de reproducción humana asistida a la luz del Código Civil y Comercial: La voluntad procreacional y el consentimiento informado. En A. Kemelmajer de Carlucci y M. Herrera (Dirs.), *Código Civil y Comercial de la Nación, Suplemento Especial: Familia: Filiación y Responsabilidad Parental*. La Ley.
- Rubaja Nieve. (2012). *Derecho Internacional privado de familia*. Abeledo Perrot.
- Vittori, V. (2013). Cuando una verdad no alcanza: Aportes a un abordaje transdisciplinario en materia de filiación. *Revista de Derecho de Familia y de las personas*, 5(5).

2. ESTUDIOS GENERALES

Saúde, violência e segurança pública no Brasil: repercussões na saúde mental dos agentes de segurança pública sob a perspectiva do direito fraterno

Health, violence and public security in Brazil: repercussions on the mental health of public security agents from the perspective of fraternal law

**Alexandre Juliani Riela¹; Ana Luísa Dessoy Weiler²;
Gabrielle Scola Dutra³**

DOI: [https://doi.org/10.37767/2591-3476\(2024\)02](https://doi.org/10.37767/2591-3476(2024)02)

Fecha de envío: 11.12.2023

Fecha de aceptación: 04.06.2024

RESUMO:

Violência e a saúde na segurança pública é o tema da pesquisa. O objetivo geral é perceber a tríade saúde, violência e segurança pública pela análise da violência institucional na saúde mental dos agentes de segurança pública. Os objetivos específicos são: abordar a violência e suas repercussões no agente institucionalizado, estudar a saúde mental do agente de segurança pública e analisar as possibilidades de promoção da saúde mental dos agentes de segurança pública no Brasil. A metodologia é o método hipotético-dedutivo e uma análise bibliográfica e documental. Diante da intersecção entre saúde, violência e segurança pública no Brasil, questiona-se pelo Direito Fraterno: quais são as repercussões da violência institucional na saúde mental dos agentes de segurança pública? Constata-se que a saúde mental dos agentes de segurança pública no Brasil está prejudicada pela prática da violência institucional.

1 Mestre em Direitos Humanos pelo Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito da Unijuí. Advogado. E-mail: alexandrejriela@gmail.com

2 Doutoranda e Mestra em Direitos Humanos pelo Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito da Unijuí. Bolsista CAPES/PDPG Políticas Afirmativas e Diversidade Edital 17/2023. <https://orcid.org/0000-0002-2216-4212>. E-mail: anadessoyweiler@hotmail.com

3 Pós-Doutoranda em Direito pela UNIRITTER com Bolsa CAPES, sob orientação da Professora Pós-Doutora Sandra Regina Martini. Doutora em Direito pela Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul – UNIJUÍ (Área de Concentração: Direitos Humanos). Mestre em Direito pela Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões – URI (Área de Concentração: Direitos Especiais). Professora dos Cursos de Graduação em Direito da UNIJUÍ e do Centro Universitário de Balsas/MA (UNIBALSAS). Pesquisadora Recém-Doutora FAPERGS (Edital FAPERGS nº 08/2023 ARD/ARC). Membro do grupo de pesquisa: “Biopolítica e Direitos Humanos”, cadastrado no CNPQ e vinculado ao Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direitos Humanos, Mestrado e Doutorado da UNIJUÍ. Advogada. <https://orcid.org/0000-0002-2688-8429>. E-mail: gabrielle.scola@unijui.edu.br.

RESUMEN: Violencia y salud en la seguridad pública es el tema de la investigación. El objetivo general es comprender la tríada de salud, violencia y seguridad pública mediante el análisis de la violencia institucional sobre la salud mental de los agentes de seguridad pública. Los objetivos específicos son: abordar la violencia y sus repercusiones en los agentes institucionalizados, estudiar la salud mental de los agentes de seguridad pública y analizar las posibilidades de promover la salud mental de los agentes de seguridad pública en Brasil. La metodología es el método hipotético-deductivo y un análisis bibliográfico y documental. Dada la intersección entre salud, violencia y seguridad pública en Brasil, la Ley Fraternal pregunta: ¿cuáles son las repercusiones de la violencia institucional en la salud mental de los agentes de seguridad pública? Parece que la salud mental de los agentes de seguridad pública en Brasil se ve perjudicada por la práctica de la violencia institucional.

ABSTRACT

Violence and health in public security is the theme of the research. The general objective is to understand the triad of health, violence and public security by analyzing institutional violence on the mental health of public security agents. The specific objectives are: to address violence and its repercussions on institutionalized agents, to study the mental health of public security agents and to analyze the possibilities for promoting the mental health of public security agents in Brazil. The methodology is the hypothetical-deductive method and a bibliographic and documentary analysis. Given the intersection between health, violence and public security in Brazil, the Fraternal Law asks: what are the repercussions of institutional violence on the mental health of public security agents? It appears that the mental health of public security agents in Brazil is harmed by the practice of institutional violence.

PALAVRAS-CHAVE: Agentes de Segurança Pública; Direito Fraterno; Saúde mental; Segurança Pública; Violência Institucional.

PALABRAS CLAVE: Agentes de Seguridad Pública; Derecho Fraternal; Salud mental; Seguridad Pública; Violencia institucional.

KEY WORDS: Public Security Agents; Fraternal Law; Mental health; Public security; Institutional Violence.

I. Introdução

É cediço que o fenômeno da violência sempre performatizou suas multifacetadas manifestações ao longo do percurso civilizacional, à medida em que sua operacionalização insere as relações sociais em uma zona de penumbra que resta imbuída por processos forjadores. Assim, a violência revela-se como acontecimento paranoico, patologizando contextos sociais. Em busca de romper com a resistência do outro, de criar conluios que deslegitimam a carga valorativa da existência humana em busca de um projeto de aniquilamento, a violência potencializa a fabricação de binômios adversariais que se sustentam pela permeabilidade da dinâmica violenta. Nesse imbróglio, percebe-se que ao longo da história da humanidade, a violência aparece como processo extremamente sofisticado, denota movimentos hostis que são incorporados em todos os cenários sociais ao alienar os modos de ser/estar/agir do perpetrador do ato violento em detrimento da sua vítima.

O enclausuramento dos envolvidos no liame violento chancela a constituição de um ciclo

perverso que produz efeitos nefastos nos arranjos atingidos. Logo, sabe-se que o palco civilizatório sempre testemunhou a sofisticação de mecanismos e instrumentos de expressão da violência e seus ensaios complexificados. Nesse panorama hostil, o filósofo Hegel (1969) inaugurou discussões sobre a incorporação do raciocínio de que a violência denota em seu conteúdo fundamental, a transcendência da dimensão da racionalidade e ingressa na trama histórica como fenômeno, acoplando-se à consciência dos sujeitos para expandir-se enquanto projeto realizável que “irrita” e “tensiona” arranjos para problematizar suas vestes adversariais e instrumentalizar suas vítimas. Por deter um caráter adaptativo pela codificação da sofisticação, o cenário institucional é terreno fértil e laboratório a céu aberto das repercussões do fenômeno da violência a partir de uma cartografia específica que estabelece uma potência estrutural em tal locus de experiências.

No âmbito da segurança pública enquanto manutenção da ordem, a violência encontra vigor no instante em que o grande Leviatã projeta toda a sua força nas dimensões internas e externas da estrutura institucional. Ademais, a narrativa do protagonismo do Estado em garantir a pacificidade da convivência humana e o enfrentamento das multifacetadas formas de performatividade da violência em prol da efetivação de direitos fundamentais perfectibilizados no Texto Constitucional, não pode ser dissimulada a partir da articulação e disseminação de um projeto de violência institucional. Diante de tal horizonte de violações e consequências adversas, é preciso romper com as estruturas da contradição e produzir políticas de segurança pública que fragmentem tal narrativa em nome da construção de espaços fraternos de convivência humana que instiguem o senso de comunidade e transformação social como aposta e possibilidade de enfrentar tal panorama catastrófico.

No âmbito da saúde, apresenta-se a temática da violência e a saúde na segurança pública. A saúde é compreendida para além do binômio saúde/doença, ingressa num plano amplo que abarca a plenitude existencial humana a partir das esferas da dignidade física, mental e social que um ser humano pode deter. Assim, percebe-se que o tema possui relevância social e jurídica, à medida em que vislumbra-se a perpetração da prática da violência em detrimento dos agentes de segurança pública, servidores públicos que personificam-se na força do Estado diante de seus governados e que almejam a pacificação social, proporcionando a efetividade do arsenal jurídico e da horizontalização das relações humanas. Em contrapartida, em um ambiente institucional rígido, esses agentes passam a sofrer processos traumáticos na instância sanitária, principalmente, destaca-se a saúde mental.

Sendo assim, o objetivo geral da presente investigação é produzir uma discussão a partir da tríade saúde, violência e segurança pública no Brasil pela análise das repercussões da violência institucional na saúde mental dos agentes de segurança pública. Num primeiro momento, aborda-se o fenômeno da violência e suas repercussões em detrimento do agente institucionalizado. Posteriormente, estuda-se a saúde mental do agente de segurança pública. Por fim, analisa-se possibilidades para a promoção da saúde mental dos agentes de segurança pública no Brasil. A metodologia escolhida para articular o desenvolvimento das discussões é o método hipotético-dedutivo, instruído por uma análise bibliográfica e documental, por intermédio da análise de dados dos Anuários Brasileiros de Segurança Pública, que são produzidos pelo Fórum Brasileiro de Segurança Pública. A base teórica é a Metateoria do Direito Fraternal, desenvolvida pelo jurista italiano Eligio Resta e materializada na obra *Il Diritto Fraternal*. Diante da intersecção entre saúde, vio-

lência e segurança pública no Brasil, questiona-se: quais são as repercussões da violência institucional na saúde mental dos agentes de segurança pública sob a perspectiva do Direito Fraterno?

Em consonância com tal proposta, a partir dos dados catalogados pelo Anuário Brasileiro de Segurança Pública de 2020 a respeito das altas taxas de suicídio de policiais em comparação aos índices de mortes por serviço, parte-se da hipótese de que os agentes de segurança pública no locus brasileiro restam prejudicados pela prática da violência institucional, principalmente, na instância da saúde mental, cenário que produz uma atmosfera em que a violência encontra terreno fértil para manifestar suas facetas mais perversas e produzir vítimas. Sob a perspectiva da Metateoria do Direito Fraterno, parte-se da premissa de que a fraternidade, mecanismo desvelador dos paradoxos da violência, detém potencialidade de ser incorporada no cenário da segurança pública, como promessa de enfrentar o fenômeno da violência institucional e promover a fabricação de espaços comuns compartilhados que sejam saudáveis para que os agentes da segurança pública possam exercer suas funções e ocuparem seus cargos com saúde plena e, por fim, terem sua dignidade restaurada. Nessa percepção, a fraternidade apresenta-se como aposta e possibilidade de enfrentamento dos déficits estruturais e institucionais constituídos pela performatividade da violência.

II. O fenômeno da violência e suas repercussões em detrimento do agente institucionalizado: a constituição de uma atmosfera (não) violenta

A Organização Mundial de Saúde (OMS, 1996) configura os atos violentos por determinados grupos tipológicos, como: a violência contra si mesmo (autoprovocada ou auto infligida), a violência interpessoal (doméstica e comunitária); e a violência coletiva (grupos políticos, organizações terroristas, milícias). Quanto à natureza, a violência pode ser: física, psicológica, por tortura, sexual, mediante tráfico de seres humanos, financeira ou econômica, por trabalho infantil, negligência ou abandono, e, por fim, a violência por intervenção legal.

Nesse sentido, a violência é compreendida como um problema de saúde pública e pode ser definida como qualquer ação proposital, perpetrada por indivíduo, grupo, instituição, classes ou nações dirigidas a outrem, que cause prejuízos, danos físicos, sociais, psicológicos e (ou) espirituais, ou, ainda, a violência também pode ser compreendida como a antítese da civilização (Freud, 1930; Minayo & Souza, 1998).

Posto isso, pode-se depreender que os agentes de segurança pública inseridos em um cenário onde estão incumbidos da prevenção de crimes através de uma atuação ostensiva (no caso dos policiais militares), ou de investigações de infrações penais civis (no desempenho das polícias judiciárias), ou, ainda, por aqueles responsáveis pela manutenção da ordem e disciplina no interior das unidades prisionais (policiais penais), perpassam por uma rotina de indiscutível estresse contínuo. Tal reflexão, portanto, faz-se emergente, levantando o questionamento: o fato de estarem na posição de mantenedores do equilíbrio social provocaria mais selvageria através destes processos sociais institucionalizados de violência?

De forma inegável, o estrito cumprimento do dever legal ou o exercício regular de direito, decorrentes da norma jurídica, legalizam alguns atos tipificados como violência para cessar outras; entretanto, a própria domesticação dos corpos através do exercício

do poder com o intuito de vigiar e punir, pelo controle e poder hierárquico de limitação, proibição e obrigação em todos os sentidos dos sujeitos, gera, por si só, mais violência (Foucault, 1975).

Este paradoxo não termina apenas na punição por parte do Estado, pois os órgãos nada mais significam que círculos de atribuições, os feixes individuais de poderes funcionais repartidos no interior da personalidade estatal e expressados através dos agentes neles providos. O Estado através da violência tem o intuito de brechar os fenômenos violentos através do emprego de mais violência (Meirelles, 1997).

Nesse sentido, refere Maiquel Wermuth (2011: 40-41) que,

na medida em que o Estado busca eximir-se de suas tarefas enquanto agente social de bem-estar, surge a necessidade de novas iniciativas do seu aparato repressivo em relação às condutas transgressoras da “ordem” levadas a cabo pelos grupos que passam a ser considerados “ameaçadores”. **Paralelamente a isso, tornam-se necessárias medidas que satisfaçam às demandas por segurança das classes ou grupos sociais que se encontram efetivamente inseridos na nova lógica social.** (grifo nosso).

Entretanto, a existência de imposição de limites por parte da administração pública é vislumbrada tanto na Constituição Federal de 1988, quanto nos Tratados Internacionais, como nos dispositivos infraconstitucionais, buscando um equilíbrio moral e ético, pelo menos na ideia formal de justiça e de paz social embora de difícil concretização, tendo em vista que “[...] o justo é o que é mais vantajoso ao mais forte, enquanto o injusto é o que é mais lucrativo e vantajoso ao interesse pessoal de quem o põe em prática” (Platão, 2016). Ou, ainda, na ideia de que o próprio estado de paz, para o pensamento jurídico abstrato que parece contínuo e uniforme, está longe de existir como tal nos estágios primordiais do próprio desenvolvimento jurídico (Pachukanis, 2017).

Todavia, o presente estudo não tende a pessoalizar uma certa classe ou grupo de profissionais no sentido pejorativo, mas sim, propõe refletir sobre o papel e o modo pelo qual são desempenhados os serviços por cada instituição através dos seus agentes ou mandatários, o ambiente que estão inseridos e quais as consequências na saúde mental que são percebidas através deste meio, tendo em vista o crescente número de mortes destes agentes dentro e fora do trabalho, e igualmente nos casos de suicídio de policiais no Brasil, o que ficará demonstrado no tópico seguinte.

Necessário, para tanto, perceber se há ou não a efetivação dos Direitos Humanos, pois conforme constata-se com as atrocidades e os genocídios do último e pior século do segundo milênio, a humanidade nunca será reconhecida como sendo para todos, e neste seguimento, sabe-se que o discurso de ódio está disseminado e cada vez mais atrelado à uma política genocida em tempos de ideologias neoliberais na pós-modernidade, trazendo consequências ainda mais corrosivas dentro de um ambiente de relação entre poder e dominação (Douzinas, 2009).

No Brasil, o sistema de segurança pública é constituído pela polícia federal, polícia rodoviária federal, polícia ferroviária federal, polícias civis, polícias militares e corpos de bombeiros militares e polícias penais federal, estaduais e distrital. O artigo 144 da Cons-

tituição Federal do Brasil determina que a Segurança Pública é um dever do Estado, que deve exercê-la para preservar a ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio (Brasil, 1988). Cabe frisar que, diferente dos países vizinhos, no Brasil a estruturação policial apresenta singularidades que foram institucionalizadas ao final da década de 1960, durante a ditadura militar, qual seja a divisão organizacional da Polícia Militar e da Polícia Civil (Sapori, 2007).

A herança deixada pela ditadura militar de 1964 deixou fortes resquícios de procedimentos repressivos por parte das instituições de segurança pública para atender a interesses dos governantes e não necessariamente a serviço da sociedade (em que pese simbolicamente a repressão ser mascarada por um pseudo cumprimento normativo para trazer a sensação de segurança).

Ao dar uma resposta simbólica aos pleitos por esta segurança e, ao mesmo tempo, atender aos fins do mercado, ocorre o endurecimento das políticas policiais, penitenciárias e judiciárias. A retratação dos investimentos sociais, que poderia ser fonte de conflitos, é compensada pela expansão das medidas penais, aplicadas cada vez com maior intensidade em resposta às mutações do campo do trabalho, ao crescente desemprego, ao desmantelamento do proletariado, à mutação da correlação de forças entre as classes, dentre outros fenômenos que se dão sobre a bandeira do neoliberalismo e que estão ligados à reconfiguração do poder político de acordo com os interesses materiais e simbólicos dos detentores do poder econômico (Casara, 2017).

Depara-se, então, com uma cultura do medo como mecanismo de controle e disciplina social, usado pelo aparato estatal a partir do endurecimento das leis e, consequentemente, da segurança pública. Tal estratégia é usada historicamente no Brasil, “para derrotar as forças populares, associando-as ao caos e à desordem, [...], um tratamento diferenciado por parte do sistema punitivo em relação às camadas subalternas da população” (Wermuth, 2011: 165).

Assim, esta herança do governo dos homens, expressão usada por Norberto Bobbio na obra “O futuro da democracia: uma defesa das regras do jogo”, de 1986, para justificar o agir do homem ao próprio arbítrio e de forma tirânica, traz consequências para todo o aparato estatal que tenta equilibrar a ocorrência dos fenômenos sociais, particularmente, às instituições que os agentes estão inseridos na atualidade.

Dessa forma, não causa estranheza a reprodução da violência derradeira na vigência de uma crise democrática no Estado, que novamente se entranha no Poder Executivo e no Poder Judiciário como um todo, através dos discursos de ódio e flexibilização de direitos fundamentais, entretanto, essa crise traz especificidades além da sua própria institucionalização, visto a existência da crescente desigualdade e deficiência de investimento econômico-social nos mais variados setores, assim, surgindo grupos paraestatais e normas sociais à parte de um Estado Democrático de Direito a serviço do crime.

É um efeito cascata que se inicia por uma má gestão a serviço ideológico e que acarreta em efeitos intimamente ligados ao ambiente de uma instituição de trabalho. Estes aspectos geram um volume de produção ostensivo e de repressão astronômico. A densidade de operações por parte dos agentes de segurança pública e de sobrecarga de diligências em um ambiente violento refletem mais especificamente no modo operatório e no

próprio ritmo de trabalho (pressionados por seus superiores), tornando os homens em homem-máquinas e marionetes político-econômicas exercendo coerções de domínio sobre os indesejáveis (MTE, 2002).

Para Marx, o trabalho é uma dimensão eliminável da vida humana, isto é, uma dimensão ontológica fundamental, pois, por meio dele, o homem cria, livre e conscientemente, a realidade, bem como o permite dar um salto da mera existência orgânica à sociabilidade (Lukács, 1977). E, assim, através deste instrumento que retira o indivíduo do ócio, inicia uma coexistência de fatores que influenciam na estrutura do próprio ser, moldando a forma de pensar e agir, ou seja, gerando influências de forma direta nas características psicofisiológicas do ser humano.

Alguns massacres mais midiáticos servem de exemplo para demonstrar o ambiente violento: rebelião de Alcaçuz em 2017 com 26 detentos mortos (Diniz, 2017), massacre em Altamira com 57 detentos mortos (Pará, 2021), a operação policial no Jacarezinho em 2021 deixando 25 mortos (Betim, 2021), Policiais Rodoviários Federais mortos da BR-116 no Ceará no início deste ano de 2022 (Portela, 2022), três policiais militares mortos na Bahia em menos de 24 horas no início do mês de maio de 2022 (Bahia, 2022), Vila Cruzeiro em 2022 deixando 25 mortos (Santos, 2022), etc. Além da fragmentação de inúmeras operações ostensivas, táticas e de presídios espalhados pelo país, que dia após dia colecionam traumas para todos os envolvidos.

Em situações como essas, fica demonstrado que a polícia localiza-se em um lugar específico na administração do conflito, no qual tanto a instituição segurança pública, quanto os agentes que ela compõe estão numa posição limiar e passível de acusações, muitas das vezes sistemáticas, de erro e abuso.

Isso porque o campo de administração de conflitos no Brasil é disputado por lógicas jurídicas contraditórias entre si; uma oficial, formal, inscrita nas regras constitucionais, orientada pela igualdade jurídica de todos os cidadãos diante das leis; outra, informal, orientada por uma lógica jurídica não escrita, que administra os conflitos levando em conta as posições hierárquicas das partes conflitantes. Sendo assim, qualquer agente policial, em qualquer posição, decide se implementa uma solução informal ou se aplica procedimentos previstos em lei; porém, em qualquer das decisões, pode ser cobrado por seus superiores ou pela opinião pública em função de outra lógica. (Lima *et al.*, 2016: 62).

Cabe ao Ministério Público o papel de fiscalizar a atividade policial enquanto uma política pública que viabiliza um direito fundamental, todavia,

[...] no plano federal, o Ministério Público Federal, que tem sob sua jurisdição o monitoramento do cumprimento dos tratados internacionais de direitos humanos e a observância dos direitos coletivos da população, tem dificuldade em exercer o papel de controle externo das polícias, já que muitos Ministérios Públicos Estaduais entendem que esta é uma competência exclusiva deles próprios e que não cabe ao nível federal atuar no tema. **Porém, os Ministérios Públicos estaduais focam sua atenção de controle externo da atividade policial nos aspectos de conduta individual dos policiais e não cobram a existência de métricas, manuais e procedimentos que possam servir de baliza para a avaliação das instituições policiais.** (FBSP, 20220a: 12-13)

Ou seja, nem o Ministério Público, nem os Tribunais de Contas fiscalizam e monitoram o dia-a-dia das instituições que fazem parte da Segurança Pública, o que reforça “um nível de autonomia das polícias bastante grande sobre a definição de seus próprios mandatos, atribuições e interpretações acerca de lei e ordem” (FBSP, 2022a: 13), que afirmam a imagem da polícia como sendo violenta e torna invisível os problemas internos, inclusive a saúde dos agentes.

As notícias de violência com lesões fatais fora do âmbito de trabalho praticadas contra agentes da segurança pública se potencializam. A maioria dos policiais mortos de forma violenta no estado do Rio de Janeiro, entre 2016 e 2020, estavam de folga. No total, em todo o estado, 506 policiais foram mortos, sendo 148 em serviço, entre eles, 133 militares e 15 civis; e 358 em folga, dos quais 331 eram militares e 27 civis (Do Brasil, 2021). Cita-se, por outro lado, o caso de o policial penal ter matado o guarda em festa de aniversário com tema do Partido dos Trabalhadores neste ano de 2022 (Junqueira, 2022); o caso do policial penal Victor Hugo de Souto Valença, suspeito de cometer homicídios, assaltos e sequestros em Natal no Rio Grande do Norte, que nunca havia apresentado qualquer histórico de violência, sem informação de dependência química (Jácome & Trindade; TRINDADE, 2022); o Policial Militar que tirou a vida da própria irmã em Niterói no dia 02 de julho de 2022 (Lyra, 2022), entre tantos outros casos que estão ocorrendo na contemporaneidade.

A violência é exercida, sobretudo, enquanto processo social, portanto, não é objeto específico da área da saúde. Mas, além de atender às vítimas da violência social, a área tem a função de elaborar estratégias de prevenção, de modo a promover a saúde. Sua função tradicional tem sido cuidar dos agravos físicos e emocionais gerados pelos conflitos sociais, e na atualidade torna-se emergente ultrapassar esse papel, definindo medidas preventivas destes agravos e de promoção à saúde, em seu conceito ampliado de bem-estar individual e coletivo (Minayo & Souza, 1998).

III Direito à saúde em foco: o agente de segurança pública e a saúde mental

Saúde é o estado de mais completo bem-estar físico, mental e social, e não apenas a ausência de enfermidade. A doença se faz ouvir. Manifesta-se subjetivamente por sintomas e objetivamente por sinais. A doença pode, porém, ser suspeitada ou diagnosticada clinicamente. O campo da saúde abrange: a biologia humana, que compreende a herança genética e os processos biológicos inerentes à vida, o meio ambiente (local de trabalho, no caso em tela), estilo de vida e a organização a assistência à saúde (Scliar, 2005). Para Byung-Chul Han (2021), cada época possui suas enfermidades fundamentais e o início do século XXI está marcado pela perspectiva patológica neuronal, a existência de doenças neuronais como a depressão, transtorno de déficit de atenção com síndrome de hiperatividade (TDAH), transtorno de personalidade limítrofe (TPL), Síndrome de Burnout, etc. O autor especifica que estamos em uma era em que a violência da positividade como a superprodução, super desempenho ou supercomunicação leva ao “infarto psíquico” (Han, 2021).

Assim, a sociedade moderna, enquanto sociedade do trabalho, aniquila toda possibilidade de agir, degradando o homem a um *animal laborans* – um animal trabalhador (Arendt, 1981). Neste sentido, o sujeito de desempenho depressivo é, antes, o “último homem”, como o “super-homem” soberano (Han, 2021).

Esta ideia demonstra uma clara proximidade com o cotidiano dos agentes de segurança pública, cada vez mais robóticos, hiperativos, conjecturando apreensões sistêmicas em busca incessante de autos de prisões em flagrantes, operações cirúrgicas com resultado morte em grandes periferias, olhar atento no dia-a-dia, preocupação constante com sua própria segurança e capacidade física. Já nos presídios, uma aplicação corriqueira de sanções normalizadoras, com atenção de diversos mecanismos penais de privações e de controle como arte de punir, de uma certa forma, os próprios agentes enclausurados em conjunto com os detentos.

Todavia, falar sobre saúde mental na segurança pública é notadamente um tabu, isso porque,

ainda há uma mentalidade distorcida sobre o sofrimento psicológico estar ligado com fraqueza ou ainda mais misógino, à feminilidade. Frente ao exposto, nos deparamos com tal realidade quando abordamos a doença mental, ou seja, discriminação e estereótipo. Por outro lado, abordagens em saúde mental objetiva evitar chegar neste nível de sofrimento e a doença propriamente instalada. (Cechet, 2021: 110)

No ano de 2019 o número de policiais que morreram por suicídio foi maior do que àqueles mortos em serviço (FBSP, 2020). Tal dado é preocupante e demonstra o adoecimento mental dos agentes de segurança pública. A tratativa desses dados pela Segurança Pública, demonstra uma cultura violenta, uma vez que há uma honraria na morte.

Arbítrio policial e vitimização por causas externas ou autoimpostas tem um fundo comum: uma pressão interna às corporações, mas também externa a elas, que lhes dizem ser “a última trincheira do bem”, o “esteio moral da sociedade”, “o cumprimento do dever com o sacrifício da própria vida”. Mensagens messiânicas que invocam o papel dos policiais na luta contra o “mal”, lançam-os em ações arriscadas, em que o saldo de vidas perdidas, de quaisquer lados do cano de um fuzil, é resultado aceitável. (FBSP, 2022b: 10)

Ainda,

há uma cultura dentro das instituições que tende a tratar tanto a morte causada por policiais como a morte de policiais, no caso dos suicídios, como desvios e exceções, situações que revelariam que o indivíduo em questão não possui perfil para a função, por ser “fraco” ou, talvez, até violento demais. Uma perspectiva que atribui toda a responsabilidade pelo problema ao indivíduo e se isenta de rever práticas institucionais que produzem adoecimento e violência. (FBSP, 2020: 80)

Tal adoecimento mental e também físico, se dá por diversos motivos, dentre os quais destacam-se o convívio diário com violência e morte, extensas jornadas de trabalho, privação de sono, lazer e convívio com a família (FBSP, 2020). Nessa senda, Miranda e Guimarães (2015) classificam os fatores que levam o adoecimento policial e suicídio em: fatores sociodemográficos, ocupacional, dependência química, doenças mentais, fatores organizacionais, facilitadores e questões interpessoais.

No Brasil, os fatores que mais influenciam o suicídio de agentes da segurança pública são: fatores estressantes inerentes a atividade policial quando há predição de compor-

tamento suicida do agente; o uso de álcool, doença física e mental, idade ou situação diversa a essa que leva a aposentadoria iminente do agente; a pressão, hierarquia e violência institucional; a falta de convívio social; e, conflitos conjugais e problemas no local de trabalho (Miranda & Guimarães, 2015).

Percebe-se, no entanto, que a situação é complexa e vai além da vida privada dos agentes, uma vez que parte dos fatores que levam ao adoecimento mental de tais servidores, e por fim, ao suicídio, são inerentes a atuação dos agentes da segurança pública. Para prevenir essa realidade, a importância da atenção na forma de seleção dos candidatos, dos treinamentos iniciais nos cursos de formação, o acompanhamento psicológico contínuo ao longo de suas carreiras e, sobre o respectivo investimento que é direcionado pelo Estado vem à tona mais uma vez, com o intuito de frear a disseminação de mais violência e amenizar os impactos psicológicos causados por esta atmosfera.

A etapa da avaliação psicológica permite a compreensão dos fenômenos psicológicos por meio de artifícios diagnósticos e prognósticos, por meio de um processo técnico e científico realizado com pessoas ou grupo de pessoas necessitando de metodologias próprias, como um conjunto de práticas investigativas (Alchieri & Cruz, 2003). O TAP - Teste de Aptidão Psicológica - para adentrar e permanecer ativo ao serviço público, avalia a capacidade de concentração e atenção; características de personalidade, como o controle emocional e relacionamento interpessoal, entretanto, no curso da vida profissional o apoio institucional para lidar com as emoções é mínimo.

Por exemplo, uma pesquisa feita pelo Núcleo de Estudos da Burocracia, da Fundação Getúlio Vargas - NEB/FGV -, revelou que 73,7% dos policiais penais relataram ter a saúde mental afetada por causa da pandemia de COVID-19 e que o apoio institucional para lidar com essas emoções chegou a 5,1% deles (Albuquerque, 2020). Em que pese não tenha sido uma tensão aumentada por uma violência direta, pode-se calcular que, em uma situação de extrema gravidade social envolvendo uma grande massa de servidores em situação pandêmica, nos casos individuais, os agentes recebem a devida atenção e possuem acesso à tratamentos com profissionais da área da saúde?

É comprovada uma falta de investimento e atenção efetiva do Estado nos cuidados dos seus servidores. A gestão de recursos demonstra sua ineficiência na a política criminal no país, nos custos repressivos que demonstram um exorbitante aumento para tentar travar a violência, e, como de costume, a prevenção não é o centro das atenções, ou seja, os servidores da segurança pública e o Estado como um todo tomam ações paliativas, adiando o inadiável e pagando um preço muito alto. A doença institucionalizada, depressão, surtos psicóticos por parte dos agentes, suicídio, corrupção, formação de milícias, aumento desenfreado da violência doméstica, consumo excessivo de tóxicos, mortes violentas de ambos os "lados", uma atmosfera violenta gerando mais violência (Casara, 2017).

Ao se falar em crise, portanto admite-se a possibilidade da sobrevivência do fenômeno ou da continuidade do processo. Em sua origem, a palavra "crise" era um termo médico que retratava o momento decisivo em que o doente, em razão da evolução da enfermidade, melhorava ou morria. O que hoje afirma-se como crise, não o é. Pois se a crise é permanente e se a "crise" não pode passar, não é de crise que se trata, mas de uma nova realidade (Casara, 2017).

IV saúde e fraternidade: possibilidades para a promoção da saúde mental dos agentes de segurança pública no Brasil pelas lentes da metateoria do direito fraterno

No contexto brasileiro, percebem-se inúmeros avanços e retrocessos no âmbito da saúde pública, no sentido de que ambas as percepções estão inseridas na perspectiva de que há um horizonte complexo de déficits estruturais que acometem o sistema de saúde pública no Brasil. Em que pese haja multifacetadas obstaculizações na promoção da saúde dos sujeitos em solo brasileiro, fato que contribui para a potencialização de patologias sociais (violência, exclusão, desigualdade, pobreza, miséria, etc.) e biológicas (doenças físicas e mentais) na experiência existencial humana, há também inúmeras possibilidades de efetivação do direito à saúde a partir da atuação de políticas públicas sanitárias que são implementadas para enfrentar problemáticas de saúde que acometem a população brasileira.

Logo, percebe-se que a saúde pública operacionaliza-se por intermédio do protagonismo do Estado (autoridade sanitária) a partir de um rol de ações, projetos e práticas de responsabilidade estatal, quais sejam: segurança, pública, acesso à justiça, direito à propriedade, direito a uma vida plenamente vivível sob a perspectiva da dignidade, etc. Logo, a responsabilidade estatal pressupõe a implementação de uma gestão feita pelo Poder Executivo a partir da efetivação de políticas públicas robustas que estejam em consonância com as demandas locais, tendo em vista que o impacto de tais mecanismos sanitários dão sustentação à manutenção de uma vida plena.

Dessa forma, é necessário a operacionalização de uma dimensão sistêmica de planejamento em comunhão de esforços com a inserção de recursos públicos vinculados ao enfrentamento da problemática em questão. Assim, em 2019, representantes das categorias pugnam por atendimento psicológico para o enfrentamento das patologias advindas dos processos traumáticos no âmbito da saúde mental, como por exemplo o índice de suicídios catalogados entre os profissionais da segurança pública (Câmara de Notícias, 2019). A fundamentação de tais profissionais veio ao encontro da necessidade de um olhar para a articulação de protocolos de avaliação e combate aos fatores de estresse pós-traumático, com o objetivo de constituir parâmetros de qualidade de vida e na formação e qualificação de novos profissionais que ingressarão nos quadros da instituição, bem como nos cursos de aperfeiçoamento e, igualmente, no curso superior, potencializando orientações a respeito da imprescindibilidade de efetivar o direito à saúde para além do binômio saúde/ausência de doença (Brasil, 2019).

A vista disso, as ações sanitárias abarcam práticas a respeito de pessoas, do meio ambiente, à medida em que se considera os níveis de aplicação e o grau com que envolvem o corpo social (Medeiros, 2011). Logo, observa-se que o conteúdo vital dos direitos humanos é “o conjunto de lutas pela dignidade, cujos resultados, serão garantidos por normas jurídicas, por políticas públicas e por uma economia aberta às exigências da dignidade” (Herrera Flores, 2009:33). Assim, é cediço a imprescindibilidade da implementação/execução de políticas públicas de saúde para os agentes de segurança pública como respostas e estratégias para a promoção da saúde mental, as quais podem ser conceituadas “como programas de ação governamental voltados à concretização dos direitos fundamentais” (Zeifert & Sturza, 2019: 123).

Em contrapartida, considerando a dimensão do problema (ou pelo menos parte dele), o plenário do Senado aprovou o Projeto de Lei nº 4.815/2019 (PL), incluiu ações voltadas

para a promoção da saúde mental e prevenção do suicídio no Programa “Pró-Vida” aos agentes de segurança pública (Congresso Nacional, 2019). Ademais, tendo em vista a revisão do PL pelo modelo bicameral, o mencionado projeto ainda se encontra parado pela Câmara dos Deputados. Desse modo, a aludida ideia até o momento altera apenas os artigos 42 e 45 da Lei nº 13.675/2018, que disciplina a organização e funcionamento dos órgãos responsáveis pela segurança pública.

Atualmente, o *caput* do artigo 42 da Lei nº 13.675/2018 dispõe que:

Art. 42. O Programa Nacional de Qualidade de Vida para Profissionais de Segurança Pública (Pró-Vida) tem por objetivo elaborar, implementar, apoiar, monitorar e avaliar, entre outros, os projetos de programas de atenção psicossocial e de saúde no trabalho dos profissionais de segurança pública e defesa social, bem como a integração sistêmica das unidades de saúde dos órgãos que compõem o Susp. (Brasil, 2018)

Caso o novo Projeto de Lei nº 4.815/2019 venha a ser aprovado, acrescentará os seguintes parágrafos ao referido artigo:

§ 1º O Pró-Vida desenvolverá, durante todo o ano, ações voltadas para a assistência social, a promoção da saúde mental e a prevenção do suicídio entre profissionais de segurança pública e defesa social e atuará preventivamente prestando acompanhamento psicológico e multidisciplinar específico aos seus familiares.

§ 2º O Pró-Vida publicará, anualmente, dados sobre transtornos mentais e suicídio entre os profissionais de segurança pública e defesa social de todo o território nacional, conforme regulamentação a ser editada pelo Poder Executivo federal.

§ 3º O Pró-Vida também deverá desenvolver ações de combate a todas as formas de discriminação e preconceito, a fim de promover uma cultura de respeito aos direitos humanos.

§ 4º A implementação das ações de que trata o § 1º será pactuada entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios. (Congresso Nacional, 2019)

O *caput* do artigo 45, da Lei nº 13.675/2018, estabelece que “Deverão ser realizadas conferências a cada 5 (cinco) anos para debater as diretrizes dos planos nacional, estaduais e municipais de segurança pública e defesa social” (Brasil, 2018). Com a aprovação da PL nº 4.815/2019, a redação do artigo 45 altera-se de modo que: “Deverão ser realizadas, a cada 2 (dois) anos, conferências para debater as diretrizes dos planos nacional, estaduais, distrital e municipais de segurança pública e defesa social” (Congresso Nacional, 2019). Conjectura-se que esses acréscimos e alterações são mínimos e insuficientes, tendo em vista a superficial abordagem pelo legislador em relação ao grande problema existente. Em síntese, constata-se que a redação poderia vislumbrar, no mínimo, uma obrigatoriedade de avaliação psicológica anual em todos os agentes de segurança pública inseridos no Sistema Único de Segurança Pública para reavaliar suas capacidades cognitivas para continuarem em suas funções corriqueiras com saúde mental plena, conforme previa o PL nº 3405/2008, PL nº 6659/2009 e PL nº 4119/2015, entretanto, todos arquivados até o momento.

Sendo assim, um ambiente hostil que é violento pelas patologias sociais e omissões político-econômicas de ordem estatal, prejudicado cotidianamente pelas repercussões de uma política criminal deficitária, não instaura contribuições significativas em prol da efetivação dos direitos humanos. É preciso incrementar as políticas de segurança pública e de saúde em benefício da promoção da saúde mental dos agentes de segurança pública, a partir da incorporação de um mecanismo que desvele os paradoxos dos direitos humanos. Em outras palavras, apresenta-se a fraternidade enquanto mecanismos de desvelamento dos paradoxos existentes na intersecção entre saúde, violência e segurança pública no âmbito das repercussões da violência institucional na saúde mental dos agentes de segurança pública. Tal perspectiva advém da Metateoria do Direito Fraternal, desenvolvida pelo jurista italiano Eligio Resta e materializada na obra *Il Diritto Fraternal*. Resta procura inserir a fraternidade no universo dos paradoxos a partir da seguinte premissa: “os Direitos Humanos são aqueles direitos que somente podem ser ameaçados pela própria humanidade, mas que não podem encontrar vigor, também aqui, senão graças à própria humanidade” (Resta, 2020: 13).

A fraternidade é o ponto de ebulição que condensa um conteúdo transformador de realidades porque “compreende dentro de si a vida” (Resta, 2013: 295). A contribuição do Direito Fraternal “coincide com o espaço de reflexão ligado aos Direitos Humanos, consciente de que a humanidade é o lugar-comum e somente em seu interior pode ser pensado o reconhecimento e a tutela” (Gimenez, 2018: 95). Por isso, “defende-se aqui um Direito Altruísta, humanista, fraternal, um paradigma jurídico da razão sensível. O Direito fundado na fraternidade, revela-se em um mecanismo de promoção dos direitos humanos. Cujo objeto é o lugar-comum” (Gimenez, 2018: 95). Sob essa perspectiva, “o Direito Fraternal constitui-se em uma aposta cujo fundamento está na linguagem de todos, de irmãos e de iguais, servindo o Direito como sentido e valor da vida em sociedade” (Gimenez & Hahn, 2018: 95).

A caracterização do Direito Fraternal pode ser vislumbrada a partir de 8 premissas, quais sejam: “a) um direito jurado em conjunto; b) livre de obsessão de identidade; c) voltado para a cidadania e para os direitos humanos; d) um direito cosmopolita; e) não violento; f) contra os poderes; g) inclusivo; h) é a aposta de uma diferença na concepção e relação “amigo e inimigo” (Resta, 2020: 19). Logo, percebe-se que a fraternidade preenche todos os pressupostos de transformação do mundo real, bem como perfectibiliza-se como um mecanismo desvelador dos paradoxos, adquire potencialidade de ser incorporada no cenário da segurança pública, como promessa de enfrentar o fenômeno da violência institucional e promover a fabricação de espaços comuns compartilhados que sejam saudáveis para que os agentes da segurança pública possam exercer suas funções e ocuparem seus cargos com saúde plena e, por fim, terem sua dignidade restaurada. Nessa percepção, a fraternidade apresenta-se como aposta e possibilidade de enfrentamento dos déficits estruturais e institucionais constituídos pela performatividade da violência. Logo, vê-se a necessidade de superação de cenários problemáticos no âmbito da segurança pública, através da fraternidade aliada à ideia de efetivação dos Direitos Humanos, especificamente, do direito à saúde mental dos agentes de segurança pública.

V considerações finais

A título de conclusão, na dimensão (in)direta, constata-se a capacidade de produção de uma atmosfera paranoica instituída a partir do espaço institucional sobre as relações humanas entre os sujeitos institucionalizados. Assim, tais arranjos normativos influenciam

de multifacetadas formas, como por exemplo, desde a maneira com que os processos fenomenológicos são fabricados e incorporados *na psiqué* até a sua inserção no horizonte decisional de cada sujeito. Sobretudo, em consonância com a sofisticação da violência e sua criatividade operacional, a potência do ato violento atua em detrimento dos sujeitos de forma totalizadora, sistêmica e, por consequência, acopla-se nas subjetividades humanas, à medida em que permeia-se ao longo do percurso civilizacional em busca de novas vítimas. Nesse ínterim, é cediço que a atmosfera violenta (tanto no interior do ambiente laboral quanto no exterior de tal locus) se perpetuar na esfera cronológica da temporalidade enquanto a estrutura Estatal não se investir no enfrentamento de tal problemática por intermédio de políticas de segurança pública robustas que se apresentem de forma sólida e articulada com as demandas que pretendem enfrentar.

Outrossim, reconhece-se que o agente de segurança pública também pratica a violência em detrimento de terceiros em decorrência de suas funções, vislumbra-se esse exemplo nas técnicas de imobilização e mecanismos de menor potencial ofensivo que projetam cada vez mais asfixia mecânica durante as revistas e operações policiais, o uso excessivo da força, entre outros comportamentos hostis e violentos. Portanto, diante da interseção entre saúde, violência e segurança pública no Brasil são várias as repercussões da violência institucional na saúde mental dos agentes de segurança pública sob a perspectiva do Direito Fraterno. No entanto, é preciso inaugurar uma temporalidade de apostas e possibilidades diante dos desafios postos na esfera do mundo real no âmbito da segurança pública e do direito à saúde. Aqui a proposta é a construção de pactos comuns compartilhados entre o Estado e os sujeitos para pensar a articulação tanto de políticas de segurança pública, quanto a instauração de uma atmosfera saudável por parte da humanidade no cenário institucional problemático.

Assim, a efetivação do direito à saúde dos agentes de segurança pública será mediada a partir de redes de promoção à saúde com viés fraterno e democrático. A institucionalização de espaços mediativos de fraternidade é uma possibilidade de romper com o conluio fabricado entre o Leviatã e o fenômeno da violência. Esse horizonte de possibilidades de promoção à saúde, vem ao encontro com propostas transformadoras do cenário, tais como: o Projeto de Lei nº 4.815/2019, que inclui ações que promovem a saúde mental e a prevenção do suicídio por meio do Programa Pró-Vida. O debate da temática a partir da incorporação no ordenamento jurídico pátrio de mecanismos jurídicos e também de ações concretas que incorporem a fraternidade como mecanismo de transformação social e desveladora dos paradoxos da violência, é possibilidade palpável para restaurar as vias de acesso à saúde plena dos agentes de segurança pública.

Assim, vislumbra-se que o movimento pela implementação de uma política pública que ingresse no plano do mundo real e seja capaz de efetivamente combater a violência institucional já encontra-se em segunda fase, ou seja, na incorporação da demanda na agenda política. Logo, o que é discutido, pode ser solucionado. Em consonância com isso, com o intuito propositivo, a fraternidade traz a importância da constituição de “pactos jurados em conjunto” em prol da transformação do mundo real. Em outras palavras, a partir da presente investigação, a celebração de tais pactos precisa ser estimulada a partir da participação do Estado e dos sujeitos envolvidos no liame problemático. O fortalecimento desses pactos pode ser o início de um percurso que fragmenta a violência institucional rumo a um novo horizonte de qualidade de vida e horizontalização das relações humanas. É preciso despertar para as novas formas de produzir o desvelamento

dos paradoxos da sociedade atual e isso só será possível a partir de uma comunhão de esforços em benefício de um projeto de transformação do mundo real.

Referências

- Albuquerque, F. (2020, August 6). *Agentes prisionais tiveram saúde mental abalada na pandemia*. Agência Brasil. <https://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2020-08/agentes-prisionais-tiveram-saude-mental-abalada-na-pandemia>
- Alchieri, J. C., & Cruz, R. M. (2003). *Avaliação psicológica : conceito, métodos e instrumentos*. Casa Do Psicólogo.
- Arendt, H. (2011). *Vita activa : oder Vom tätigen Leben*. Piper.
- Bahia, G. (2022, May 9). *Salvador registra 3 mortes de PMs e outros 2 baleados em fim de semana violento; área crítica tem policiamento reforçado*. G1. <https://g1.globo.com/ba/bahia/noticia/2022/05/09/salvador-registra-3-mortes-de-pms-e-outros-2-baleados-em-fim-de-semana-violento-area-critica-tem-policiamento-reforcado.ghtml>
- Betim, F. (2021, May 6). *Operação policial mata 25 pessoas no Jacarezinho, em segunda maior chacina da história do Rio*. EL PAÍS. <https://brasil.elpais.com/brasil/2021-05-06/operacao-policial-mata-25-pessoas-no-jacarezinho-em-segunda-maior-chacina-da-historia-do-rio.html>
- Bobbio, N. (1986). *O futuro da democracia*. Paz e Terra.
- Brasil. (1988). *Constituição Federal de 1988*. Planalto.gov.br. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm
- Brasil. (2018). *Lei no 13.675, de 11 de junho de 2018*. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13675.htm
- Câmara de Notícias, A. (2019, October 30). *Policiais cobram apoio psicológico para diminuir suicídios na categoria - Notícias*. Portal Da Câmara Dos Deputados. <https://www.camara.leg.br/noticias/607159-policiais-cobram-apoio-psicologico-para-diminuir-suicidios-na-categoria/>
- Carta Cardoso de Medeiros, C. (2011). HABITUS E CORPO SOCIAL: REFLEXÕES SOBRE O CORPO NA TEORIA SOCIOLOGICA DE PIERRE BOURDIEU. *Movimento (ESEFID/UFRGS)*, 17(1), 281–300. <https://doi.org/10.22456/1982-8918.13430>
- Casara, R. (2019). *Estado pós-democrático: neo-obscurantismo e gestação dos indesejáveis*. (5th ed.). Civilização Brasileira.
- Cechet, L. W. (2021). SAÚDE MENTAL EM AGENTES DA SEGURANÇA PÚBLICA: UM ESTUDO EXPLORATÓRIO. *Revista Científica de Segurança Pública (RCSP) - Vigilantis Semper*, 1(1), <http://www.revista.pm.rn.gov.br/index.php/revista/article/view/31>.
- Congresso Nacional. (2019). *Projeto de Lei nº 4815, de 2019 - Matérias Bicamerais - Congresso Nacional*. www.congressonacional.leg.br. <https://www.congressonacional.leg.br/materias/materias-bicamerais/-/ver/pl-4815-2019>
- Diniz, M. (2017, January 15). *Autoridades confirmam 26 mortes durante motim em presídio do Rio Grande do Norte*. Agência Brasil. <https://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2017-01/autoridades-confirmam-26-mortes-durante-motim-em-presidio-do-rio-grande-do>
- do Brasil, C. Í. (2021, September 22). *Maioria dos policiais mortos no Rio de forma violenta estava de folga*. Agência Brasil. <https://agenciabrasil.ebc.com.br/direitos-humanos/noticia/2021-09/maioria-dos-policiais-mortos-no-rio-de-forma-violenta-estava-de-folga>

- Douzinas, C. (2009). *O fim dos direitos humanos*. Unisinos.
- FBSP. (2020). *Anuário Brasileiro de Segurança Pública 2020*. Fórum Brasileiro de Segurança Pública. <https://forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2020/10/anuario-14-2020-v1-interativo.pdf>
- FBSP. (2022a). *Anuário Brasileiro de Segurança Pública 2022. Como funciona a segurança pública no Brasil*. Fórum Brasileiro de Segurança Pública. <https://forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2022/07/24-anuario-2022-como-funciona-a-seguranca-publica-no-brasil.pdf>
- FBSP. (2022b). *Anuário Brasileiro de Segurança Pública 2022. Morte de policiais: números que retratam caminhos muito mal elaborados de nossa sociedade*. Fórum Brasileiro de Segurança Pública. : <https://forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2022/07/04-anuario-2022-morte-de-policiaisnumeros-que-retratam-caminhos-muito-mal-elaborados-de-nossa-sociedade.pdf>
- Foucault, M. (2014). *Vigiar e punir : nascimento da prisão* (42nd ed.). Vozes.
- Foucault, M. (2021). *Microfísica do poder*. Paz e Terra.
- Freud, S. (1974). O mal-estar na civilização (1929-1930). In *Obras Psicológicas Completas de Sigmund Freud*. Imago.
- Gimenez, C. P. C. (2018). *O novo no direito de Luis Alberto Warat: mediação e sensibilidade*. Juruá.
- Gimenez, C. P. C., & Hahn, N. B. (2018). A CULTURA PATRIARCAL, VIOLÊNCIA DE GÊNERO E A CONSCIÊNCIA DE NOVOS DIREITOS: um olhar a partir do Direito Fraterno. *Libertas: Revista de Pesquisa Em Direito*, 4(1). <https://periodicos.ufop.br/libertas/article/view/5/3059>
- Han, B.-C. (2017). *A sociedade do Cansaço* (2nd ed.). Vozes.
- Herrera Flores, J. (2009). *A (re)invenção dos direitos humanos*. Fundação Boiteux.
- Jácomo, I. (2022, July 11). *Vítimas reconhecem policial penal do RN como autor de assassinatos, assaltos e sequestro, diz delegada*. G1. <https://g1.globo.com/rn/rio-grande-do-norte/noticia/2022/07/11/vitimas-reconheceram-policial-penal-do-rn-como-autor-de-assassinatos-assaltos-e-sequestro-diz-delegada.ghtml>
- Junqueira, C. (2022, July 10). *Guarda municipal é morto em Foz do Iguaçu durante festa de aniversário com tema sobre o PT*. CNN Brasil. <https://www.cnnbrasil.com.br/politica/guarda-municipal-e-morto-em-foz-do-iguacu-durante-festa-de-aniversario-com-tema-sobre-o-pt/>
- Lima, R. S. de, Bueno, S., & Mingardi, G. (2016). Estado, polícias e segurança pública no Brasil. *Revista Direito GV*, 12(1), 49–85. <https://doi.org/10.1590/2317-6172201603>
- Lukács, G. (1977). As Bases Ontológicas do Pensamento e da Atividade do Homem. In *Temas de Ciências Humanas*. Grijalbo.
- Lyra, J. C. (2022, July 3). *“Fechamento” era como PM que matou irmã referia-se a ela, em rede social*. O Globo. <https://oglobo.globo.com/rio/noticia/2022/07/fechamento-era-como-pm-que-matou-irma-referia-se-a-ela-em-rede-social.ghtml>
- Martín-Baró, I. (2012). *Acción e ideología: Psicología Social desde Centroamérica*. UCA.
- Maruna, S., & Mann, R. E. (2006). A fundamental attribution error? Rethinking cognitive distortions†. *Legal and Criminological Psychology*, 11(2), 155–177. <https://doi.org/10.1348/135532506x114608>
- Meirelles, H. L. (1997). *Direito Administrativo Brasileiro* (22nd ed.). Editora RT.
- Minayo, M. C. de S., & Souza, E. R. de. (1997). Violência e saúde como um campo interdisciplinar e de ação coletiva. *História, Ciências, Saúde-Manguinhos*, 4(1), 513–531. <https://doi.org/10.1590/S0104-59701997000300006>
- Miranda, D., & Guimarães, T. (2016). O suicídio policial: O que sabemos? *Dilemas - Revista de Estudos de Conflito E Controle Social*, 9(1), 1–18. <https://revistas.ufrj.br/index.php/>

dilemas/article/view/7680/6191

- MTE. (2002). *Manual de aplicação da Norma Regulamentadora no 17* (2nd ed.). SIT.
- Pachukanis, E. B. (2017). *Teoria geral do direito e marxismo*. Boitempo Editorial.
- Pará, G. (2019, July 29). *Rebelião deixa 57 mortos no presídio de Altamira, sudoeste do Pará*. G1. <https://g1.globo.com/pa/para/noticia/2019/07/29/rebeliao-deixa-mortos-no-presidio-de-altamira-sudoeste-do-para.ghtml>
- Platão. (2016). *A Justiça*. Edipo.
- Portela, M. (312 C.E., May 18). *Dois policiais rodoviários federais são mortos a tiros na BR-116, no Ceará*. Brasil. <https://www.correiobraziliense.com.br/brasil/2022/05/5008733-dois-policiais-rodoviaros-federais-sao-mortos-a-tiros-na-br-116-no-ceara.html>
- Resta, E. (2013). O TEMPO ENTRE GERAÇÕES. *Revista Direitos Humanos E Democracia*, 1(2), 293. <https://doi.org/10.21527/2317-5389.2013.2.293-327>
- Resta, E. (2020). *O direito fraterno [recurso eletrônico]* (B. B. Gehlen, F. M. Spengler, & S. R. Martini, Trans.; 2nd ed.). Essere nel Mondo.
- Santos, E. (2022, May 24). *Operação na Vila Cruzeiro é a 2a mais letal da história do Rio, atrás só da ação no Jacarezinho*. G1. <https://g1.globo.com/rj/rio-de-janeiro/noticia/2022/05/24/veja-as-operacoes-policiais-mais-letais-do-rio-de-janeiro.ghtml>
- Saporì, L. F. (2007). *Segurança Pública no Brasil: desafios e perspectivas*. Editora FGV.
- Schmidt, J. P. (2018). Para estudar políticas públicas: aspectos conceituais, metodológicos e abordagens teóricas. *Revista Do Direito*, 3(56), 119–149. <https://doi.org/10.17058/rdunisc.v3i56.12688>
- Scliar, M. (2007). História do conceito de saúde. *Physis: Revista de Saúde Coletiva*, 17(1), 29–41. <https://doi.org/10.1590/s0103-73312007000100003>
- Wermuth, M. Â. D. (2011). *Medo e Direito Penal: Reflexos da expansão punitiva na realidade brasileira*. Livraria do Advogado.
- WORLD HEALTH ORGANIZATION. (1996). *Global consultation on violence and health. Violence: a public health priority*. WHO.
- Zeifert, A. P. B., & Sturza, J. M. (2019). As políticas públicas e a promoção da dignidade : uma abordagem norteada pelas capacidades (capabilities approach) propostas por Martha Nussbaum. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, 9(1). <https://www.publicacoes.uniceub.br/RBPP/article/view/5894/pdf>

Conflictos y corresponsabilidades implicados en los Derechos a la Salud y al uso recreativo de la cannabis en México

Conflicts and Co-Responsibilities involved in the Right to Health and recreational Use of Cannabis in Mexico

Francisco Justiniano Velasco Arellanes¹

DOI: [https://doi.org/10.37767/2591-3476\(2024\)03](https://doi.org/10.37767/2591-3476(2024)03)

Fecha de envío: 21.01.2024

Fecha de aceptación: 11.04.2024

RESUMEN:

El documento examina la tensión entre el derecho al libre desarrollo de la personalidad, incluyendo el consumo de cannabis, y el derecho a la salud en México. Se centra en las repercusiones legales, sociales y de salud pública del consumo recreativo de cannabis. El objetivo es analizar el conflicto entre estos derechos, identificando desafíos éticos, legales y de política pública. Se utiliza un análisis del contenido normativo de las leyes mexicanas, enfocándose en los derechos mencionados y desglosando conceptos jurídicos clave. Los resultados muestran un equilibrio delicado entre los derechos humanos y el control de sustancias, subrayando la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Se profundiza en la relación entre derecho, justicia y el libre desarrollo de la personalidad, y su intersección con el uso recreativo del cannabis. Finalmente, se explora la tensión entre el derecho al consumo recreativo de cannabis y el derecho a la salud, destacando las implicaciones de la legalización en la salud pública, la responsabilidad estatal y las libertades individuales.

ABSTRACT

The document examines the tension between the right to free personal development, including cannabis use, and the right to health in Mexico. It focuses on the legal, social, and public health repercussions of recreational cannabis consumption. The goal is to analyze the conflict between these rights, identifying ethical, legal, and public policy challenges. It employs an analysis of the normative content of Mexican laws, focusing on the mentioned rights and breaking down key legal concepts. The results show a delicate balance between human rights and substance control, underscoring the jurisprudence of the Supreme Court of Justice of the Nation. The relationship

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

between law, justice, and free personal development, and its intersection with recreational cannabis use, is further explored. Finally, the tension between the right to recreational cannabis consumption and the right to health is explored, highlighting the implications of legalization on public health, state responsibility, and individual freedoms.

PALABRAS CLAVE: Derechos Humanos; Cannabis Recreativo; Salud Pública; Jurisprudencia Mexicana; Corresponsabilidad Estado-Ciudadano.

KEY WORDS: Human Rights; Recreational Cannabis; Public Health; Mexican Jurisprudence; State-Citizen Co-responsibility.

I. Introducción

La regulación del uso de cannabis en México, particularmente en lo que concierne a su producción y consumo recreativo, plantea un desafío jurídico y social significativo. Según Cardozo (1928), todo escenario o sistema jurídico revela una dualidad fundamental entre la libertad individual —la cual abarca la autonomía personal para tomar decisiones que afectan el desarrollo de la propia personalidad, incluyendo el consumo de cannabis— y las responsabilidades y consecuencias asociadas a tales decisiones. Es indiscutible el atractivo de la premisa de que los ciudadanos deban tener el derecho a tomar decisiones libres en diversos aspectos de su vida, como la educación, la orientación sexual, el estado civil, la ocupación, la política y la religión. Sin embargo, la libertad individual entra en una zona de complejidad cuando las elecciones personales tienen un impacto directo en la salud del individuo y en la capacidad del Estado de cumplir con su rol de garantizar y proteger el derecho a la salud.

Venegas (2014) destaca que la adopción de políticas permisivas y la regulación del cannabis para uso recreativo invariablemente conducirán a conflictos entre principios fundamentales. Este choque se manifiesta principalmente entre el derecho al libre desarrollo de la personalidad, por un lado, y el derecho a la salud, por el otro, poniendo de relieve la responsabilidad del Estado de proteger este último. Este contexto subraya la necesidad de equilibrar cuidadosamente las libertades individuales con las responsabilidades colectivas, especialmente en lo que respecta a la salud pública y la seguridad.

1. Planteamiento de la problemática

En el corazón de la materia sustancial del derecho se encuentra la constante búsqueda de reconocer y proteger los derechos humanos. Estos derechos son consagrados mediante normas que castigan a quienes los vulneran o limitan. En este contexto, se asume que todo derecho, una vez reconocido como elemental en la constitución política de los Estados Unidos Mexicanos, tratados internacionales (por ejemplo, Naciones Unidas, 1948) o mediante leyes especiales, debe ser aceptado y defendido de manera incondicional.

El caso de la aceptación del uso del cannabis para fines recreativos, anclado en el derecho a libre desarrollo de la personalidad ya ha sido considerado en SENTENCIA de “DECLARATORIA GENERAL DE INCONSTITUCIONALIDAD”, en Jurisprudencia por la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN, 2021)

Sin embargo, sabemos que las leyes por si mismas no solucionan problemas, ni aseguran las corresponsabilidades de los ciudadanos y el Estado en su ejercicio. Es el caso de

la declaración del derecho al uso recreativo del cannabis como parte del derecho al libre desarrollo de la personalidad, su permisividad y consecuencias en la sociedad son complejas y no se han agotado con su reconocimiento legal por parte del Estado mexicano.

Así también, y, no obstante, la connotación positiva, humanista y loable que puede tener el reconocimiento de "derechos", particularmente en el uso recreativo del cannabis, es esencial reflexionar sobre las consecuencias inherentes a su ejercicio. Esto se vuelve particularmente relevante cuando el ejercicio de esos derechos conlleva consecuencias económicas, epidemiológicas, o impone una carga al Estado y a la sociedad en general.

Respecto al caso del uso del cannabis para fines recreativos, y aun cuando ya hubo una resolución legislativa favorable que justifica el goce de este derecho, permanecen las interrogantes y conflictos éticos que afectan las políticas públicas y los recursos para garantizar el derecho a la salud de los usuarios.

La naturaleza compleja de este conflicto requiere un análisis profundo de los atributos del Estado y de los ciudadanos como son: Justicia, Estado, Derechos, Contrato Social, Libre Desarrollo de la Personalidad, Pleno Desarrollo de la Personalidad derechos, Responsabilidad Moral, entre otros. El objetivo de esta reflexión no es ofrecer una postura final sobre el esclarecimiento de estos atributos y los derechos en conflicto, sino entre ver que sus implicaciones son complejas.

Así pues, el presente trabajo tiene como propósito investigar y analizar conceptualmente esta compleja interacción entre los derechos y responsabilidades asociados con el consumo de cannabis. Finalmente, se alude a la necesidad de desarrollar un marco administrativo legal que armonice estos derechos y corresponsabilidades de los usuarios y del Estado.

2. Objetivo General de la Investigación

Analizar y comprender el conflicto entre dos derechos fundamentales en México: el derecho al libre desarrollo de la personalidad, como se refleja en el artículo 1 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y respaldado por la SENTENCIA de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN, 2021), que incluye la elección individual de consumir cannabis con fines recreativos; y el derecho a la salud, establecido en el artículo 4 de la Constitución, que implica el acceso a servicios de salud y la responsabilidad estatal de garantizarlo. El estudio se enfocará en identificar y abordar los desafíos éticos, legales y de política pública que emergen de este conflicto. Además, se propone explorar soluciones pragmáticas y equilibradas que faciliten la corresponsabilidad del Estado y los usuarios en el uso recreativo del cannabis. Esto involucrará una evaluación crítica de los marcos legales vigentes, las responsabilidades individuales y estatales, y la necesidad de desarrollar políticas que protejan la salud pública sin limitar innecesariamente las libertades individuales.

Expandir la discusión para incluir perspectivas económicas, sociológicas, y de salud pública basadas en la experiencia internacional. Esto implicaría examinar cómo la legalización afecta no solo al individuo sino también a la sociedad en su conjunto, incluyendo aspectos como el mercado laboral, la economía informal, y el sistema de salud. La adopción de un enfoque multidisciplinario enriquecería el análisis y ofrecería una comprensión más completa de las consecuencias de la legalización.

II. Método

En el estudio se realiza un análisis del contenido normativo de las leyes mexicanas, enfocándose en el derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad en el marco del consumo recreativo de cannabis y el derecho a la salud, este último consagrado como garantía estatal. Empleando un enfoque metodológico de revisión documental, se investiga la conceptualización de términos claves en la legislación. Además, se descompone cada concepto jurídico en sus elementos constitutivos para comprender mejor su significado y aplicabilidad, lo cual es crucial para dilucidar el conflicto subyacente entre ambos derechos fundamentales.

III. Resultados del Análisis del Contenido Normativo

La sentencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) sobre el uso recreativo de cannabis marca un precedente crucial en la interpretación del derecho al libre desarrollo de la personalidad frente a otros derechos fundamentales como el derecho a la salud pública. El análisis de dicha sentencia debe profundizar en el quehacer jurisprudencial de la SCJN, evaluando sobre cómo las decisiones previas han balanceado estos derechos y establecido un marco para su ejercicio responsable. Asimismo, es importante considerar cómo los tratados internacionales, como la Convención Única sobre Estupefacientes, influyen en la regulación nacional para delinear los límites y posibilidades de México frente a sus compromisos internacionales.

1. El contenido normativo de las leyes mexicanas implicadas en los derechos al derecho al consumo recreativo del cannabis y el derecho a la salud en México

A. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

La Constitución del Estado Mexicano (Cámara de Diputados. H. Congreso de la Unión, 2023), aunque no aborda específicamente el derecho al uso de cannabis para fines recreativos, sí establece principios generales “De los derechos humanos y sus garantías”, entre ellos: Respeto a los derechos humanos (Artículo 1) y Derecho a la salud (Artículo 4). El respeto de los derechos humanos, dado su aspecto general y abstracto ha sido objeto de análisis para fundamentar, por parte de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN), resoluciones vinculantes por jurisprudencia que favorecen los derechos fundamentales comprendidos en la constitución, entre ellos el libre desarrollo de la personalidad en el contexto de “derecho de consumir marihuana con fines recreativos”. El cual analizaremos a profundidad en el tema de Jurisprudencia.

B. Tratados Internacionales.

México es parte de varios tratados internacionales que prohíben o regulan el tráfico de drogas, incluidas la Convención Única de 1961 sobre Estupefacientes (Organización Mundial de la Salud, OMS, 1966) y Convención de las Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas (Naciones Unidas, 1989). Estos tratados tienen implicaciones para cómo México puede regular el cannabis en su propio territorio. Básicamente estas leyes son prohibicionistas y no marcan directrices específicas para la regulación del cannabis para fines recreativos.

C. Código Penal Federal (Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión, 2014).

Por definición, el Código Penal Federal (CPF), tiene un carácter punitivo, en él se establecen las sanciones y penas para delitos relacionados con drogas, incluida el cannabis. Este código es prohibicionista y sanciona la producción, posesión, tráfico y distribución

de toda sustancia psicotrópica o clasificada como estupefaciente. Los artículos principales y relacionados con las sanciones y penas para delitos relacionados con drogas, incluida el cannabis, se encuentran principalmente en los siguientes apartados:

Artículo 198: Establece que la siembra, cultivo o cosecha de plantas de marihuana no será punible cuando estas actividades se lleven a cabo con fines médicos y científicos en los términos y condiciones de la autorización que para tal efecto emita el Ejecutivo Federal. Además, menciona penas para quienes siembren, cultiven o cosechen plantas de marihuana, amapola, hongos alucinógenos, peyote o cualquier otro vegetal que produzca efectos similares, bajo ciertas condiciones de necesidad económica y escasa instrucción, con penas de prisión de uno a seis años.

Artículo 199: Indica que el Ministerio Público o la autoridad judicial debe informar a las autoridades sanitarias competentes cuando una persona relacionada con procedimientos por los delitos previstos en los artículos 195 o 195 bis sea farmacodependiente, para los efectos del tratamiento correspondiente.

Artículo 195: Impone penas de cinco a quince años de prisión y de cien a trescientos cincuenta días multa a quien posea alguno de los narcóticos señalados en el artículo 193 sin la autorización correspondiente.

Artículo 194: Establece penas de prisión de diez a veinticinco años y de cien hasta quinientos días multa a quien produzca, transporte, trafique, comercie, suministre aun gratuitamente o prescriba alguno de los narcóticos señalados en el artículo 193 sin la autorización correspondiente.

Artículo 196 Ter: Indica que se impondrán de cinco a quince años de prisión y de cien a trescientos días multa, así como decomiso de los instrumentos, objetos y productos del delito, al que desvíe o contribuya a desviar precursores químicos, productos químicos esenciales o máquinas al cultivo, extracción, producción, preparación o acondicionamiento de narcóticos en cualquier forma prohibida por la ley.

Artículo 193: Define los narcóticos como estupefacientes, psicotrópicos y demás sustancias o vegetales que determinen la Ley General de Salud y otros ordenamientos, y señala que son punibles las conductas relacionadas con estos que constituyen un problema grave para la salud pública.

Artículo 56: Menciona las penas aplicables a quienes colaboren de cualquier manera al financiamiento, supervisión o fomento para posibilitar la ejecución de delitos relacionados con narcóticos.

Artículo 300: Describe sobre la comisión del delito de posesión sin fines de comercio o suministro de Cannabis Sativa, Indica o Marihuana, y las condiciones bajo las cuales se puede aplicar una pena.

Así también, el Código Penal contiene artículos diversos que definen las acciones legales para: 1) Medidas cautelares y sanciones alternativas, 2) Abstenerse de consumir drogas o estupefacientes, 3) Participar en programas especiales para la prevención y el tratamiento de adicciones, sobre Sanciones pecuniarias, 4) Destrucción de nar-

cóticos asegurados, 5) Procedimientos para la destrucción de narcóticos asegurados en caso de delitos relacionados con drogas 6) , Delitos graves y prisión preventiva oficiosa, 7) incluyendo delitos graves contra la salud, sobre la Individualización de las sanciones, 8) Criterios para la imposición de sanciones, que podrían aplicarse a delitos relacionados con drogas, 9) Concurso de delitos, 10) Reglas para la imposición de sanciones en caso de concurso real o ideal de delitos, lo que podría incluir delitos relacionados con drogas y 11) Criterios de oportunidad y Supuestos en los que el Ministerio Público puede decidir no ejercer acción penal, algunos de los cuales podrían aplicarse a delitos relacionados con drogas.

Así pues, se puede identificar que todos los anteriores artículos de CPF, por definición son prohibicionistas y penalistas dentro de las políticas legislativas de los Estados Unidos Mexicanos.

D. Ley General de Salud (LGS).

Esta ley federal establece las bases para la regulación de todas las sustancias psicotrópicas, incluyendo el cannabis. Antes de las reformas recientes, la posesión de cannabis estaba altamente restringida bajo esta ley. Actualmente, existe cierta permisividad. Este cambio en la ley tuvo como fin despenalizar la portación de algunas sustancias para los usuarios, permitiendo así su portación en límites permitidos, véase la Tabla 1. En el año 2009, el Honorable Congreso de la Unión, a través del Congreso General de los Estados Unidos Mexicanos, reformó la fracción XXIII del artículo 3 y parte de los artículos subsecuentes que la componen, en específico el Artículo 479, con el fin de suavizar y despenalizar la portación de algunas drogas de abuso en posesión de consumidores (Velasco y Soto, 2018).

Tabla de Orientación de Dosis Máximas de Consumo Personal e Inmediato		
Narcótico	Dosis máxima de consumo personal e inmediato	
Opio	2 gr.	
Diacetilmorfina o Heroína	50 mg.	
Cannabis Sativa, Indica o Marihuana	5 gr.	
Cocaína	500 mg.	
Lisergida (LSD)	0.015 mg.	
MDA, Metilendioxfanfetamina	Polvo, granulado o cristal	Tabletas o cápsulas
	40 mg.	Una unidad con peso no mayor a 200 mg.
MDMA, dl-34-metilendioxi-n-dimetilfeniletamina	40 mg.	Una unidad con peso no mayor a 200 mg.
Metanfetamina	40 mg.	Una unidad con peso no mayor a 200 mg.

Tabla tomada íntegramente de la Ley General de Salud (2009).

E. El Reglamento de la Ley General de Salud en Materia de Control Sanitario para la Producción, Investigación y Uso Medicinal de la Cannabis y sus Derivados Farmacológicos.

Esta es una legislación más reciente en México, la cual se publicó el 12 de enero de 2021, se establece las disposiciones legales y reglamentarias para el control, regulación, fomento y vigilancia sanitaria del cannabis y sus derivados con fines de producción, investigación, fabricación y uso medicinal. Este reglamento asigna responsabilidades específicas a varias secretarías y organismos gubernamentales mexicanos, como la Secretaría de Salud a través de la COFEPRIS, la Secretaría de Agricultura y Desarrollo Rural, la Secretaría de Economía, y la Secretaría de Hacienda y Crédito Público. Estas entidades ejercen atribuciones relacionadas con la producción, investigación, fabricación y uso medicinal del cannabis y sus derivados, así como la importación y exportación de estos productos.

El reglamento detalla los requisitos para la producción primaria de cannabis, la investigación relacionada con la salud y la farmacología, la fabricación de derivados farmacológicos y medicamentos, y el uso medicinal de estos productos. Además, establece definiciones claras y específicas para términos clave relacionados con el cannabis y sus usos. También se describen detalladamente los procesos y procedimientos para la autorización y control de la producción, investigación, fabricación y uso del cannabis y sus derivados.

El reglamento tiene implicaciones para el Estado mexicano ya que lo coloca como el rector en materia de salud, el reglamento refuerza el papel del gobierno en la regulación y control de la producción y uso del cannabis medicinal. Esto implica garantizar la calidad, seguridad y eficacia de los productos de cannabis utilizados con fines medicinales. Además, el Estado debe asegurarse de que las actividades relacionadas con el cannabis y sus derivados se realicen dentro del marco legal y reglamentario establecido, protegiendo así la salud pública y evitando el uso indebido o ilegal de estos productos.

En cuanto a las responsabilidades de los usuarios hacia el Estado y su propio desarrollo de la personalidad, el reglamento impone deberes claros a los productores, investigadores, fabricantes y usuarios de cannabis y sus derivados. Estos incluyen el cumplimiento de los requisitos legales y reglamentarios, la obtención de las autorizaciones necesarias, y la adhesión a los procedimientos y normas establecidos para garantizar la seguridad y eficacia de los productos. Además, los usuarios de cannabis medicinal tienen la responsabilidad de utilizar estos productos de manera responsable y de acuerdo con las prescripciones médicas, contribuyendo así a su salud y bienestar personal.

Cabe señalar, que, el Reglamento de la Ley General de Salud en Materia de Control Sanitario para la Producción, Investigación y Uso Medicinal de la Cannabis y sus Derivados Farmacológicos se enfoca específicamente en aspectos relacionados con la producción, investigación, fabricación y uso medicinal del cannabis y sus derivados. No se hace referencia al uso de cannabis para fines lúdicos o recreativos. Este reglamento establece el marco legal para el control sanitario del cannabis en un contexto estrictamente médico y científico, sin abordar el uso recreativo de la planta y sus derivados. Estos dos temas, el uso médico y recreativo del cannabis, se han puesto como similares de manera arbitrarias en los debates (Velasco y Soto, 2018), lo cual ha sido erróneo porque se persiguen fines distintos en su uso, así también tiene diferentes responsabilidades e implicaciones para los diferentes tipos de usuarios como pueden ser pacientes que los utilizan para fines médicos y usuarios que los utilizan para fines recreativos.

F. Jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN).

La SCJN ha emitido varios fallos:

1. Amparo en revisión 237/2014, fallado por mayoría de cuatro votos en sesión de cuatro de noviembre de dos mil quince.
2. Amparo en revisión 1115/2017, fallado por mayoría de cuatro votos en sesión de once de abril de dos mil dieciocho.
3. Amparo en revisión 623/2017, fallado por mayoría de cuatro votos en sesión de trece de junio de dos mil dieciocho.
4. Amparo en revisión 548/2018, fallado por mayoría de cuatro votos en sesión de treinta y uno de octubre de dos mil dieciocho.
5. Amparo en revisión 547/2018, fallado por mayoría de cuatro votos en sesión de treinta y uno de octubre de dos mil dieciocho.

Los cuales han sido fundamentales en la evolución de la política de cannabis en México, y para que, la SCJN en el año 2018 en Foja 2, dictó SENTENCIA de “DECLARATORIA GENERAL DE INCONSTITUCIONALIDAD”, la cual, fue publicada en el Diario Oficial de la Nación (DOF: 15/07/2021) que a la letra dice:

Derivada de la jurisprudencia fijada por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en diversos amparos indirectos en revisión, en la que declaró la inconstitucionalidad del sistema de prohibiciones administrativas previsto en diversas porciones de los artículos 235, último párrafo, 237, 245, fracción I, 247, último párrafo y 248 de la Ley General de Salud, que prohíbe absolutamente a la Secretaría de Salud emitir autorizaciones para realizar las actividades relacionadas con el autoconsumo de cannabis y tetrahidrocannabinol (THC) con fines recreativos, por considerarlo violatorio del derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad reconocido por el artículo 1 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (Pág., 1, SCJN, DOF: 15/07/2021).

Así pues, con la SENTENCIA anterior, la SCJN, establece jurisprudencia al reconocer que el consumo lúdico de la marihuana es parte del libre desarrollo de la personalidad, prevaleciendo sobre el sistema de prohibiciones de estupefacientes y psicotrópicos de la Ley General de Salud.

Cabe señalar que, para dilucidar y legislar en SENTENCIA favorable hacia los usuarios de cannabis para fines lúdicos, los legisladores de se plantearon dos cuestiones legales clave: 1) si el consumo recreativo de marihuana y las actividades necesarias para su realización están cubiertos por el derecho al libre desarrollo de la personalidad, y 2) si ciertos artículos de la Ley General de Salud vulneran este derecho al establecer una prohibición para la emisión de autorizaciones para tales actividades.

En este contexto la SCJN afirmó que el consumo personal recreativo de marihuana y las actividades relacionadas están protegidas por el derecho al libre desarrollo de la personalidad consagrados y vinculados al artículo 1 constitucional, y de esta manera, generaron la jurisprudencia para permitir a las personas adultas decidir qué tipo de actividades recreativas o lúdicas desean realizar, entre ellas de dedujo el derecho a consumir marihuana para fines lúdicos o recreativos. Además, se determinó que los artículos impugnados de la Ley General de Salud vulneran este derecho al imponer una prohibición injustificada para la emisión de autorizaciones para el consumo y actividades relacionadas con el autoconsumo de marihuana.

Finalmente, la Corte estableció condiciones específicas para el ejercicio de este derecho, subrayando que no debe perjudicar a terceros, no se puede ejercer frente a menores de edad ni en lugares públicos sin autorización de terceros presentes. Las condiciones específicas establecidas por la Suprema Corte de Justicia de la Nación de México para el consumo lúdico de marihuana son:

1. No Comercialización: Se prohíbe expresamente la realización de actos de comercio, suministro, o cualquier otra actividad que implique la enajenación y/o distribución de marihuana. Esto implica que el derecho al consumo personal y recreativo de marihuana no incluye la venta o distribución de la misma.
2. No Perjudicar a Terceros: El derecho al consumo personal de marihuana con fines recreativos no debe perjudicar a terceros. Esto significa que el ejercicio de este derecho debe realizarse de manera que no afecte negativamente a otras personas.
3. Restricciones de Lugar y Presencia de Menores: El consumo no puede realizarse frente a menores de edad ni en lugares públicos donde se encuentren terceros que no hayan brindado su autorización. Esta condición busca proteger a los menores de edad y a las personas que no deseen estar expuestas al consumo de marihuana.
4. Estas condiciones buscan equilibrar el derecho al libre desarrollo de la personalidad con respecto al consumo recreativo de marihuana con la protección de la salud pública y los derechos de terceros.

Conclusión de esta sección: El análisis del marco legal mexicano revela un equilibrio delicado entre el respeto a los derechos humanos, véase Figura 1, en particular el derecho al libre desarrollo de la personalidad, y las obligaciones internacionales y nacionales relacionadas con el control de sustancias. La jurisprudencia de la SCJN ha jugado un papel crucial en la interpretación de estos derechos, especialmente en lo que respecta al consumo recreativo de cannabis. Sin embargo, persiste una tensión entre las políticas prohibicionistas y los movimientos hacia una mayor liberalización del cannabis para fines de uso recreativo, especialmente en el contexto de la salud pública y los derechos individuales. Este análisis subraya la importancia de un enfoque equilibrado que considere tanto la protección de la salud pública como el respeto a los derechos individuales en la formulación de políticas sobre el cannabis.



Figura 1. Representa el contenido normativo de las leyes mexicanas relacionada con el derecho al uso recreativo del cannabis. Elaboración propia.

2. Desarrollo y análisis del concepto de derecho y sus elementos constitutivos

El elemento jurídico-político que proporciona una estructura reguladora a la vida en sociedad es el concepto de justicia, éste, tiene una larga historia que se remonta hasta Aristóteles en el siglo IV a.C. Para Aristóteles la relación entre justicia y política es intrínseca y fundamental para la conformación de la estructura de las polis (ciudades-estado). Este gran filósofo consideró que la mejor forma de gobierno podría ser una monarquía limitada que buscará el bienestar de todos los ciudadanos, no solo de una élite.

No obstante, ésta elocuente aproximación de Aristóteles sobre la razón de ser de la diada jurídico-política, el concepto de justicia se consolidó en los principios del humanismo renacentista a través de las posturas filosóficas de Thomas Hobbes, John Locke y Jean-Jacques Rousseau, que pusieron de relieve "el contrato social" como elemento central para regular la vida en sociedad, el cual describe un acuerdo implícito o explícito entre los individuos que conforman una sociedad. Este acuerdo establece las reglas y principios que rigen la organización social, política y económica de los Estados Nación, a cambio de ciertos beneficios como la seguridad, el orden y el acceso a recursos y oportunidades.

De tal manera que, la noción de contrato social, sugiere que los individuos tienen derechos naturales, dignidad y capacidades racionales que deben ser protegidos por el Estado al que pertenecen. En este marco histórico se propone otro concepto, el de "justicia", como una cualidad intrínsecamente humana que nos distingue como seres capaces de razonar, de empatizar y de construir sistemas éticos y legales complejos.

Así pues, en el contexto del humanismo, tenemos dos elementos centrales y diádicos que se tornan inseparables el uno del otro para incubar la constitución de las sociedades políticamente reguladas en Estados nación, estos son: 1) el de contrato social que posibilita la relación individuo-Estado y 2) el de justicia como reguladora de la vida en sociedad. En este contexto, la justicia no es solo un conjunto de reglas impuestas desde arriba, desde el Estado, sino una manifestación de nuestra humanidad compartida y de nuestro deseo colectivo de vivir en una sociedad donde cada individuo tenga la oportunidad de alcanzar su máximo potencial. La justicia, en este sentido, se convierte en una expresión de la ética humanista que valora la autonomía individual, la igualdad y la fraternidad.

El humanismo nos enseña que cada ser humano tiene un valor inherente, y es precisamente este valor el que nos impulsa a buscar un sistema justo que respete la dignidad de cada individuo. Al hacerlo, la justicia se convierte no solo en un mecanismo regulador, sino también en una aspiración humana fundamental que refleja nuestra capacidad única para el razonamiento ético y la construcción de una sociedad más equitativa.

Por lo tanto, la justicia no es solo un elemento regulador en la convivencia y de la vida en sociedad, sino también una cualidad humana distintiva que nos separa de otras especies y que está profundamente arraigada en los principios humanistas que valoran la dignidad y la igualdad de todos los seres humanos.

Por su parte, Emmanuel Kant (2002) ofrece una perspectiva deontológica sobre la justicia, centrada en el deber y la moralidad absoluta. Su "Imperativo Categórico", como principio moral del "deber ser" es inherentemente vinculado a las normas morales, estas las considera absolutas, universales y categóricas. Es decir, una norma es un imperativo porque es una máxima del deber ser o actuar en sociedad, y es categórico, porque dicha máxima

debe cumplirse en todas las situaciones, sin excepciones o condiciones de ningún tipo. Así pues, para Kant, el deber es la obligación moral de actuar correctamente en todas las situaciones, sin excepción o en menoscabo de encontrarse a solas o en condiciones de ser observado por otros congéneres. No se trata de actuar en función de las consecuencias, o de algún beneficio personal, sino de cumplir con lo moralmente correcto por el simple hecho de que se debe hacer lo correcto. Esta visión de lo moral es absoluta, porque no depende de circunstancias externas al individuo; más bien, todo acto moral bajo el imperativo categórico, es y debe ser intrínseco al individuo que se comporta moralmente en sí mismo, y para con los demás, porque es lo correcto o el deber ser en sociedad.

Ahora bien, y dado que comportarse en relación a lo justo o lo correcto es comportarse bajo el principio de Imperativo Categórico, implica que las leyes y los principios de justicia deben ser universales para todos los individuos, sin importar su estatus, origen o circunstancias. Esto se alinea con la noción de igualdad ante la ley que posteriormente consideraría John Rawls (1971). Así también, para Emmanuel Kant la autonomía individual y la dignidad humana es un "fin en sí mismo" y no debe ser utilizado como un medio para otros fines. Esto tiene implicaciones directas en la justicia, ya que subraya la importancia de respetar los derechos y la dignidad de cada individuo sin distinción alguna.

Respecto a la responsabilidad moral, la ética kantiana enfatiza en la responsabilidad de cada individuo en sus acciones, y que este, debe ser tratado como un agente moral capaz de razonar y tomar decisiones éticas. Esto se refleja en sistemas de justicia que enfatizan la responsabilidad individual y el castigo o la rehabilitación basados en el acto moral, y no solo en las consecuencias.

John Rawls (1971) en su obra icónica "A theory of justice" introduce dos principios de justicia: 1) Principio de igualdad básica: Cada persona tiene el mismo derecho a un sistema básico de libertades que sea compatible con un sistema de libertades para todos y 2) Principio de diferencia: las desigualdades sociales y económicas deben satisfacer las siguientes condiciones a) deben estar asociadas con funciones y cargos abiertos a todos; y b) deben ser de la mayor ventaja para los miembros menos aventajados de la sociedad.

John Rawls propone el concepto de "velo de la ignorancia", como método de decisión para vivir en un sistema social justo; La idea es la siguiente, imagina que: si las personas tuvieran que crear una sociedad desde cero, pero no supieran qué posición ocuparían en ella (por ejemplo, su género, raza, nivel socioeconómico, habilidades, etc.), elegirían principios de justicia que fueran lo más equitativos y justos posibles para todos. En este estado hipotético detrás del "velo de la ignorancia", las personas no saben nada sobre sus futuras circunstancias, lo que les permite ser imparciales en su elección de los principios de justicia a los que se someterán. Rawls argumenta que este método produce principios de justicia que son verdaderamente justos porque están desprovistos de prejuicios personales o de grupo.

Como podemos ver en la Figura 2. El concepto de justicia ha sido un pilar fundamental en la estructuración de sociedades a lo largo de la historia, evolucionando desde las reflexiones de Aristóteles sobre la política y la ética hasta las teorías contemporáneas de justicia social y derechos individuales. Aristóteles vio la justicia como un elemento clave en la conformación de las polis, donde la mejor forma de gobierno es aquella que promueve el bienestar común. Esta visión fue ampliada durante el humanismo renacen-

tista, donde filósofos como Hobbes, Locke y Rousseau desarrollaron la idea del contrato social, un acuerdo implícito entre los miembros de una sociedad para establecer un orden justo que garantice seguridad, orden y acceso a recursos y oportunidades. En este contexto, la justicia, se entiende no solo como un conjunto de reglas o leyes impuestas por el Estado, sino como una cualidad intrínsecamente humana que refleja nuestra capacidad para razonar, empatizar y construir sistemas éticos y legales complejos para vivir en sociedad. Es una expresión de la ética humanista que valora la autonomía individual, la igualdad y la fraternidad, y se convierte en una aspiración humana fundamental que busca respetar la dignidad de cada individuo.

Finalmente, en la modernidad, filósofos como Kant y Rawls han continuado explorando y expandiendo el concepto de justicia. Kant, con su perspectiva deontológica, enfatiza la moralidad absoluta y el deber de actuar correctamente en todas las situaciones, lo que implica que las leyes y principios de justicia deben ser universales y aplicables a todos sin distinción. Rawls, por su parte, introduce principios de justicia que buscan garantizar la igualdad de libertades básicas y compensar las desigualdades sociales y económicas de manera que beneficien a los menos aventajados.



Figura 2. Presenta una síntesis visual de cómo se ha desarrollado la noción de justicia desde la antigüedad clásica hasta la filosofía jurídica moderna. Elaboración propia.

3. El concepto de justicia y su relación con los conceptos de libre desarrollo de la personalidad y pleno derecho de la personalidad

Hemos analizado brevemente el concepto de justicia y de cómo este se ha convertido en un mecanismo regulador y una cualidad humana distintiva que promueve una convivencia equitativa y respetuosa de la dignidad y el reconocimiento de derechos en de todos los seres humanos. Este enfoque de la justicia se relaciona estrechamente con el concepto del "Libre Desarrollo de la Personalidad", donde cada individuo tiene el derecho a buscar su propio camino y realizarse plenamente dentro de un marco de respeto mutuo y equidad hacia los demás congéneres. Asimismo, el "Pleno Derecho de la Personalidad" se refiere a la capacidad de cada persona de ser reconocida y respetada en su individualidad y autonomía, lo cual es un reflejo directo de la justicia social entendida como respeto a la dignidad humana y la igualdad de oportunidades. En este sentido, la justicia no solo es un ideal con miras a alcanzar, sino también un principio activo que informa y guía la realización personal y colectiva en una sociedad.

La autora, Emilia M. Santana Ramos (2014), hace una distinción significativa entre el "libre desarrollo de la personalidad" y el "pleno derecho de la personalidad". Primeramente, in-

dica que Libre Desarrollo de la Personalidad implica dos atributos del individuo: 1) Voluntad individual, entendida esta como la voluntad soberana del individuo y 2) la autonomía individual, la cual es la capacidad para decidir qué es lo que uno quiere para sí mismo. En consecuencia, este concepto se enfoca en la autonomía individual y se considera un principio jurídico.

Así también, Santana (2014) distingue el Concepto de Libre Desarrollo de la Personalidad del concepto de Pleno Derecho de la Personalidad. El libre desarrollo de la personalidad implica que cada individuo tiene el derecho de tomar sus propias decisiones y de vivir su vida según sus propias elecciones y convicciones, siempre y cuando estas no interfieran con los derechos de los demás. Este concepto impone la necesidad de fomentar políticas públicas que eliminen los condicionamientos económicos y sociales que puedan limitar esta autonomía. De esta manera, y dado que es un atributo individual libre de influencia externa, el Libre Desarrollo de la Personalidad representa como un modelo de vida indefinido en el cual el individuo decide darse a sí mismo en el uso de su libertad individual.

El Pleno Desarrollo de la Personalidad se asocia más comúnmente con el objetivo de la educación y el desarrollo humano integral. No se limita a la autonomía individual, sino que abarca una gama más amplia de factores como el bienestar emocional, la salud, la educación, y las oportunidades económicas. El pleno desarrollo de la personalidad se ve como un objetivo más amplio y holístico que busca eliminar todo tipo de obstáculos que puedan impedir que una persona alcance su máximo potencial. Así también, indica Santana (2014), el Pleno Desarrollo de la Personalidad se concibe como un modelo ideal de persona, en el cual los individuos, tienen el derecho de alcanzar el desarrollo completo de las potencialidades inherentes a su constitución individual o personal. No obstante, aclara la autora, esta noción es prefigurada e influida por el humanismo que alude que la humanidad, y cada individuo en lo particular, conllevan la consecución de un objetivo final al que estaría subordinando el ejercicio de su personalidad.

La autora señala que a menudo hay confusión conceptual en los textos constitucionales y declaraciones de derechos al discurrir indistintamente entre los conceptos de "Libre desarrollo de la personalidad" y "Pleno Derecho de la Personalidad", lo que puede llevar a confusión. Sin embargo, ella enfatiza que son conceptos con diferencias fundamentales, especialmente en lo que respecta a la autonomía individual y la voluntad soberana del individuo. En resumen, mientras que el "libre desarrollo de la personalidad" se centra en la autonomía individual y tiene una base jurídica, el "pleno desarrollo de la personalidad" es un concepto más amplio que abarca múltiples dimensiones del desarrollo humano y se asocia más estrechamente con objetivos educativos y de bienestar general de los individuos en sociedad.

La discusión sobre el concepto de justicia y su relación con el "Libre Desarrollo de la Personalidad" y el "Pleno Derecho de la Personalidad" es fundamental para comprender la base filosófica y jurídica de los derechos individuales en el contexto de una sociedad democrática y equitativa. La justicia, como hemos visto, no es solo un conjunto de normas y leyes, sino también una cualidad intrínsecamente humana que busca el respeto de la dignidad y la igualdad de oportunidades para todos los individuos.

Como puede apreciarse en la Figura 3, el "Libre Desarrollo de la Personalidad" es un derecho que permite a los individuos tomar decisiones personales y seguir un camino de

vida que refleje sus propios valores, deseos y convicciones, siempre y cuando no infrinjan los derechos de otros. Este derecho es un reconocimiento de la autonomía individual y la libertad de elección, que son esenciales para la realización personal y la dignidad humana. Por otro lado, el "Pleno Derecho de la Personalidad" se refiere a la capacidad de cada persona de desarrollarse integralmente en todas las dimensiones de la vida humana, incluyendo la emocional, física, intelectual y social. Este concepto aboga por la eliminación de barreras que impidan a los individuos alcanzar su máximo potencial, promoviendo así una sociedad más justa y equitativa.



Figura 3. Presenta una síntesis visual de la relación del concepto de Justicia con los conceptos de Libre Desarrollo de la Personalidad y Pleno Desarrollo de la Personalidad. Elaboración propia.

4. La Contraposición Conceptual Ontológica entre el Derecho al Consumo Recreativo del Cannabis y el Derecho a la Salud

Este análisis explora la tensión ontológica entre el derecho al Libre Desarrollo de la Personalidad (LDP) y el Derecho a la Salud (DS), tal como se establece en el Artículo 4 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en el contexto del uso recreativo del cannabis. Ambos derechos, reconocidos dentro del marco de los derechos humanos y sus garantías, son bienes jurídicos derivados de la doctrina constitucional.

En 2018, la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) emitió una sentencia reconociendo el consumo recreativo de cannabis como un derecho legítimo, basado en el LDP, afirmando su importancia en el ejercicio de las libertades ciudadanas. Sin embargo, es crucial reconocer que este derecho entra en conflicto con los objetivos de las políticas públicas del Estado mexicano, orientadas a garantizar el DS, fundamental para el bienestar individual y social, interpretado como 'Pleno Desarrollo de la Personalidad' (PDP). Este conflicto subraya el dilema entre la autonomía individual y el interés colectivo en la salud y el bienestar general.

Investigaciones como las de Hall y Degenhardt (2009), y Velasco y Soto (2018), advierten sobre los efectos negativos que el consumo recreativo de cannabis puede tener en la salud pública y la seguridad social. De manera similar, autores como Batista (2022), Vélez et al. (2016) y Venegas (2014) resaltan la necesidad de una regulación cuidadosa para prevenir riesgos entre los usuarios, enfocándose en el impacto en los jóvenes, el desarrollo de dependencia y las consecuencias de la legalización para fines recreativos.

La falta de legislación que exija a los consumidores de cannabis ser conscientes y responsables de las repercusiones en su salud es una omisión significativa. Informar sobre

los riesgos y promover un consumo responsable, a través de la educación, prevención, tratamiento de adicciones y, crucialmente, la fiscalización para financiar programas de rehabilitación, son pasos esenciales para mitigar los daños.

Paradójicamente, a pesar de los esfuerzos por ampliar las libertades individuales, los efectos del cannabis en la salud física y mental pueden limitar el PDP. Informes como el de Room et al. (2010) reconocen varios riesgos asociados al consumo de cannabis, incluidos efectos adversos agudos y a largo plazo, que plantean preocupaciones legítimas de salud pública.

La legalización del uso recreativo de cannabis podría proyectar un mensaje ambiguo sobre la relevancia de la salud y el bienestar, particularmente entre los jóvenes. Autores como Hall y Lynskey (2020) han evaluado los impactos de la legalización en la percepción pública y las políticas de salud en Estados Unidos, sugiriendo que, aunque presenta oportunidades para un control efectivo y la reducción de daños, también enfrenta retos considerables en términos de salud pública.

Por lo tanto, es fundamental que el Estado equilibre el derecho al consumo recreativo de cannabis con la protección de la salud pública. Esta responsabilidad implica no comprometer el bienestar a largo plazo de la población ni sobrecargar los recursos públicos y la economía, garantizando una atención adecuada a áreas críticas de la salud como el tratamiento del cáncer.

La sentencia de la SCJN sobre el consumo personal de marihuana con fines recreativos no especifica explícitamente una corresponsabilidad entre el Estado y los consumidores para la protección de la salud en este contexto. Sin embargo, es crucial inferir esta corresponsabilidad del marco legal y ético que rige el consumo de sustancias como el cannabis, promoviendo así un consumo responsable y políticas que favorezcan la salud pública.

IV. Discusión

En cualquier iniciativa legislativa dirigida a reconocer derechos y formular nuevas leyes, resulta esencial clarificar los conceptos fundamentales involucrados. Tal clarificación es crucial tanto para ponderar adecuadamente las libertades individuales como para comprender la organización de las instituciones sociales que permiten el ejercicio de estas libertades de manera equitativa y justa. Como señala Santana (2014), es vital distinguir entre derechos fundamentales y no fundamentales, identificando aquellos que promueven una vida digna frente a los que podrían restringirla o negarla, como se debate en el caso del uso recreativo de cannabis.

Frecuentemente, se asume que las propuestas con una connotación positiva generan resultados beneficiosos. Sin embargo, el debate sobre el derecho al uso recreativo del cannabis revela un desequilibrio potencial entre la justicia, interpretada como el respeto a la autonomía individual dentro del marco del "Libre Desarrollo de la Personalidad", y el consumo de cannabis. Este desequilibrio subraya la tensión entre la libertad personal y el bienestar colectivo, destacando la necesidad de una regulación que proteja la salud y la seguridad pública sin comprometer las decisiones personales en una sociedad que valora la justicia y la dignidad humana.

El aumento de propuestas para regular el comercio y consumo recreativo de cannabis indica una diversidad de políticas gubernamentales para su manejo. Aunque el futuro de

esta regulación en México es incierto, es probable que el debate continúe y, eventualmente, derive en una legislación que regule su uso recreativo. La importancia de una regulación equilibrada que contemple tanto las libertades individuales como el impacto colectivo en la salud pública y el bienestar social es evidente.

Es imprescindible que cualquier regulación del cannabis considere los riesgos para la salud, especialmente entre los jóvenes, y evalúe su impacto en la salud pública. La experiencia de otros países que han legalizado el cannabis puede proporcionar perspectivas valiosas sobre las mejores prácticas y políticas efectivas.

La regulación del cannabis recreativo debe contemplar los principios fundamentales de los derechos involucrados y responder a las necesidades de una sociedad en evolución, como lo refleja la decisión del amparo indirecto 237/2014 por la SCJN en México. Batista (2022) critica la amplia interpretación de la SCJN, que, al validar el consumo recreativo de cannabis como un aspecto del libre desarrollo de la personalidad, podría no considerar adecuadamente los límites impuestos por la dignidad humana y el bien común. Esta perspectiva demanda un análisis cuidadoso de las implicaciones éticas, sociales y de salud pública de legalizar el consumo recreativo de cannabis, asegurando que no socave los principios fundamentales de justicia, dignidad humana y bienestar colectivo.

La jurisprudencia de la SCJN ha buscado equilibrar el libre desarrollo de la personalidad con la protección de la salud pública en el contexto del consumo de cannabis. Este balance es esencial para comprender la relevancia de la declaratoria de inconstitucionalidad por la SCJN, que, valida el uso recreativo del cannabis como una manifestación del derecho al libre desarrollo de la personalidad, enfatizando la responsabilidad estatal e individual en promover el bienestar colectivo.

La decisión de la SCJN (2021) se convierte en un elemento central de nuestro análisis, reflejando un cambio significativo en la percepción social y legal del cannabis en México y estableciendo un precedente crucial para el balance entre derechos individuales y responsabilidades colectivas en una sociedad en rápida evolución.

En resumen, la discusión sobre la legalización del cannabis supera las meras cuestiones legales o de política pública y exige una profunda reflexión sobre los principios éticos y morales que fundamentan nuestra sociedad. Esto implica evaluar cómo armonizar el derecho al libre desarrollo de la personalidad con la obligación colectiva de proteger la salud y el bienestar general, reafirmando el compromiso con los principios de justicia, autonomía y dignidad humana.

Referencias Bibliográficas

- Batista, F. (2022). Consumir marihuana ¿contribuye al desarrollo de nuestra personalidad? *Cuestiones Constitucionales*, (46), 319-335.
- Bustamante, N. R. (1979). El concepto de libertad en John Stuart Mill. *Desarrollo Económico*, 19 (73), 95-106.
- Cámara de Diputados. H. Congreso de la Unión (2023). *Constitución política de los esta-*

dos unidos mexicanos. Última Reforma DOF 06-06-2023. México: Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión.

- Cardozo, B. N. (1928). *The Paradoxes of Legal Science*, New York, Columbia University Press, 1928, p. 94.
- Hall, W., & Degenhardt, L. (2009). Adverse health effects of non-medical cannabis use. *Lancet*, 374 (9698), 1383-1391.
- Hall, W., & Lynskey, M. (2020). Assessing the public health impacts of legalizing recreational cannabis use: The US experience. *World Psychiatry*, 19(2), 179-186. <https://doi.org/10.1002/wps.20735>.
- Kant, I. (2002). *Critique of practical reason*. Hackett Publishing Company.
- Ley General de Salud. (2009). DECRETO por el que se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones de la Ley General de Salud, del Código Penal Federal y del Código Federal de Procedimientos Penales. México, D.F., a 30 de abril de 2009. http://dof.gob.mx/nota_detalle_popup.php?codigo=5106093.
- Moore, T. H. M., Zammit, S., Lingford-Hughes, A., Barnes, T. R. E., Jones, P. B., Burke, M., & Lewis, G. (2007). Cannabis use and risk of psychotic or affective mental health outcomes: A systematic review. *Lancet*, 370(9584), 319-328. [https://doi.org/10.1016/S0140-6736\(07\)61162-3](https://doi.org/10.1016/S0140-6736(07)61162-3).
- Naciones Unidas (1948). Declaración Universal de los Derechos humanos. Asamblea General de las Naciones Unidas, 10 de diciembre de 1948. Paris, Francia.
- Naciones Unidas (1989). Convención de las Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas. *Nuevo Foro Penal*, (44), 191-222.
- OMS, El Consejo Ejecutivo (1966). Convención Única sobre Estupefacientes de 1961 (No. EB37. R11). 4 a sesión, 19 de enero de 1966. Organización Mundial de la Salud.
- Rawls, J. (1971). *A Theory of Justice*. Harvard University Press, Belknap Press.
- Room, R., Fischer, B., Hall, W., Lenton, S., & Reuter, P. (2010). *Cannabis policy: Moving beyond stalemate*. Oxford University Press.
- Santana, E. (2014), "Las claves interpretativas del libre desarrollo de la personalidad", *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho* (Universidad de Valencia), núm. 29, 99-113.
- Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN). (2021). Amparo en revisión 237/2014. *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*. <https://www.scjn.gob.mx/>
- Suprema Corte de Justicia de la Nación, SCJN (2021). Declaración General de Inconstitucionalidad 1/2018. Sentencia Emitida por: El Pleno de la Suprema de Justicia de la Nación. 28 de junio de 2021. DOF: 15/07/2021. Recuperado en: <https://www.scjn.gob.mx/derechos-humanos/sites/default/files/sentencias-emblematicas/resumen/2022-07/Resumen%20DGI%201-2018%20DGDH.pdf>.
- Velasco Arellanes, F. J., & Soto Mendivil, E. A. (2018). La marihuana en México: implicaciones biológicas y sociales en su legalización y regulación. *Revista Internacional de Investigación en Adicciones*, 4(1), 36-52. <https://doi.org/https://doi.org/10.28931/riiad.2018.1.05>.
- Vélez, D., Vélez, M., Rodríguez, J., Rodríguez, O. & Díaz, C. (2016) Capítulo 1. Comportamiento de los delitos de alto impacto en el ámbito nacional. *Incidencia de los delitos de alto impacto en México*. Observatorio Nacional Ciudadano, Justicia y Legalidad. México, D.F.
- Venegas V. (2014). Legalización de la marihuana, la libertad que amenaza la salud pública. *Revista chilena de pediatría*, 85 (6), 653-657.

La regulación de la provincia de Santa Fe en materia de cuidados paliativos a la luz de la legislación nacional. Análisis comparativo

The regulation of the province of Santa Fe regarding palliative care in light of national legislation. Comparative analysis.

Elisabet A. Vidal¹

DOI: [https://doi.org/10.37767/2591-3476\(2024\)04](https://doi.org/10.37767/2591-3476(2024)04)

Fecha de envío: 07.02.2024

Fecha de aceptación: 06.05.2024

RESUMEN:

El presente trabajo tiene como objetivo presentar un análisis comparativo de la legislación nacional y la ley de la provincia de Santa Fe que regulan el reconocimiento, acceso y cobertura de los cuidados paliativos con la finalidad de detectar puntos en común, diferencias y contradicciones a través de un análisis pormenorizado que permita dilucidar los alcances actuales de cobertura en la ley santafesina de cara a una posible adhesión a la legislación nacional

ABSTRACT

The objective of this work is to present a comparative analysis of the national legislation and the law of the province of Santa Fe that regulate the recognition, access and coverage of palliative care in order to detect common points, differences and contradictions through a detailed analysis that makes it possible to elucidate the current scope of coverage in Santa Fe law with a view to possible accession to national legislation.

PALABRAS CLAVE: Cuidados paliativos; ley 27.678; ley 13.166; cobertura; adhesión.

KEY WORDS: Palliative care; law 27.678; law 13.166; coverage; adherence.

¹ Doctora en Derecho, UCA. Abogada, UCSF. Docente e investigadora, UCSF. Trabajo realizado en el marco del proyecto IUS "El derecho argentino ante la vulnerabilidad del paciente terminal" (Facultad de Derecho, Universidad Católica Argentina). Correo electrónico: evidal@ucsf.edu.ar. ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0002-4960-3625>

I. Introducción

La sanción de la ley nacional N° 27.678 de “Acceso de los pacientes a las prestaciones integrales sobre cuidados paliativos² en sus distintas modalidades, en el ámbito público, privado y de la seguridad social y al acompañamiento a sus familias” tiene por objeto garantizar la prestación y cobertura de los cuidados paliativos a aquellos pacientes que se encuentran cercanos al desenlace de sus vidas.

Los cuidados paliativos, según la definición de la Association for Hospice and Palliative Care (IAHPC Global Project, 2018) constituyen la asistencia activa y holística, de personas de todas las edades con sufrimiento severo relacionado con la salud debido a una enfermedad grave, y especialmente de quienes están cerca del final de la vida. Su objetivo es mejorar la calidad de vida de los pacientes, sus familias y sus cuidadores a través de la observancia de once componentes que la integran y se vinculan –en términos generales– a la identificación precoz, a la evaluación integral, al control de síntomas pudiendo influir de manera positiva en el curso de la enfermedad ya que se proporcionan conjuntamente con tratamientos que pueden modificar su curso y pronóstico.

Así, la legislación nacional, que data del año 2022 viene a sumarse al escenario de regulaciones sobre la temática que ya existía en numerosas provincias³ incluida la Ciudad Autónoma de Buenos Aires⁴. La provincia de Santa Fe fue pionera en contar con una legislación de este tipo sancionando en el año 2011 la ley N° 13.166 “de cuidados paliativos”, reglamentada por el poder ejecutivo provincial al año siguiente a través del decreto N° 2777 (Marrama, 2022).

Si bien los servicios de cuidados paliativos han dado respuestas a pacientes con enfermedades terminales, la prevalencia de otras muchas enfermedades/condiciones crónicas plantea la necesidad de construir un nuevo modelo de atención de la cronicidad avanzada generando un espacio compartido entre los cuidados paliativos propiamente dichos y la atención paliativa (Mertnoff, 2017).

En el caso de la provincia de Santa Fe aquellos pacientes que presentan enfermedades crónicas evolutivas son ingresados a un programa especial que presenta un involucramiento territorial y comunitario; con la inclusión de los equipos de salud, los diferentes actores sociales, y el estado, con el objetivo de lograr la disminución de la carga de sufrimiento de la unidad paciente-familia, a través de redes de cuidado comunitarias asentadas en las diferentes regiones sanitarias en las que se divide el territorio provincial (López de Degani, 2022).

Sin embargo, con un panorama más abierto tras la aparición de la ley nacional se cuestiona la normativa provincial, abriéndose el debate respecto de la necesidad de adaptar la norma vigente a la legislación nacional o adherir a la misma.

2 Cuidados paliativos que –cabe recordar– ya encontraban reconocimiento expreso como derecho en la ley 26.529 (artículo 5 inciso h –texto ley 26.742) sobre los derechos del paciente, su decreto reglamentario (1089/12) y en el Código Civil y Comercial de la Nación (artículo 59) (Lafferriere, 2023).

3 Entre estas disposiciones pueden mencionarse las leyes 4780/2000 y 7129/2012 de Chaco, la ley 9021/2002 de Córdoba, la ley 5761/2006 de Corrientes, la ley 9977/2010 de Entre Ríos, las leyes 2956/2016 y 3173/2019 de La Pampa, la ley 9627/2015 de La Rioja, la ley 8312/2011 de Mendoza, las leyes 4327/2006, 4461/2008 y Ley XVII-149/2021 de Misiones, la ley 2566/ 2007 de Neuquén, las leyes 3759/2003 y 4266/2007 de Río Negro, la ley 7786/2013 de Salta, y la ley 8277/2010 de Tucumán.

4 La cual cuenta con un sistema de cuidados paliativos previo instituido por las leyes 2847 y 4415 y complementado con las resoluciones ministeriales 587/2010 y 541/2017 aseguran su aplicación a través de la formación y capacitación continua en la materia.

Ambas situaciones impactarían sobre la cobertura otorgada por la obra social provincial (IAPOS) e impondrían – en principio- la obligatoriedad de cobertura y brindado efectivo por parte del sector público provincial, prácticamente desconocido por estos días. El debate se encuentra si resulta aquí de aplicación el artículo 7 de la ley nacional en tanto establece que la cobertura en cuidados paliativos a las personas que los necesiten será obligatoria para todos aquellos agentes que brinden servicios médicos asistenciales a sus afiliados independientemente de la figura jurídica que posean.

Hay que recordar que desde el año 2014 IAPOS brinda cuidados paliativos y acompañamiento a los afiliados que cursan enfermedades oncológicas y según el último relevamiento realizado en el año 2019 20.386 afiliados recibieron atención mediante el programa. De ese total, 155 afiliados recibieron los servicios de cuidados paliativos, autorizándose diferentes modalidades de cuidados que se reflejaron en 27.500 días de atención durante todo el año.

IAPOS cuenta con los módulos de cuidados paliativos, que permiten que los afiliados que lo requiriesen, recibieran desde fármacos para aliviar el dolor físico hasta tratamiento psicológico para el paciente y su familia, trabajo social y un conjunto de actividades que les permitan sobrellevar de la mejor manera, las diferentes etapas de la enfermedad (MSPSF, 2019).

Muy poca es la experiencia provincial en relación al sector privado. Pocos hospitales cuentan con ese servicio. Se forman equipos multidisciplinarios de atención integrados por médicos generales y especialistas; enfermeras generales y especialistas; trabajadores sociales o consejeros; psiquiatras, psicólogos o consejeros; terapeutas físicos; farmacéuticos, trabajadores comunitarios y equipo de apoyo clínico o no clínico pero cada profesional pertenece a su servicio.

De los 600.000 pacientes que necesitan cuidados paliativos sólo el 5% accede a ellos, atendiéndose –por ejemplo en CEMAFE-un promedio mensual de 202 (Benitez, 2022).

Asimismo, ACUPA (Asociación de Cuidados Paliativos) es una organización sin fines de lucro que se ocupa de asistir al paciente y a su familia mediante un sistema de derivación de servicios de oncología no solo de la provincia de Santa Fe sino también de provincias cercanas, poniendo a su alcance la ayuda de los profesionales de la salud (médicos, enfermeras, asistentes sociales, nutricionistas, psicólogos) y un grupo de voluntarios que están atentos a sus necesidades en guardia activa durante las 24 hs del día (Burlando, 2022)

Por ello, el objetivo de este trabajo consiste en presentar un análisis comparativo de las legislaciones implicadas con la finalidad de detectar puntos en común, diferencias y contradicciones a través de un análisis pormenorizado que permita dilucidar los alcances actuales de cobertura en la ley santafesina de cara a una posible adhesión a la legislación nacional.

I. La situación en la Provincia de Santa Fe

1. Normativa

Como se adelantara, la Provincia de Santa Fe cuenta con una normativa específica en materia de cuidados paliativos que contiene una serie de disposiciones que pueden cla-

sificarse en generales y específicas según se refieran a conceptualizaciones o bien a cuestiones programáticas de organización o cobertura.

En este sentido, Santa Fe denomina cuidados paliativos “a la asistencia integral de pacientes con enfermedades crónicas, evolutivas, irreversibles, limitantes para la vida, que no tienen respuesta a los tratamientos curativos, siendo el objetivo principal conseguir la mejor calidad de vida posible para los pacientes y sus familias” (artículo 2, a) y paciente terminal “a aquellos enfermos con un estado clínico que provoca expectativa de muerte en breve plazo” (artículo 2, b)⁵.

El objeto de la ley santafesina es “instrumentar los cuidados paliativos para pacientes con enfermedades terminales”⁶ (artículo 1) respetando su derecho a recibir o rechazar el tratamiento y apoyando la adecuación de la terapéutica a las condiciones culturales y los valores y creencias particulares de cada paciente (Artículo 3, incisos g y h).

Entre sus objetivos (artículo 3) se encuentran brindar una asistencia integral al paciente que contemple los aspectos físicos, psicológicos, sociales, emocionales y espirituales del mismo (inciso a) y reafirme la unidad en el abordaje terapéutico, del paciente y su familia (inciso b) con contención y asesoramiento de estos sea cual fuere su edad (artículo 5, 2do. párrafo); asegurar la autonomía y el respeto a la dignidad del paciente, cuando su capacidad para tomar decisiones lo permita y no atente contra principios legales o éticos (inciso c); facilitar el acceso a terapias basadas en evidencias científicas que ofrezcan la posibilidad de mejorar la calidad de vida del paciente (inciso e)⁸ y favorecer la continuidad y coordinación de los servicios que brinden atención al paciente (inciso f).

Los pacientes que requieren atención paliativa deben ser resueltos, en un 60 al 70%, en el primer nivel de atención. Por tal motivo, el personal de los equipos de atención primaria deben estar capacitados con formación técnica de calidad para la resolución de síntomas prevalentes (López de Degani, 2022).

La autoridad de aplicación de la legislación provincial es el Ministerio de Salud (Artículo 4), entre cuyas funciones tiene las de “intervenir en la autorización para la creación y posterior control del funcionamiento de efectores privados y públicos que se dediquen a cuidados paliativos (inciso a) y elaborar los protocolos normativos de organización y funcionamiento de los cuidados paliativos de conformidad a las pautas vigentes en los

5 Supone el fracaso de los tratamientos y el acercamiento al final de la vida y haciendo – a su vez- que la medicina asista a una transición de conceptos sobre enfermedad terminal, cáncer, enfermedad y cuidados paliativos. Ello implica romper con la dicotomía curativo-paliativo (Prieto, 2022).

6 De acuerdo a las estadísticas santafesinas no es el cáncer la principal causa de muerte sino las enfermedades cardiovasculares. Las mismas demuestran los beneficios de quienes acceden a los cuidados paliativos ligados a la mejora en la calidad de vida (de los pacientes y familiares) y la tolerancia a los tratamientos y también la incidencia que tienen en la sobrevida, la reducción de los costos de asistencia, la satisfacción respecto a la asistencia recibida y la reducción del “burn-out” del equipo tratante. (Benítez, 2022).

7 En caso que esto suceda y constituya un verdadero dilema puede habilitarse la consulta a un comité de bioética clínica en los términos de la ley provincial 12.391. Sin embargo, la recepción normativa de los cuidados paliativos ratifica la postura en favor de la vida, del morir con dignidad y de la búsqueda del bien por sobre cualquier otro interés resaltando la tarea que los comités de bioética clínica tienen al buscar incansablemente de manera objetiva la mejor opción para el dilema bioético que –en este plano- tiene lugar (Drisum, 2015).

8 A menudo los médicos han utilizado el concepto de calidad de vida relacionada con la salud (...) para medir los efectos de las enfermedades crónicas en sus pacientes a fin de comprender mejor de qué manera una enfermedad interfiere en la vida cotidiana de una persona. (Ramírez Coronel, et. al., 2020).

Mejorar la relación médico – paciente, la que debe estar basada en el respeto y la confianza mutua, es lo que conduce a mejorar la efectividad de los tratamientos, a prevenir futuros episodios de cualquier tipo y a resolver los problemas de salud y calidad de vida de los pacientes y de sus familiares (Baque Hidalgo y Vallejo Martínez, 2019).

organismos nacionales e internacionales competentes en la materia” (inciso b)⁹.

Los establecimientos deberán cumplimentar, para serles concedidas las autorizaciones para funcionar, las condiciones establecidas en la ley provincial N° 9487 y su modificatoria N° 10169 en cuanto a la estructura del edificio, desenvolvimiento técnico y destino, organización o modificación de sus servicios en todo lo que se relacione con la prestación médico asistencial de tipo paliativistas según lo que se quiera implementar (Artículo 4)¹⁰.

En este sentido, el decreto reglamentario de la ley establece que el Ministerio de Salud de la Provincia velará, a través de las estructuras con funciones regulatorias de su dependencia, por la elaboración de proyectos terapéuticos adecuados a la singularidad de cada situación, que consideren los adelantos científico-técnicos para la realización de intervenciones sanitarias que afirmen la vida; atendiendo al mismo tiempo a la normalidad de los procesos que desembocan en la muerte, sin ensañamiento terapéutico. Ello implicará que todos los procesos de atención que busquen el alivio del dolor y de otros síntomas angustiantes que lesionen seriamente la calidad de vida de los padecientes se decidan a través de un proyecto terapéutico compartido con el paciente o sus familiares, del que deberá quedar registro en la historia clínica (Artículo 5, Decreto 2777/12).

Por otra parte la ley, fija que “los equipos de cuidados paliativos deben ser interdisciplinarios y estarán conformados por médicos, enfermeras, psicólogos, trabajadores sociales y voluntarios quienes deberán acreditar capacitación y experiencia específica. También podrán integrar los equipos otros profesionales de la salud de acuerdo a las necesidades de cada paciente” (artículo 6).

En cuanto a la formación de recursos humanos, el decreto reglamentario, establece que mediante propuesta a la autoridad de aplicación de aquellos profesionales que acrediten –fundamentalmente- conocimientos curriculares sobre cuidados paliativos, tratamiento del dolor, tratamiento de otros síntomas, abordajes psico-sociales en salud y cuestiones éticas y legales vinculadas a la toma de decisiones en procesos de salud-enfermedad y experiencia de trabajo interdisciplinario en equipos de cuidados paliativos por un periodo de tiempo no inferior a un año, se formará un equipo de trabajo que elaborará la currícula y el, plan de estudios del programa de capacitación en cuidados paliativos para trabajadores de salud, y será el responsable de desarrollar propuestas normativas para la habilitación de servicios de cuidados paliativos en otros sectores del sistema de salud, elaborar protocolos de atención y sugerir los criterios e indicadores para la evaluación de calidad de los servicios que se presten en el territorio provincial (Artículo 7, inciso 4).

De acuerdo a los datos cargados en el Directorio Nacional de Instituciones Asistenciales en Cuidados Paliativos la provincia de Santa Fe cuenta en el departamento La Capital

9 La provincia de Santa Fe cuenta con dos guías reconocidas en esta materia: la elaborada por la Agencia Provincial de Cáncer abocada a este tipo de enfermedad de acuerdo a los lineamientos establecidos en las guías de la World Health Organization (2006), de la National Health and Medical Research Council (2006) del Institute for Clinical Systems Improvement (2007), y otra elaborada por el Ministerio de Salud con basamento en las guías de la SECPAL (2020) y de la AAMYCP (2020) cuyos criterios resultaron de aplicación para aquellos casos de pacientes enfermos desahuciados en la última pandemia causada por la rápida propagación del virus Covid-19.

10 Asimismo, resulta de observancia la resolución 643/2000 del MSN, integrante del programa nacional de garantía de calidad de la atención médica, en cuanto organiza el funcionamiento de aquellos espacios encargados de brindar cuidados paliativos dividiéndolos en tres niveles de atención.

En relación a este tema cabe aclarar que -en la provincia de Santa Fe-, ambas normativas se aplican para los efectores de tercer nivel de atención: la primera en el plano estructural y la segunda en lo que hace a la organización de funcionamiento de los equipos paliativistas dispuestos según los niveles de riesgo del paciente debiendo cumplimentar escalonadamente las funciones allí prescriptas (MSPSF, 2000).

con 4 equipos en el sector privado, 1 en el sector público y una ONG, el departamento General López con 2 equipos en el sector público y 1 en el sector privado, el departamento General Obligado con 1 equipo en el sector público y 1 equipo en el sector privado, el departamento Las Colonias cuenta con 1 equipo en el sector privado y dos ONG, el departamento Rosario con 10 equipos en el sector privado y 12 en el sector público, el departamento San Javier con 1 equipo en el sector público y el departamento San Martín con 1 equipo en el sector público y 1 equipo en el sector privado (INC, 2022).

2. Cobertura

La ley provincial establece que los cuidados paliativos deben alcanzar a los pacientes que estén internados en instituciones públicas y privadas y a los que, derivados del hospital público o con alta voluntaria permanezcan en su domicilio para su mayor bienestar (artículo 5, primer párrafo), o concurren a hospices, es decir, instituciones cuyo objeto radica en el brindado de cuidados paliativos.

Así, por ejemplo, en la ciudad de Esperanza está asentado el hospice “La Piedad” que tiene la misión de atender a personas con enfermedades incurables, cuidando y acompañando tanto a ellas, como a su familia y entorno. A través de convenios con el Ministerio de Salud de la Provincia y la obra social local a pacientes con esta cobertura brinda cuidado humanizado, integral y profesional a personas de escasos recursos económicos que atraviesan enfermedades graves y avanzadas (Aguirre de Cárcer, et. al, 2016). Respecto del personal de estas instituciones –mayormente de carácter voluntario-, si bien su relación laboral no se encuentra contemplada en la ley provincial, el decreto reglamentario de la ley nacional registra una interesante disposición en tanto establece que las funciones de voluntariado se registrarán por la ley que regula el voluntariado social y serán definidas de acuerdo a recomendaciones que emitirá el MSN promoviendo su desarrollo (Decreto 311/23, Artículo 6, d).

La prescripción legal de cobertura implica que todos los servicios de salud dependientes del Ministerio de Salud de la Provincia de Santa Fe organizarán su oferta para la adscripción de personas con enfermedades terminales o crónicas a efectos de garantizar atención por cuidados paliativos cuando lo requieran, para lo cual se buscará poner a disposición todos los recursos disponibles en el sistema de salud con perspectiva de red y privilegio del principio de equidad en la asignación de los mismos (artículo 1, Decreto 2777).

La perspectiva de red implica articulación, entre el servicio público, IAPOS, el hospice, las asociaciones civiles y la Sociedad de Clínicas y Sanatorios. Garantizar las articulaciones necesarias en la Red de Servicios para proveer asistencia a través de las diferentes modalidades de atención, consulta externa, internación y cuidado domiciliario, incluyendo también la contención emocional del paciente y su familia implica recoger y sistematizar información sanitaria en el marco del resguardo de los derechos de las personas y sus familias, determinado por las normas vigentes; promoviendo el desarrollo de actividades de investigación científica y de actualización del personal de salud de la Red (artículo 1, decreto 2777).

Asimismo, supone la articulación de equipos funcionales asistenciales institucionalizados o domiciliarios los cuales tendrán por función no sólo propiciar un abordaje integral con una respuesta científico-técnica de calidad que considere las particularidades subjetivas, sociales o culturales del paciente y su familia y les garantice el ejercicio de sus derechos con prácticas humanizadas sino también procurar un proyecto terapéutico compartido

que comprenda en principio el control del dolor, demás síntomas físicos; cuestiones psicosociales¹¹; procurando la mejor calidad de vida del paciente y su familia y diseñando estrategias específicas que consideren tanto la terapéutica farmacológica como otras medidas no farmacológicas¹² a través de una adecuada difusión de los derechos de las personas en condiciones de vida limitada o en la fase terminal de una enfermedad y los principios de la medicina paliativa en los establecimientos asistenciales y en la población en general (artículo 3, Decreto 2777).

Los planes de seguro vigentes en la provincia de Santa Fe aseguran la integración de los cuidados paliativos como un componente de sus programas aunque –presentan mayor desarrollo– en relación específica a la enfermedad del cáncer. Para bajar la normativa general a esta específica patología fue dictado el decreto 85/2017 de prevención, tratamiento e investigación de enfermedades genéricamente denominadas cáncer por el cual también se creó la Agencia de Control de Cáncer y -si bien- no contiene una referencia explícita a cuidados paliativos y es una norma centrada más en la prevención de la enfermedad establece la necesidad de contar con un organismo consultivo, por ejemplo comités de ética¹³, esta deficiencia fue subsanada luego con la elaboración del Manual del paciente oncológico y su familia¹⁴.

Según esta guía la atención de los pacientes y sus familias debe realizarse desde etapas tempranas, desde el diagnóstico mismo, abordando las diferentes necesidades de modo integral aplicando cuidados paliativos tempranamente y de manera simultánea a los pacientes¹⁵.

Por último, en lo que al Instituto Autárquico Provincial de Obra Social (IAPOS) respecta se puede mencionar la existencia de dos programas: el Programa de Cuidados Domiciliarios¹⁶ que refiere a los cuidados paliativos como prestación brindada en forma domi-

11 En este sentido, el Ministerio de Salud de la Provincia tiene a su cargo la elaboración de proyectos terapéuticos adecuados a la singularidad de cada situación, que consideren los adelantos científico-técnicos para la realización de intervenciones sanitarias – decididas con acuerdo del paciente y su familia– que afirmen la vida; atendiendo al mismo tiempo a la normalidad de los procesos que desembocan en la muerte, sin ensañamiento terapéutico, debiendo dejarse adecuado asiento en la respectiva historia clínica (artículo 5, Decreto 2777).

12 De acuerdo a la disposición N° 34/14 de Iapos los insumos y medicación puestos a disposición del equipo paliativista para asistir adecuadamente al paciente y que cuentan con cobertura específica a través del Plan 26 comprenden los servicios de oxigenoterapia, traslados o nutrición, la provisión de medicamentos y de elementos de asistencia como andadores, camas ortopédicas, bastones, colchones antiescaras, pañales, e insumos y descartables de cuidado diario (MSPSF, 2014).

13 Durante los primeros tiempos de vigencia de este decreto se presentaron ciertos dilemas bioéticos hacia el final de la vida que involucraron distintas situaciones vinculadas a supuestos como la desconexión del paciente del respirador artificial que lo mantiene con vida, la aplicación de métodos proporcionados y desproporcionados (Calipari, 2007), retiro de la alimentación e hidratación frente a enfermedades consideradas terminales, crónicas o incurables y la negación del paciente a recibir tratamiento o continuar con el mismo, entre otras

Frente a este panorama los pacientes a menudo sentían el deseo de no recibir tratamiento o continuar con el mismo debido a los fracasos por estos experimentados, llevándolos a plantear su necesidad de no recibir más atención médica de ningún tipo que no le generen alivio alguno, por lo cual se ha sostenido que resulta moralmente lícito interrumpir la aplicación de dichos medios cuando los resultados obtenidos en reiteradas y sucesivas verificaciones defraudan las justas esperanzas, anhelos y costos puestos en ellos.

En este sentido, no será obligatorio, de ningún modo, someterse a aquellas técnicas que aún no están del todo debidamente aprobadas y experimentadas. Será justo contentarse con los medios normales que la medicina puede hoy ofrecer. Su rechazo no equivale al suicidio; significa simple aceptación de la condición humana y disposición a enfrentar la muerte.

Rechazar el ‘encarnizamiento terapéutico’ en estas condiciones extremas no es provocar la muerte; se acepta no poder impedir la (García, 2006).

14 Manual que es una guía elaborada por el SubÁrea de Cuidados Paliativos que depende del ministerio de salud de la provincia con el objetivo de acompañar a pacientes y familiares en el tránsito de esta enfermedad y fortalecer el vínculo con los equipos de salud (MSPSF, 2019).

15 Por estos motivos, el Área de Cuidados Paliativos (dependiente de la agencia de control del cáncer, diseñó un material de consulta específico para las personas que están cursando esta enfermedad y para sus familiares, amigos o cuidadores (MSPSF, 2019).

16 Este vinculado al Programa de Atención a Personas con Dependencia o Semidependencia, destinado a beneficiarios del IAPOS dependientes o semidependientes y a su grupo familiar en sus limitaciones para realizar actividades relacionadas con el autocuidado

ciliaria con explícita mención de prestadores y alcance de la cobertura y el Programa de Soportes y Cuidados Paliativos¹⁷ cuya cobertura y prestaciones de los cuidados paliativos están direccionadas hacia los diversos tipos de cáncer nombrados y, por el cual, se entiende por cuidados paliativos aquellas intervenciones terapéuticas destinadas a aliviar y prevenir el sufrimiento de pacientes con enfermedades crónicas. No aceleran ni retrasan la muerte sino que ofrecen un alivio de síntomas. Estos cuidados incluyen también aspectos espirituales y psicológicos, promoviendo una vida activa, y apoyando a familiares durante el proceso de enfermedad y duelo (MSPSF, 2019).

II. La cuestión de la cobertura en la normativa nacional

La referida norma nacional asegura el acceso de los pacientes a las prestaciones integrales sobre cuidados paliativos en sus distintas modalidades, en el ámbito público, privado y de la seguridad social (Artículo 1). Se trata de una nueva normativa que asegura la igualdad de oportunidades y promueve la atención centrada en la persona -que se encuentra en un momento especial de la vida- y su dignidad. También garantiza a la familia del paciente -quienes asumen el rol de cuidado- el acceso a una red de apoyo y sostén necesaria para afrontar el proceso en forma fortalecida (Bernasconi, 2022)¹⁸.

Por ella, resulta obligatorio (según su artículo 7) incluir estas prestaciones médicas tanto en las obras sociales y entidades de medicina prepaga, como -también- naturalmente en los efectores que integran el sistema de salud pública de gestión oficial.

Es decir, que la cobertura a las prestaciones sobre cuidados paliativos deberán ser ofrecidas por las obras sociales enmarcadas en las leyes 23.660 y 23.661, la Obra Social del Poder Judicial de la Nación, la Dirección de Ayuda Social para el Personal del Congreso de la Nación, las entidades de medicina prepaga y las entidades que brinden atención al personal de las universidades, así como también todos aquellos agentes que brinden servicios médicos asistenciales a sus afiliados los cuales estarán obligados a otorgar como mínimo las prestaciones Dispuestas por el Ministerio de Salud de la Nación en tanto, Autoridad de Aplicación de acuerdo a la correspondiente reglamentación (MjyDN, 2023).

Esta cobertura, se suma a la detallada por el Atlas de Cuidados Paliativos en Latinoamérica (2020), en el que se señala que -en Argentina-, existen 482 Recursos totales encargados de la provisión de cuidados paliativos. De estos, 58 son equipos de cuidados paliativos pediátricos, 21 son equipos mixtos, 14 hospices, 25 recursos de primer nivel, 11 unidades de cuidados paliativos y 411 equipos móviles (International Association for Hospice and Palliative Care, 2021).

De acuerdo al concepto de cuidados paliativos que sigue pueden destacarse dos cuestiones: la primera, es que la atención debe ser integral es decir, abarcando todas las dimensiones de la persona¹⁹; la segunda, refiere a que habla de enfermedades amenazantes

y la movilidad.

17 Programa que surgió como parte del programa nacional de cuidados paliativos a los que la Agencia provincial de Control del Cáncer adhiere, buscando implementar en todo el territorio provincial cuidados de calidad como estrategia de atención durante la evolución de la enfermedad en pacientes oncológicos (MSPSF, 2019).

18 En este sentido se observa que comparte el mismo espíritu que inspira a la comentada legislación santafesina.

19 Su artículo segundo define, entre los objetivos de la ley "desarrollar una estrategia de atención interdisciplinaria centrada en la persona que atienda las necesidades físicas, psíquicas, sociales y espirituales de los pacientes que padecen enfermedades amenazantes y/o limitantes" (inc. a). Así, esta definición, se presenta más amplia que la establecida en la ley de la provincia de Santa Fe donde las enfermedades amenazantes, y/o discapacitantes tienen sus propias regulaciones en las leyes provinciales 19.982 y 13.852 mientras que las limitantes se encuentran alcanzadas por las prescripciones de la ley 13.166 en su fase terminal, es decir, respecto de aquellos

y/o limitantes con lo que la aplicación es mucho más amplia que aquella establecida en el programa nacional de cuidados paliativos²⁰ vigente hasta su sanción.

Este último concepto va hermanado con la definición de cuidados paliativos según la cual se los entiende como "un modelo de atención que mejora la calidad de vida de pacientes y familias que se enfrentan a los problemas asociados con enfermedades que amenazan o limitan la vida..."²¹ y la de enfermedades amenazantes y/o limitantes para la vida expresadas en el mismo artículo, siendo éstas "aquellas en las que existe riesgo de muerte. En general se trata de enfermedades graves y/o crónicas complejas, progresivas y/o avanzadas que afectan significativamente la calidad de vida de quien las padece y la de su familia (Artículo 3)" que requieren un tratamiento a realizarse "a través de la prevención y alivio del sufrimiento por medio de la identificación temprana, evaluación y tratamiento del dolor y otros problemas físicos, psicológicos, sociales y espirituales", cuyo idéntico abordaje está contemplado por el ya explicitado decreto 2777/12 (artículo 3), reglamentario de la ley provincial 13.166.

El objetivo es desarrollar una estrategia de atención interdisciplinaria centrada en la persona, que atienda las necesidades físicas, psíquicas, sociales y espirituales de los pacientes que padecen enfermedades amenazantes y/o limitantes para la vida desarrollando una estrategia de atención que –además– promueva el acceso a las terapias tanto farmacológicas como no farmacológicas disponibles y basadas en la evidencia científica para la atención paliativa; y promover la formación profesional de grado y posgrado, la educación continua y la investigación en cuidados paliativos. Similar disposición puede encontrarse en la norma que regula la materia en la Provincia de Santa Fe, aludida en el párrafo precedente.

La Autoridad de Aplicación de la normativa, definida a través del decreto reglamentario 311/2023 recayó en cabeza del Ministerio de Salud de la Nación y tendrá entre sus funciones diseñar, desarrollar e implementar acciones integradas en un modelo de atención de cuidados paliativos que contemple el acceso oportuno y continuo a los cuidados paliativos a lo largo de todo el ciclo vital; impulsar el desarrollo de dispositivos relacionados con la temática para pacientes y familiares; promover el diseño e implementación de un sistema de seguimiento, monitoreo y evaluación de la accesibilidad a los cuidados paliativos y la investigación científica, entre otros. En la provincia de Santa Fe, la Autoridad de Aplicación también es el Ministerio de Salud (Ley 13166, artículo 4) y comparte, entre las atribuciones fijadas a la autoridad de aplicación nacional la de elaborar los protocolos normativos de organización y funcionamiento de los cuidados paliativos (inciso b).

III. Implicancias de la adhesión provincial a la ley nacional

La provincia de Santa Fe – si bien, en ámbitos ejecutivos y legislativos- analiza la posibilidad de adherir a la legislación nacional a través del cual se busca garantizar en todo el

enfermos cuyo estado clínico provoca expectativa de muerte en breve plazo (Artículo 2, inciso b).

20 Programa establecido a través de la Resolución MSN N° 1253/2016 y que tenía por objeto promover la atención continua e integrada de todos los pacientes oncológicos a lo largo de su enfermedad, poniendo especial énfasis en prevenir el sufrimiento y mejorar su calidad de vida y la de sus familias y lograr que el alivio del dolor y el acceso a la medicación opioide sea una realidad efectiva para todos los pacientes del país, eliminando las barreras de accesibilidad para estos medicamentos

21 Dicho concepto fue elaborado tomando como fuente la definición de Medicina Paliativa de la Organización Mundial de la Salud-OMS, que la describe como "el área de la Medicina dedicada a la asistencia activa y total de los pacientes y sus familias, por un equipo interdisciplinario cuando la enfermedad del paciente no responde al tratamiento curativo, con el objetivo de obtener una mejor calidad de vida, con procedimientos que lleven al alivio del dolor y otros síntomas de su enfermedad, al respeto de las necesidades y derechos del enfermo y a dignificar su vida" (Rocco Lamanna, 2022).

territorio provincial la cobertura plena y eficaz en materia de cuidados paliativos²² a las personas que así lo necesiten, tanto en efectores públicos de salud como privados.

La adhesión posibilitaría que las obras sociales provinciales y todas las entidades de medicina prepaga con asiento en el territorio provincial -que brinden servicios a sus afiliados- dentro de los límites santafesinos²³, estarían obligadas a incluir dentro de sus prestaciones básicas y exigibles, aquellos tratamientos paliativos aprobados científicamente para el cuidado y mejora de la calidad de vida de pacientes que sufran enfermedades amenazantes y/o limitantes para la vida, de carácter graves, crónicas y/o complejas, progresivas y/o avanzadas que afecten significativamente la calidad de vida de éstos y su familia.

En otro orden de ideas, la ley nacional dota de ciertas funciones a la autoridad de aplicación (Artículo 6) las cuales son precisadas por el decreto reglamentario, las que se podrían reproducirse y sistematizar en un Plan Provincial Integral de Cuidados Paliativos, que combine actores de la sociedad civil y del estado en la articulación de propuestas de atención en materia de cuidados paliativos.

En lo que respecta a implementación de acciones a los efectos de establecer un modelo de atención de cuidados paliativos y la conformación de equipos de trabajos interdisciplinarios y multidisciplinarios, en los términos del decreto reglamentario de la ley nacional, muestra coincidencia con lo preceptuado por la ley provincial 13.166 la cual pone en cabeza del ministerio de salud la organización, funcionamiento y la acreditación de formación y experiencia de quienes los integran.

Este plan -que se integraría como eje programático al Ministerio de Salud- contemplaría entre sus objetivos la promoción al acceso a las terapias farmacológicas y no farmacológicas, la difusión y la información a la población general acerca de los derechos reconocidos por la legislación específica concernientes al acceso a la atención y cuidados paliativos, la formación para los profesionales de la salud relativa a cuidados y atención paliativa, focalizándose en la capacitación, educación e investigación científica continua y de calidad, la constitución de equipos interdisciplinarios y multidisciplinarios en los distintos efectores de la provincia, y la cooperación con entes abocados al estudio, capacitación o acción en la temática formalizar equipos provinciales de participación en el Consejo Federal de Salud (COFESA) y en el Programa Nacional de Cuidados Paliativos (PNCP) (Granata, 2022). Objetivos estos, -a excepción de los dos últimos- contemplados e implementados desde la aplicación de la normativa vigente. Por su parte, la integración al COFESA y la participación de la provincia en el programa nacional se realiza en la práctica sin contar con aval expreso normativo.

Asimismo, el Laboratorio Industrial y Farmacéutico tendrá que abocarse a la producción de medicamentos destinados a los tratamientos paliativos, fundamentalmente aquellos vinculados más estrechamente con el alivio del dolor físico, Disposición que encuentra consonancia con el reconocimiento de la aludida terapia farmacológica establecida en la

22 En todo caso, al decir de Lafferriere (2022) al momento de adherir a la ley nacional, sería aconsejable que las legislaturas provinciales dejen expresamente establecida la obligación de cobertura tanto por el Sector Público provincial, como por las obras sociales provinciales y otros agentes semejantes sobre los que se ejerza competencia el nivel provincial para favorecer el acceso a los cuidados paliativos a muchas personas que son empleadas públicas provinciales o bien que se atienden por el sector público provincial, previéndose la asignación de partidas presupuestarias específicas.

23 En este sentido, se aplicaría a todos los agentes de salud con asiento en el territorio provincial, y no solamente alcanzaría a IAPOS y al sistema de gestión oficial como prevé la normativa actual.

ley provincial con la salvedad de la faltante de articulación para su producción y expendio con el laboratorio farmacéutico de la provincia.

Por otra parte, el Poder Ejecutivo tendrá que analizar la posibilidad de celebrar convenios de cooperación y articular con los municipios y las comunas la prestación de servicios de atención específica fijando nivel de intervención y presupuesto a asignar.

Perspectivas

Resulta innegable desconocer que la legislación nacional analizada otorga un reconocimiento específico a nivel federal a los cuidados paliativos, se entiende complementaria de la consagración obrante en materia de derechos del paciente y protectoria del derecho humano a la salud de raigambre constitucional.

En este mismo sentido, puede destacarse que la ley provincial en materia de cuidados paliativos encuentra fundamento en la constitución de la provincia de Santa Fe que tutela el derecho a la salud como derecho fundamental estableciendo la organización técnica necesaria para la promoción, protección y reparación de la salud.

Estas disposiciones habilitan –en la provincia de Santa Fe- la discusión sobre la necesidad de prestar formal adhesión a la ley nacional 27.678 para efectivizar y cumplir con la manda constitucional, dar plena operatividad a los derechos consagrados en dicha ley y asegurar las prestaciones de la salud con especial atención a la cuestión familiar y la premura por la ampliación de cobertura a otras enfermedades distintas al cáncer.

Sin embargo, como puede verse a lo largo de este escrito, los puntos sobresalientes de la ley nacional 27.678 se encuentran ligados al desarrollo de estrategias para la atención interdisciplinaria tanto del paciente con cuidados paliativos como de su familia, la garantía de acceso a terapias farmacológicas, la formación profesional especializada y la colaboración con agentes cercanos a la temática a través de la adopción de políticas públicas concretas y la incorporación de los cuidados paliativos a los planes de seguro como un componente de sus programas, todos puntos contemplados en la ley 13.166 y en el decreto 2777/12 con implementación en la provincia de Santa Fe desde hace más de diez años.

Por ello, la apuesta tendría que considerar dar aún mayor operatividad a la normativa vigente en los mencionados aspectos -aceitados en aplicación- tal vez por medio de una reforma parcial de la legislación o una ampliación programática a través del poder ejecutivo provincial -con otorgamiento de partidas presupuestarias- para integrar a la provincia en el espectro nacional y favorecer la formación de una red con municipios y comunas, aspectos faltantes hasta el momento.

Anexo

En este apartado se presenta un cuadro comparativo entre las normativas analizadas a lo largo del presente con el objetivo de contribuir al debate que implicaría una posible adhesión de la provincia a la legislación nacional. Este es elaborado de acuerdo a los criterios que se entienden son similares en ambas legislaciones y permitirían –eventualmente- un ensamble entre las mismas.

Comparación normativa	Nación	Provincia de Santa Fe
Denominación	Modelo de atención que mejora la calidad de vida de quienes padecen enfermedades amenazantes y/o limitantes para la vida, es decir, aquellas enfermedades graves y/o crónicas complejas, progresivas y/o avanzadas que.	Asistencia integral de pacientes con enfermedades crónicas, evolutivas, irreversibles, limitantes para la vida, que no tienen respuesta a los tratamientos curativos.
Destinatarios	Pacientes y familias que se enfrentan a los problemas asociados con enfermedades que amenazan o limitan la vida.	Pacientes terminales (enfermos con un estado clínico que provoca expectativa de muerte en breve plazo) y sus familias.
Objeto	Garantizar el acceso integral a las prestaciones establecidas.	Instrumentar los cuidados paliativos para pacientes con enfermedades terminales.
Derechos humanos reconocidos	Igualdad de oportunidades y atención centrada en la persona y su dignidad.	Derecho a recibir o rechazar el tratamiento; respeto por las tradiciones culturales, los valores y creencias particulares.
Objetivos	Desarrollar una estrategia de atención interdisciplinaria centrada en la persona, que atienda las necesidades físicas, psíquicas, sociales y espirituales de los pacientes que padecen enfermedades amenazantes y/o limitantes para la vida.	Brindar una asistencia integral al paciente que contemple los aspectos físicos, psicológicos, sociales, emocionales y espirituales del mismo; facilitar el acceso a terapias basadas en evidencias científicas y favorecer la continuidad y coordinación de los servicios que brinden atención al paciente.
Autoridad de Aplicación	Ministerio de Salud de la Nación	Ministerio de Salud de la Provincia
Funciones de la Autoridad de Aplicación	Diseñar, desarrollar e implementar acciones integradas en un modelo de atención de cuidados paliativos; impulsar el desarrollo de dispositivos relacionados con la temática para pacientes y familiares; promover el diseño e implementación de un sistema de seguimiento, monitoreo y evaluación de la accesibilidad a los cuidados paliativos y la investigación científica.	Intervenir en la autorización para la creación y posterior control del funcionamiento de efectores privados y públicos que se dediquen a cuidados paliativos y elaborar los protocolos normativos de organización y funcionamiento de los cuidados paliativos.

Equipos de Cuidados Paliativos	Presentes en sus distintas modalidades, en el ámbito público, privado y de la seguridad social.	Interdisciplinarios y podrán estar integrados por profesionales de la salud y voluntarios.
Formación en Cuidados Paliativos	Promover la formación profesional de grado y posgrado, la educación continua y la investigación en cuidados paliativos.	Formar un equipo de trabajo que elabore la currícula y el plan de estudios del programa de capacitación en cuidados paliativos para trabajadores de salud.
Cobertura	Resulta obligatorio incluir las prestaciones médicas tanto en las obras sociales y entidades de medicina prepaga, como en los efectores que integran el sistema de salud pública de gestión oficial.	Instituciones públicas y privadas y obra social provincial cuyos planes de seguro vigentes aseguran la integración de los cuidados paliativos como un componente de sus programas.
Redes	Acceso a una red de apoyo y sostén necesaria para afrontar el proceso en forma fortalecida.	Garantizar las articulaciones necesarias en red para proveer asistencia a través de las diferentes modalidades de atención, consulta externa, internación y cuidado domiciliario.

Referencias bibliográficas

- Aguirre de Cárcer, A.N., Munera Gómez, M.P., Salas, J.L. y Gómez Batiste, X. (2018). Manual para la atención psicosocial y espiritual a personas con enfermedades avanzadas. Intervención psicológica y espiritual. *Obra Social La Caixa*. Depósito legal B 8913-2016.
- Asociación Argentina de Medicina y Cuidados Paliativos (2020). Cuidados Paliativos en Pandemia. *AAMYCP*.
- Baque Hidalgo, J.E. y Vallejo Martínez, M. (2019). La comunicación en la relación médico-paciente-familia en Cuidados Paliativos. *Revista Oncológica de Ecuador*, 29(3).
- Batiste, X. (2016). Manual para la atención psicosocial y espiritual a personas con enfermedades avanzadas. Intervención social. *Obra Social La Caixa*. Depósito legal B 8913-2016.
- Benitez, M. (2022). De qué hablamos cuando nos referimos a los cuidados paliativos. *Defensoría del Pueblo Santa Fe*. Disponible en: <https://www.defensoriasantafe.gob.ar/articulos/de-que-hablamos-cuando-nos-referimos-los-cuidados-paliativos-fue-la-pregunta-eje-de-una>
- Bernasconi, J. (2022). La legislación argentina en materia de eutanasia y cuidados paliativos. *Universidad de Belgrano*: Buenos Aires. Disponible en: <http://repositorio.ub.edu.ar/handle/123456789/9807>
- Burlando, L. (2022). A.Cu.Pa en Santa Fe. Servir más para que otros vivan mejor. *Diario el Litoral*. Disponible en: https://www.ellitoral.com/informacion-general/acupa-acupa-servir-vivan-mejor-ciudad-santa-fe-solidaria-asociacion-cuidados-paliativos_0_VB0fa-pbF06.html

- Calipari, M. (2007). Prefacio de Elio Sgreccia, Curarse y hacerse curar. Entre el abandono del paciente y el encarnizamiento terapéutico. Ética del uso de los medios terapéuticos y de soporte vital. *EDUCA*: Buenos Aires.
- Drisum, M. (2015). Se realizó una jornada sobre aspectos éticos y legales en cuidados paliativos en Rosario. *Portal de noticias web. Gobierno de Santa Fe*. Disponible en: <https://www.santafe.gov.ar/noticias/noticia/219659/>
- García, J.J (2006). Compendio de Bioética. *Librería Córdoba*: Buenos Aires.
- Granata, A. (2022). Adhesión a la ley nacional de cuidados paliativos. *SIEL. HCD*: Santa Fe.
- Instituto Autárquico Provincial de Obra Social (2014). Programa de Cuidados Domiciliarios. *IAPOS*. Disponible en: <https://www.iapossantafe.gov.ar/programa-de-cuidados-domiciliarios/>
- Instituto Autárquico Provincial de Obra Social. (2015). Programa de Atención a Personas con Dependencia o Semidependencia. *IAPOS*. Disponible en: <https://www.iapossantafe.gov.ar/programa-de-atencion-a-personas-con-dependencia-o-semidependencia/>
- IAHPC Global Project (2018). Consensus Based Palliative Care Definition. Translation to Spanish by Roberto Wenk, Tania Pastrana, Liliana De Lima, Eduardo Garralda, Natalia Arias-Casais and Carlos Centeno. *IAHPC*: Houston
- International Association For Hospice And Palliative Care (2021). Atlas de Cuidados Paliativos en Latinoamérica 2020. 2ª ed. *Errea Comunicación*.
- Institute For Clinical Systems Improvement. (2007). Heath Care Guideline: Palliative Care. *ICSI*: Bloomington (MN).
- Instituto Nacional Del Cancer. (2022). Directorio Nacional de Instituciones Asistenciales en Cuidados Paliativos. *INC*. Disponible en: <http://www.inc.gov.ar/cuidadospaliativos/>
- Lafferriere, J. N. (2022). La adhesión provincial a la ley nacional de cuidados paliativos y la cobertura de salud. *Centro de Bioética Persona y Familia*. Disponible en: <https://centrodebioetica.org/la-adhesion-provincial-a-la-ley-nacional-de-cuidados-paliativos-y-la-cobertura-de-salud/>
- Lafferriere, J.N. (2023). Los cuidados paliativos en la normativa jurídica sobre salud en Argentina. *Revista Argentina de Salud Pública*, 15, e113.
- López de Degani, G. (2022). La provincia celebra el día mundial de los cuidados paliativos. *Portal de noticias web. Gobierno de Santa Fe*. Disponible en: <https://www.santafe.gov.ar/noticias/noticia/276162/>
- Marrama, S. (2022). Vulnerabilidad en el final de la vida humana: leyes provinciales y proyecto de ley nacional de cuidados paliativos [en línea]. *Temas de Derecho de Familia, Sucesiones y Bioética*. Disponible en: <https://repositorio.uca.edu.ar/handle/123456789/13803>
- Mertnoff, R. (2017). Cuidados Paliativos y atención integral de la cronicidad avanzada. *Ministerio de Salud de la Nación*. Disponible en: <https://salud.gov.ar/dels/entradas/cuidados-paliativos-y-atencion-integral-de-la-cronicidad-avanzada>
- MjyDN. (2023). Cuidados Paliativos. Argentina: *Portal Web*. Disponible en: <https://www.argentina.gob.ar/justicia/derechofacil/leysimple/salud/cuidados-paliativos>
- MSPSF (2014). Programa de Cuidados Domiciliarios. *Provincia de Santa Fe*. Disponible en: <https://www.santafe.gov.ar/normativa/getFile.php?id=222186&item=105232&cod=3bf1b9ee0922782cdc7c5588a9a440cc>
- MSPSF (2019). La provincia adhiere al día mundial de los cuidados paliativos. *Provincia de Santa Fe*. Disponible en: <https://www.santafe.gov.ar/noticias/noticia/266549/>
- MSPSF (2019). Manual del Paciente Oncológico y su familia. *Agencia de Control del Cáncer*. Disponible en: <http://www.santafe.gov.ar/index.php/web/content/download/245132/1288994/>
- MSPSF (2019). Programa de Soportes y Cuidados Paliativos. *Provincia de Santa Fe*. Dispo-

- nible en: [https://www.santafe.gov.ar/index.php/web/content/view/full/239660/\(subtema](https://www.santafe.gov.ar/index.php/web/content/view/full/239660/(subtema)
- MS, Presidencia de la Nación. (2000). Resolución 643: la norma de organización y funcionamiento en cuidados paliativos. Programa nacional de garantía de la calidad de la atención médica. *Dirección de Calidad de los Servicios de Salud*.
 - National Health And Medical Research Council (2006) Institute for Clinical Systems Improvement. *ICSI*.
 - Prieto, J. (2022). De qué hablamos cuando nos referimos a los cuidados paliativos. *Defensoría del Pueblo Santa Fe*. Disponible en: <https://www.defensoriasantafe.gob.ar/articulos/de-que-hablamos-cuando-nos-referimos-los-cuidados-paliativos-fue-la-pregunta-eje-de-una>
 - Ramirez Coronel, A.A. et. al. (2020). Origen, evolución e investigaciones sobre la calidad de vida: revisión sistemática. *Sociedad Venezolana de Farmacología Clínica y Terapéutica*. Disponible en: <https://www.redalyc.org/journal/559/55969796006/html/>
 - Rocco Lamanna, M.B. (2022). Medicina paliativa: Una ley que dignifica la vida de los pacientes con enfermedades terminales. *Universidad Nacional de Lomas de Zamora*. Disponible en: <https://www.derecho.unlz.edu.ar/web2017/medicina-paliativa-una-ley-que-dignifica-la-vida-de-los-pacientes-con-enfermedades-terminales/#:~:text=La%20ley%2027.678%20de%20Cuidados,y%20el%20acompa%C3%B1amiento%20a%20sus>
 - Sociedad Española De Cuidados Paliativos. (2020). Guía de cuidados paliativos. *SECPAL*.
 - WHO definition of palliative care. (2006). Guidelines for a Palliative Approach in Residential Aged care. *The National Palliative Care Program*: Canberra.

Mediação sanitária laboral no Brasil: um enfoque a partir da Metateoria do Direito Fraterno

Labor health mediation in Brazil: an approach based on Metatheory of Fraternal Law

Rosane Teresinha Carvalho Porto¹
Élida Martins de Oliveira Taveira²

DOI: [https://doi.org/10.37767/2591-3476\(2024\)05](https://doi.org/10.37767/2591-3476(2024)05)

Fecha de envío: 15.02.2024

Fecha de aceptación: 20.05.2024

RESUMO:

O artigo analisa os limites e possibilidades da mediação sanitária laboral no contexto brasileiro, especificamente no que diz respeito ao direito do trabalhador a um ambiente seguro e saudável. A mediação é um método alternativo de resolução de conflitos, no qual o mediador ativa o diálogo entre os conflitantes, aproximando-os para viabilizar a solução consensual da desavença. A pesquisa busca responder à seguinte questão: quais os limites e as possibilidades da mediação sanitária laboral no atual contexto brasileiro? Na primeira seção, analisa-se o panorama da saúde dos trabalhadores no Brasil. Na segunda seção, aborda-se a mediação de conflitos sob a ótica da Metateoria do Direito Fraterno, elaborada por Eligio Resta. Finalmente, na última seção do artigo, apresenta-se a mediação sanitária laboral como instrumento fraterno e efetivo de proteção da saúde dos trabalhadores. O método de pesquisa utilizado é dedutivo, sendo a pesquisa do tipo bibliográfica e documental.

RESUMEN:

El artículo analiza los límites y las posibilidades de la mediación en salud laboral en el contexto brasileño, concretamente en lo respectivo a los derechos de los trabajadores a un entorno seguro y saludable. La mediación es un método alternativo de resolución de conflictos, en el que el mediador activa el diálogo entre los contendientes, acercándolos para posibilitar una solución consensuada. La investigación pretende responder a la siguiente pregunta: ¿cuáles son los límites y posibilidades de la mediación en salud laboral en el actual contexto brasileño? La primera parte analiza el panorama de la salud

1 Professora do Programa de Mestrado e Doutorado em Direitos Humanos da Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul (UNIJUI). Doutora e mestre em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul (UNISC). Integrante do Grupo de Pesquisa Biopolítica e Direitos Humanos. Email: rosane.cp@unijui.edu.br. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-1875-5079>.

2 Servidora Pública Federal do Tribunal Regional do Trabalho da 24ª Região. Doutoranda em Direito, área de concentração em Direitos Humanos, pela UNIJUI. Mestre em Direito, área de concentração em Direitos Humanos, pela Universidade Federal de Mato Grosso do Sul (UFMS). Integrante do Grupo de Pesquisa Biopolítica e Direitos Humanos. Email: elidamartins.oliveira@gmail.com. ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-7838-7602>.

de los trabajadores en Brasil. La segunda parte examina la mediación de conflictos desde la perspectiva de la Metateoría del Derecho Fraternal, desarrollada por Eligio Resta. Finalmente, la última parte del artículo presenta la mediación sanitaria laboral como un instrumento fraternal y eficaz para proteger la salud de los trabajadores. El método de investigación utilizado es deductivo, con investigación bibliográfica y documental.

ABSTRACT

The article analyzes the limits and possibilities of labor health mediation in Brazil, specifically in relation to the worker's right to a safe and healthy environment. Mediation is an alternative method of conflict resolution, in which the mediator activates dialogue between the conflicting parties, bringing them closer to enable a consensual solution to the disagreement. The research aims to answer the question: what are the limits and possibilities of occupational health mediation in Brazil? In the first section, the panorama of workers' health in Brazil is analyzed. In the second section, conflict mediation is discussed from the perspective of the Metatheory of Fraternal Law, developed by Eligio Resta. Finally, in the last section of the article, occupational health mediation is presented as a fraternal and effective instrument for protecting workers' health. The research method used is deductive, with bibliographic and documentary research.

PALAVRAS-CHAVE: Direito à saúde; Trabalhador; Mediação; Direito Fraternal; Brasil.

PALABRAS CLAVE: Derecho a la salud; Trabajadores; Mediación; Derecho fraternal; Brasil.

KEY WORDS: Right to health; Worker; Mediation; Fraternal Law; Brazil.

I. Introdução

Em sua origem, o conflito negativo e não transformador de potencialidades é aquele provocado por operacionalizações destrutivas, em que não se vê o outro como legítimo na relação e nem como pessoa humana digna de acesso aos seus direitos e à justiça. Instiga e materializa desejo pelo aniquilamento do outro, pela lógica do binômio amigo/inimigo. Por outro lado, o conflito positivo é um propulsor de transformações aos seres humanos, como uma espécie de metamorfose, trazendo grandes ressignificados para as relações intersubjetivas e a realidade em que os envolvidos no conflito estão inseridos.

Sendo assim, o contexto das relações de trabalho aliado às formas de fundamentação do direito à saúde, é terreno fértil para experienciar táticas de observação da dinâmica dos conflitos sanitários. Nesse imbróglgio, é necessário pensar os limites e as possibilidades de incorporar mecanismos de tratamento de conflitos que sejam capazes de proporcionar respostas fraternas e efetivas aos conflitos sociais em prol do fortalecimento das relações humanas, como a mediação sanitária laboral.

A precarização das relações laborais tem ocasionado inúmeros acidentes de trabalho e doenças ocupacionais, desvelando um contexto desafiador que exige o reposicionamento do Sistema de Justiça em direção à composição mediada dos conflitos laborais de saúde. Nesse sentido, aposta-se na Metateoria do Direito Fraternal, elaborada pelo jurista italiano Eligio Resta, como suporte teórico para averiguar quais os limites e as possibilidades da mediação sanitária laboral no contexto brasileiro?

O estudo pauta-se no método dedutivo, sendo a pesquisa do tipo bibliográfica e documental. Inicialmente, analisa-se o panorama da saúde dos trabalhadores no Brasil do ponto de vista normativo e fático, depois aborda-se a mediação de conflitos sob o prisma da Meta-teoria do Direito Fraternal e, na última seção do artigo, apresenta-se a mediação sanitária laboral como instrumento fraternal e efetivo de proteção da saúde dos trabalhadores³.

II. Panorama da saúde dos trabalhadores no Brasil

O direito social à saúde é assegurado na Constituição Federal de 1988 (Brasil, 1988) nos artigos 6º e 196. Segundo o texto constitucional, compete ao Sistema Único de Saúde (SUS) executar ações dirigidas à saúde do trabalhador e colaborar na proteção do meio ambiente, nele compreendido o do trabalho (artigo 200, II e VII). Ademais, a Carta Constitucional brasileira estabelece que a ordem econômica brasileira é fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tendo por finalidade assegurar a todas as pessoas existência digna, conforme os ditames da justiça social (artigo 170), prevendo expressamente como direito fundamental trabalhista a redução de riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança no trabalho (artigo 7º, XXII), o que está em consonância com a previsão constitucional do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado (artigo 225), nele incluindo o meio ambiente laboral.

É importante consignar que a saúde do trabalhador está introduzida no âmbito da saúde coletiva, sendo aplicável as diretrizes do SUS de universalidade, integralidade e participação pela comunidade. Buscando assegurar a saúde do trabalhador, em 1991, foi criada primeira política no âmbito do SUS para tal fim: o Plano de Trabalho em Saúde do Trabalhador. Esse Plano teve como estratégia criar os Centros de Referência em Saúde do Trabalhador (Cerest) como meio para ampliar o diálogo com os sindicatos e capacitar os profissionais de saúde com o objetivo de desenvolver as ações propostas (Dias, Hoefel, 2005).

Em 2002, foi criada a Rede Nacional de Atenção Integral à Saúde do Trabalhador (Renast) por meio da Portaria n. 1.679, com o escopo de disseminar ações de promoção da saúde do trabalhador, articulando-as às demais ações do SUS. Como ponderam Elizabeth Costa Dias e Maria da Graça Hoefel (2005), a compreensão do processo saúde-doença que norteia o Renast foca nas relações trabalho-saúde-doença e parte da ideia de centralidade do trabalho na vida das pessoas. Nesse sentido, o Renast articula ações de cuidado de atenção básica, média e de alta complexidade ambulatorial, hospitalar e pré-hospitalar, sendo que os Cerest, em conjunto, representam a principal estrutura de atuação do Renast, desenvolvendo ações de assistência especializada e vigilância em saúde do trabalhador, com o objetivo de reduzir a morbimortalidade⁴ entre os trabalhadores(as) em virtude de ambientes e processos de trabalho.

Segundo o Portal do Ministério da Saúde⁵, estão em funcionamento 215 Cerest, sendo 26 estaduais, 1 distrital e 185 regionais/municipais. Referida estrutura, conforme infor

3 Registra-se que o presente trabalho é fruto do projeto de pesquisa intitulado "Políticas Públicas de Acesso à Justiça em tempos de Covid-19: Limites e Possibilidades da mediação sanitária nas demandas judiciais de trabalhadores no Brasil, Argentina e Chile", enquadrado em edital do Programa Recém Doutor (ARD) da FAPERGS (Edital FAPERGS 10/2020).

4 Morbimortalidade é um conceito complexo que provém da ciência médica e que combina dois subconceitos como a morbidade e a mortalidade. Por morbidade entende-se a presença de um determinado tipo de doença em uma população. Já por mortalidade compreende-se a estatística sobre as mortes em uma população.

5 Informações disponíveis no site: <https://www.gov.br/saude/pt-br/composicao/svsa/saude-do-trabalhador/renast>. Acesso em: 25 jan. 2024.

mação oficial disponibilizada no citado Portal, confere uma cobertura a 3.981 municípios, 70,7% das regiões de saúde e para aproximadamente 84 milhões de trabalhadores economicamente ativos. Os dados oficiais também indicam que, entre 2012 e 2022, foram realizados 8.680.771 procedimentos de Saúde do Trabalhador em estabelecimentos vinculados à Renast, sendo 2.717.468 desses procedimentos executados pelos Cerest.

Outra importante estrutura vinculada à Renast é a Vigilância Epidemiológica em Saúde do Trabalhador (Vesat), que tem por objetivo desenvolver ações voltadas a conhecer e detectar mudanças nos fatores determinantes e condicionantes relacionados aos ambientes e processos de trabalho da saúde individual e coletiva dos trabalhadores. A partir desses dados, a Vesat consolida informações necessárias para a adoção de medidas de prevenção e controle das doenças, transmissíveis e não-transmissíveis, e agravos à saúde da população trabalhadora.

Não obstante o reconhecimento nacional do direito à saúde dos trabalhadores e do direito ao meio ambiente do trabalho hígido e seguro, bem como apesar das iniciativas no âmbito da Renast, são preocupantes os números de acidentes laborais e de doenças ocupacionais no Brasil. Conforme informações disponibilizadas pela Vesat, entre 2006 e 2023 ocorreram 3.173 notificações de doenças e agravos relacionados ao trabalho (Dart) para cada 100.000 trabalhadores⁶. A maior parte dessas notificações estão relacionadas a: acidentes de trabalho (1.681.714); acidentes de trabalho com material biológico (809.060); lesão por esforço repetitivo e distúrbio osteomuscular relacionado ao trabalho – LER/Dort (113.933); intoxicação exógena relacionada ao trabalho (88.214); e transtorno mental relacionado ao trabalho (19.007).

Os segmentos econômicos empresariais que mais tiveram notificações foram: saúde e serviços sociais (203.923); indústria de transformação (116.315); comércio, reparação de veículos automotores, objetos pessoais e domésticos (72.744); administração pública, defesa e seguridade social (57.085); construção (34.259). Os técnicos e auxiliares de enfermagem foram os trabalhadores mais vitimados com 451.607 notificações, seguidos dos trabalhadores de estrutura de alvenarias (106.067), enfermeiros (87.852), trabalhadores agropecuários em geral (72.586) e trabalhadores de serviços domésticos em geral (60.531). Levando em conta todas as notificações das doenças e agravos relacionados ao trabalho, verificou-se que acometeram mais os trabalhadores do sexo masculino (58,59%) e as faixas etárias das vítimas de maior projeção foram dos 20 aos 29 anos (838.004 notificações) e dos 30 aos 39 anos (784.571 notificações).

No tocante à mortalidade, a Vesat constatou que, entre 2006 e 2023, houve 21.136.071 óbitos, destes 55.358 foram por acidentes de trabalho, o que corresponde a 64 óbitos por acidente de trabalho para cada 100.000 trabalhadores. Os trabalhadores mais vitimados foram: motoristas de veículos de carga (4.787); trabalhadores de estruturas de alvenaria (3.280); motoristas de veículos de pequeno e médio porte (2.640); trabalhadores agropecuários em geral (2.581); trabalhadores de apoio à agricultura (2.544). Os óbitos por acidente de trabalho ocorreram mais entre trabalhadores do sexo masculino (94,6%), distribuídos especialmente entre as faixas etárias de 20 a 29 anos (21%), de 30 a 39 anos (24%) e de 40 a 49 anos (22%).

6 Dados disponíveis em: <https://www.gov.br/saude/pt-br/composicao/svsa/saude-do-trabalhador/renast/vesat> . Acesso em: 27 jan. 2024.

Os números de óbitos e de doenças e agravos relacionados ao trabalho (Dart) acima registrados evidenciam a gravidade do cenário laboral no Brasil, demonstrando que os fatores de risco no ambiente de trabalho vulneram a saúde dos trabalhadores, levando-os muitas vezes à morte. Apesar de já serem suficientemente elevados os números analisados, é necessário pontuar que eles não compreendem a totalidade dos casos. Muitos acidentes de trabalho e doenças relacionadas ao trabalho não são notificadas, ou seja, não são expedidas pelos empregadores as Comunicações de Acidentes de Trabalho (CATs). Ademais, as notificações avaliadas também não abarcam os casos de acidentes de trabalho e doenças ocupacionais dos trabalhadores informais.

Em face desse cenário, infere-se que é de suma importância desenvolver uma cultura de segurança no ambiente laboral, a qual englobe a prevenção, a transparência e a responsabilidade em relação à segurança e à saúde dos trabalhadores. Nesse compasso, em ocorrendo uma situação de violação à saúde do trabalhador, mostra-se essencial a reparação do dano provocado, sendo a composição por meio da mediação um caminho fraterno, possível e efetivo.

III. Mediação de conflitos sob o prisma da Metateoria do Direito Fraterno

O jurista italiano Eligio Resta (2020) propõe uma releitura do direito atual sob as lentes da fraternidade. O autor defende a alteração do modelo da amizade para o paradigma da fraternidade, argumentando ser necessário transformar a fraternidade “[...] *in codice, di farne regola; con tutti i paradossi, ma anche con tutte le aperture che comporta*” (Resta, 2002: 7).

Com fundamento na fraternidade e em superação aos códigos amigo-inimigo, Resta propõe a edificação de um direito comum, fruto de um pacto entre irmãos/iguais, para o estabelecimento de regras de convivência mínimas, “[...] não na base de *im-posição*, mas de *com-posição (covenants)*, não de um Direito sobre o qual se jurava, mas de um Direito a ser jurado em conjunto e capaz de dar forma a um *demos*” (Resta, 2020: 56). A Metateoria do Direito Fraterno defende uma abordagem inclusiva do direito, “[...] no sentido que escolhe os Direitos Fundamentais e define o acesso universalmente compartilhado a bens ‘inclusivos’” (Resta, 2020: 118).

Citado modelo de direito centra-se na humanidade como um lugar comum, propõe a superação da abordagem restritiva da cidadania liberal, sendo expresso por meio dos direitos humanos, aos quais são entendidos como local da responsabilidade que exige a adoção do cosmopolitismo em abandono de todo tipo de etnocentrismo (Taveira, 2022). Nesse sentido, o Direito Fraterno tem:

[...] Sua atenção, direcionada além da fronteira, em direção de proximidade distante, exige revogações enérgicas daquele “direito de cidadania”, o qual sempre foi local de exclusão através de um *ethnos*. Por isso, sua forma é aquela dos direitos humanos, desde que estes sejam esvaziados de metafísica e livres de uma retórica unicamente consolatória. A atenção se direciona à humanidade como um “local comum”, e não como abstração que confunde tudo e mascara as diferenças. Os Direitos Humanos

7 Tradução livre: “[...] em código, de fazê-la regra, com todos os paradoxos, mas também com todas as aberturas que comporta”.

8 Para Eligio Resta (2020: 118), “[b]ens e direitos fundamentais são inclusivos quando o indivíduo não pode aproveitar sem que, ao mesmo tempo, não aproveitem todos os outros. O ar, a vida e o patrimônio genético só podem ser inclusivos; não podem ser apropriados quando não são igualmente distribuídos”.

têm uma dimensão “ecológica”. São o espaço no qual os casais opostos passam a ser reaproximados: isso permite compreender que os Direitos Humanos podem ser ameaçados unicamente pela própria humanidade, mas podem ser tutelados sempre, e unicamente, pela própria humanidade; não por uma natureza, um Deus, um Terceiro, por outra abstração metafísica qualquer, mas por homens de carne e osso, por nós, na vida cotidiana.

[...] Despidos de metafísica, os Direitos Humanos são o local da responsabilidade, e não de delegação; eles constituem a crítica mais forte da “tolerância” dessa prática, ainda que virtuosa, que confirma e se alimenta de todas as dissimetrias; por isso, eles pedem a revogação mais decisiva de todos os etnocentrismos (Resta, 2020: 117).

Com arrimo nesse suporte teórico, Sandra Regina Martini Vial (2006) pondera que o Direito Fraterno propõe uma nova forma de análise do direito atual, ao passo em que possui como conceito fundante a fraternidade e não a soberania. O Direito Fraterno é um acordo entre iguais, livre da obsessão de uma identidade para legitimá-lo. “Deste modo, o direito fraterno encontra-se em um espaço político mais aberto, independente das delimitações políticas e ou geográficas. Sua única justificativa, no sentido abordado, é a *com-munitas*” (Vial, 2006: 123).

Já Janaína Machado Sturza, ao discorrer sobre o direito através do Direito Fraterno, afirma que “[o] Direito Fraterno propõe uma ‘nova/velha’ análise dos rumos, dos limites e das possibilidades do sistema do direito na sociedade atual” (Sturza, 2016: 378). Também para a autora, o Direito Fraterno, seguindo a metodologia das ciências sociais, propõe “[...] uma nova forma de análise do direito atual e, mais, uma reestruturação das políticas públicas que pretendam uma inclusão de fato universal” (Sturza, 2016: 378).

Sturza acrescenta que o Direito Fraterno “[...] é um direito para todos e que é aceito e/ou proposto por todos” e, por estar fundado no conceito de fraternidade, está cercado pelo anacronismo, “[...] por porquanto a fraternidade, um dos pressupostos da Revolução Francesa, ressurge hoje em face da necessidade de se falar nela e de tomá-la concreta” (Sturza, 2016: 381). Desse modo:

O Direito Fraterno busca resgatar um certo iluminismo, centrado na fraternidade. Esta nova proposta, na verdade, aponta para uma nova “luz”, uma nova possibilidade de integração entre povos e nações, integração esta fundamentada no cosmopolitismo, onde as necessidades vitais são suprimidas pelo pacto jurado conjuntamente (Sturza, 2016: 382).

Observa-se, portanto, que o Direito Fraterno proposto por Eligio Resta busca apresentar uma leitura do direito que suplanta a violência Estatal e a limitada noção de cidadania liberal. O Direito Fraterno, destituído do binômio amigo/inimigo, centra-se nos direitos humanos e na humanidade como um *locus* comum, apresentando uma abordagem não violenta do direito, na qual há a redução da jurisdição estatal e valorização da conciliação e da mediação como legítimos meios de resolução de conflitos (Resta, 2020).

Como afirmam Ana Carolina Ghisleni e Fabiana Marion Spengler (2011), a aposta fraterna é distinta de códigos que centram na diferença entre amigo e inimigo, sendo, portanto, não violenta. A minimização da violência conduz à ideia de jurisdição estatal mínima na perspectiva do Direito Fraterno e a mediação e a conciliação constituem alternativas

fraternas de tratamento dos conflitos, ao passo em que viabilizam a participação das partes na solução de suas contendas, sem a imposição estatal de uma “solução”.

Resta (2020) critica a jurisdição estatal justamente por internalizar o binômio amigo/ini-migo, sendo que o direito, com o fim de controle social, impõe do alto o pertencimento comum. Ponderando sobre a conflituosidade crescente e os elevados índices de ineficiência do Judiciário, Resta (2020), defende a justiça de proximidade fulcrada na conciliação e na mediação. Segundo o autor:

[...] a conciliação dissolve a lide, decompõe-na em seus conteúdos conflituosos, aproximando os conflitantes, que, por conseguinte, perdem sua identidade construída antagonicamente.

Enquanto, no juízo, tudo gira em torno da centralidade da voz terceira, à sua auctoritas, bem como ao seu poder de dizer a última palavra, na conciliação os atores são os próprios conflitantes. Não é necessário que exista o conciliador e, se existir, ele não está certamente no centro da representação; limita-se a declarar que o juízo não tem mais razão de ser ou que ele perdeu a relevância. Não tem um papel central, ainda que o êxito da conciliação seja positivo ou negativo; no primeiro caso, desenvolveu um papel “amigável” – muito diferente do juiz – que pode ser realizado por qualquer pessoa, a prescindir do fato de que essa tenha cultura e competência jurídica. O caráter performativo da conciliação, como da mediação, consiste no fato de que conciliador é aquele que foi capaz de conciliar. A formalização de seu papel já tem um elemento paradoxal, que aumenta enormemente tal caráter quando vem normativamente confiado ao juiz (Resta, 2020: 79-80).

Resta (2020) argumenta que o espaço da mediação é o meio entre dois extremos, que compartilha as distâncias e as aproximações. Nesse espaço, os conflitantes reativam a comunicação por meio da intervenção de um mediador. Para Resta (2020), a maior virtude do mediador é aquela do estar no meio, de compartilhar e de pertencimento comum, assumindo a função de reativar a comunicação. A mediação “[...] é um ficar entre as partes e inserido entre elas, é encontrar um espaço neutro e equidistante no qual reside a grande utopia do moderno que é ser *terzeitò*” (Resta, 2020: 84).

O autor acrescenta, por fim, que o mediador é, sob a perspectiva do Direito Fraternal, “[...] o *meio* para a pacificação, remédio para o conflito, graças ao estar entre os conflitantes, nem mais acima, nem mais abaixo, mas no *meio* deles” (Resta, 2020: 84). O mediador, para Resta (2020), é um tradutor das linguagens diversas dos conflitantes, que server de trâmite, de meio para o reestabelecimento da comunicação e para a solução dos controvérsias. Assim, sob o prisma da Metateoria do Direito Fraternal, a mediação de conflitos mostra-se como uma aposta fraterna e não violenta de pacificação social.

IV. Mediação sanitária laboral como instrumento fraterno de proteção da saúde dos trabalhadores

Atualmente, no que se refere à questão sanitária que envolve o atendimento aos usuários do SUS, assistimos ao fenômeno generalizado da judicialização de solicitações relativas ao acesso a serviços e terapias. Segundo Moreira e Gorisch (2021), a ausência de políticas públicas que atendam adequadamente às necessidades de saúde da população tem gerado inúmeras ações judiciais de norte a sul do país. No entanto, os resultados

concretos destes processos nem sempre são satisfatórios, quer pela sua duração, quer pela especificidade do assunto, de difícil tratamento jurídico.

É neste contexto que a mediação surge como um mecanismo eficaz para melhor resolver os problemas de saúde da população que, na maioria dos casos, não pode esperar longos períodos de tempo pela justiça. No Brasil, embora a mediação ainda seja uma prática relativamente nova, muitos projetos focados nela estão sendo desenvolvidos no setor da saúde. Estão, em sua maioria, vinculados ao Ministério Público e à Defensoria Pública, órgãos responsáveis por lei pela proteção jurídica dos direitos coletivos e individuais da população brasileira. Como se sabe, a mediação sanitária opera na perspectiva da tríade direito, saúde e cidadania, acreditando que é possível a convergência dialógica entre eles (sistema de saúde x sistema judiciário) (Porto *et al.*, 2023).

As questões de saúde e do mundo do trabalho dizem respeito à disponibilização, por parte do empregador, de um ambiente de trabalho seguro aos seus empregados. O não cumprimento dos regulamentos relativos à segurança e à medicina ocupacional pode causar acidentes laborais e doenças relacionadas ao trabalho. Conforme informado na primeira seção deste trabalho, considerando os altos índices de doenças ocupacionais e acidentes de trabalho no Brasil, o ambiente de trabalho é muitas vezes negligenciado pelos empregadores, causando sérios danos à saúde dos trabalhadores.

O Ministério Público do Trabalho e os órgãos sindicais são os órgãos autorizados a propor ações coletivas destinadas a proteger os direitos transindividuais dos trabalhadores, que incluem o direito à saúde no local de trabalho e à saúde coletiva dos trabalhadores. A proteção do direito à saúde dos trabalhadores ocorre, antes de tudo, por meio da prevenção, podendo ser alcançada tanto por meio da tutela judicial como por meio de medidas extrajudiciais, como a negociação preventiva de cláusulas contratuais pelas organizações sindicais das categorias envolvidas, bem como por meio de acordos extrajudiciais ou acordos assinados pelo Ministério Público do Trabalho (Porto *et al.*, 2023).

Citadas ferramentas constituem verdadeiras formas de mediação em saúde, pois decorrem da negociação coletiva, no caso do sindicato, e de uma transação, no caso da assinatura do Termo de Ajustamento de Conduta com o Ministério Público do Trabalho. Carlos Henrique Bezerra Leite (2015) afirma que o Tribunal Superior do Trabalho reconheceu a possibilidade de adoção de todas as formas viáveis de proteção na ação civil pública, admitindo a tutela cautelar com o objetivo de prevenir o descumprimento das normas de saúde, segurança e higiene no trabalho.

A possibilidade de recurso à mediação sanitária no âmbito de processos judiciais coletivos, visando a prevenção de danos à saúde dos trabalhadores, já é uma realidade. A Justiça do Trabalho no Brasil utiliza mecanismos de mediação e conciliação em ações individuais e coletivas relacionadas à organização interna, garantindo a necessidade de proteger o sigilo das informações trocadas entre as partes durante tais procedimentos. Referidas informações não constituem “confissões”, nem “provas” a serem apresentadas durante processos judiciais normais. As informações trocadas no âmbito da mediação visam reestabelecer a comunicação entre as partes e abriu um caminho fraterno para a composição dos conflitos.

A criação de mecanismos de mediação dentro da Justiça do Trabalho no Brasil está em

consonância com a Resolução nº. 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e Resolução n. 174/2016 do Conselho Superior da Justiça do Trabalho (CSJT). A Resolução nº 174/2016 do CSJT não menciona que tipos de conflitos podem ser submetidos à auto-composição, pressupondo que os procedimentos serão realizados conforme a pauta e a organização do órgão judicial (Spengler, 2016).

Inclusive a Lei de Mediação (Lei n. 13.140/2015) trata no art. 3º sobre a possibilidade de realizar a mediação em conflitos que versem sobre direitos disponíveis ou sobre direitos indisponíveis que admitam transação, podendo ser usada sobre todo o conflito ou parte dele. Desse modo, os envolvidos podem escolher realizar a mediação sobre parte do conflito, levando para o tradicional processo judicial o que não for possível mediar. Além do mais, se houver consenso envolvendo direitos indisponíveis, mas que sejam transigíveis, a transação obtida por meio da mediação deverá ser homologada em juízo, exigida a oitiva do representante do Ministério Público (Brasil, 2015).

Vale registra que o conceito de conciliação⁹ e mediação estão previstos no art. 1º, da Resolução nº 174/2016 do CSJT, com a descrição muito semelhante, pois o artigo diferenciou os conceitos apenas com o uso das palavras “com” e “sem”. Ambos os procedimentos são realizados por uma terceira pessoa, de confiança dos envolvidos, podendo ser um magistrado ou servidor público, que será supervisionado. No entanto, a Resolução esqueceu que há diferenças significativas entre a mediação e a conciliação, como por exemplo a técnica de cada metodologia a ser utilizada. Na conciliação, o foco está no acordo, pois tem por objetivo encerrar com o conflito. Aqui o terceiro pode sugerir, aconselhar e interferir. Por outro lado, na mediação, o terceiro atua como um facilitador do diálogo entre os mediandos, não cabendo a ele propor acordo (Spengler, 2016).

É necessário também ponderar que não devem os magistrados figurarem como mediadores. Não se discute a competência e o conhecimento deles. Ocorre que estão inseridos num ambiente de disputa e rivalidade, onde eles devem dizer “a última palavra”, sendo que uma das partes ganha e a outra perde, de forma geral. Desse modo, “como dizer a um juiz que ele não pode sugerir um acordo ou então mencionar como a mesma disputa vem sendo decidida em outros tribunais? Como pretender que esses profissionais se dispam de suas competências e trabalhem de modo oposto ao que sempre fizeram?” (Spengler, 2016: 402). Além do mais, caso não ocorra o acordo entre as partes, o processo judicial deverá retomar a sua tramitação regular, ficando o magistrado que atuou como mediador impedido de processar e julgar o feito, segundo o art. 7º do Código de Ética de Conciliadores e Mediadores Judiciais, anexo II da Resolução nº 174/2016 do CSJT.

A mediação sanitária pode ser uma via propulsora de diálogo de diversos atores, dentre eles sociedade civil, gestores públicos, médicos, para o implemento de políticas públicas sanitárias que tenham natureza preventiva e não possam implicar na judicialização do direito à saúde. Nesse contexto, tem-se buscado implementar, mesmo que ainda de maneira incipiente, a mediação como solução autocompositiva de demandas na área da

9 Art. 1º, I: “Conciliação” é o meio adequado de resolução de disputas em que as partes confiam a uma terceira pessoa – magistrado ou servidor público por aquele sempre supervisionado – a função de aproximá-las, empoderá-las e orientá-las na construção de um acordo quando a lide já está instaurada, com a criação ou proposta de opções para composição do litígio; (Redação dada pela Resolução CSJT nº 252, de 22 de novembro de 2019); II – “Mediação” é o meio adequado de resolução de disputas em que as partes confiam a uma terceira pessoa – magistrado ou servidor público por aquele sempre supervisionado – a função de aproximá-las, empoderá-las e orientá-las na construção de um acordo quando a lide já está instaurada, sem a criação ou proposta de opções para composição do litígio; (Redação dada pela Resolução CSJT nº 252, de 22 de novembro de 2019).

saúde, para prevenir a judicialização e construir conjuntamente estratégias que viabilizem políticas públicas sanitárias aos cidadãos pela via do diálogo e comprometimento de todos os envolvidos, destacando gestores públicos, sociedade civil e demais poderes institucionalizados (Delduque; Castro, 2015).

A título de exemplificação tem-se a Câmara especializada em questões de saúde com a finalidade de mediar conflitos entre pacientes e usuários do SUS e os gestores da rede pública de saúde na cidade de Brasília. Na Câmara Permanente Distrital de Mediação em Saúde, a Defensoria Pública do Distrito Federal via de regra, deixa de ingressar judicialmente com as demandas de saúde dos pacientes, para também buscar soluções extrajudiciais para os conflitos, por meio da prática da mediação, ou seja, de uma melhor proximidade nas reuniões com os envolvidos (Pain et al., 2015). No Estado do Rio Grande do Sul, em março de 2017, com a premissa de racionalizar a atuação judicial e extrajudicial nos conflitos de saúde, foi criado, pela Procuradoria-Geral do Estado (PGR-RS), o programa ResOLVE + Saúde, que visa mapear as principais demandas e os medicamentos mais solicitados e, a partir disso, propor soluções dirigidas para reduzir a judicialização de questões relacionadas à saúde.

As experiências mencionadas abrem espaço para refletir sobre a utilização da mediação voltada a demandas que envolvam direito à saúde dos trabalhadores, do ponto de vista extrajudicial e judicial. A mediação sanitária laboral é um caminho fraterno, possível e efetivo para a proteção do direito à saúde dos trabalhadores. Este compromisso conjunto entre o Estado, empregadores e trabalhadores é crucial para mitigar os riscos associados às atividades laborais e garantir um ambiente de trabalho que respeite e promova a saúde e o bem-estar dos trabalhadores.

Por fim, por se tratar, no Brasil, de um direito transindividual, a proteção do direito à saúde dos trabalhadores é realizada pelas entidades sindicais e pelo Ministério Público do Trabalho. Os sindicatos têm legitimidade para negociar melhores condições de trabalho por meio do Acordo Coletivo de Trabalho. O Ministério Público do Trabalho, por sua vez, pode promover processos administrativos para apurar o cumprimento das leis trabalhistas, podendo, no âmbito de um inquérito civil, negociar medidas protetivas extrajudiciais por meio de acordo denominado "Termo de Ajustamento de Conduta". O Ministério Público do Trabalho e os sindicatos também estão extraordinariamente legitimados para propor ações coletivas destinadas a proteger o direito à saúde dos trabalhadores, podendo assim utilizar sistemas de mediação e, na mediação sanitária, promover a proteção preventiva do direito dos trabalhadores à saúde.

V. Considerações finais

Como apresentado neste trabalho, o direito social à saúde é assegurado na Constituição Federal do Brasil de 1988. Há expressa previsão constitucional de que a ordem econômica brasileira é fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tendo por finalidade assegurar a todas as pessoas existência digna, conforme os ditames da justiça social (artigo 170). Existe, outrossim, disposição expressa do direito fundamental trabalhista a redução de riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança no trabalho (artigo 7º, XXII), o que está em consonância com a previsão constitucional do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado (artigo 225), nele incluindo o meio ambiente laboral.

Em virtude de tais previsões constitucionais, há uma rede estruturada no âmbito do SUS de atenção à saúde do trabalhador, denominada Renast. Referida rede foca nas relações trabalho-saúde-doença e parte da ideia de centralidade do trabalho na vida das pessoas, sendo capilarizada, por todo país, por meio dos Cerest e da Vesat. Por meio de dados disponibilizado pela Vesat, entre 2006 e 2023 ocorreram 3.173 notificações de doenças e agravos relacionados ao trabalho (Dart) para cada 100.000 trabalhadores, sendo a maior parte de notificações relacionadas a acidentes de trabalho e doenças ocupacionais.

Diante desse cenário expressivo de vulneração dos direitos à saúde dos trabalhadores, a presente pesquisa averiguou a possibilidade de utilização da mediação como caminho fraterno e efetivo para a reparação dos danos provocados e para a prevenção de novos danos. Para tanto, adotou-se a Metateoria do Direito Fraterno, elaborada por Eligio Resta. Segundo tal jurista, o Direito Fraterno, destituído do binômio amigo/inimigo, centra-se nos direitos humanos e na humanidade como um locus comum, apresentando uma abordagem não violenta do direito, na qual há a redução da jurisdição estatal e valorização da mediação como legítimo meio de resolução de conflitos (Resta, 2020). Nesse sentido, a mediação constitui alternativa fraterna de tratamento dos conflitos, na medida em que, por meio de um mediador, viabiliza a participação das partes na solução de suas contendas, sem a imposição estatal de uma “solução”.

Conforme abordado, embora a mediação ainda seja uma prática relativamente nova no Brasil, muitos projetos focados nela estão sendo desenvolvidos no setor de saúde, de modo a evitar a judicialização de disputas/conflitos. As experiências mencionadas no trabalho abrem espaço para refletir sobre a utilização da mediação voltada a demandas que envolvam direito à saúde dos trabalhadores, do ponto de vista extrajudicial e judicial. A mediação sanitária laboral apresenta-se como um caminho fraterno, possível e efetivo para a tutela do direito à saúde dos trabalhadores, figurando como agentes empregadores, trabalhadores, sindicatos e o Ministério Público do Trabalho.

Referências

- Brasil (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 10 fev. 2024.
- Brasil (2015). *Lei nº 13.140/2015*. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13140.htm. Acesso em: 10 fev. 2024.
- Conselho Nacional de Justiça (CNJ) (2010). *Resolução nº 125/2010*. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/156>. Acesso em: 10 fev. 2024.
- Conselho Superior de Justiça do Trabalho (CSJT) (2016). *Resolução nº 174/2016*. Disponível em: <https://juslaboris.tst.jus.br/handle/20.500.12178/95527>. Acesso em: 10 fev. 2024.
- Delduque, M. C.; Castro, E. V. (2015). A Mediação Sanitária como alternativa viável à judicialização das políticas públicas. Rio de Janeiro. *Revista Saúde Debate*. V. 39, n. 105, 506-513. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/sdeb/v39n105/0103-1104-sdeb-39-105-00506.pdf>. Acesso em: 5 fev. 2024.
- Dias, E. C.; Hoefel, M. G. (2005). O desafio de implementar as ações de saúde do trabalhador no SUS: a estratégia da RENAST. *Rev. Ciência & Saúde Coletiva*, 10, 817-828.
- Ghislani, A. C. & Spengler, F. M. (2011). *Mediação de conflitos a partir do Direito Fraterno*.

Santa Cruz do Sul: EDUNISC.

- Leite, C. H. B. (2015). *Direito processual coletivo do trabalho: na perspectiva dos direitos humanos*. São Paulo: Editora LTr.
- Moreira, V. A.; Gorisch, P. (2021). Mediação sanitária: abrangência e perspectivas. *UNI-SANTA Law and Social Science*, 10, 101-113.
- Pain, P.; Marqueto, A.; Lopes, I. O. (2015). *Câmara Permanente Distrital de Mediação em Saúde: experiência do Distrito Federal*. Brasília: Conselho Nacional de Secretários de Saúde – CONASS. Disponível em: https://www.conass.org.br/biblioteca/pdf/colecao2015/CONASS-DIREITO_A_SAUDE-ART_17B.pdf. Acesso em: 4 fev. 2024.
- Porto, R. T. C.; Cruz, E.; Taveira, E. M. O. (2023). *Mediação sanitária nas relações de trabalho: limites e possibilidades*. Blumenau: Dom Modesto.
- Resta, E. (2002). *Il Diritto fraterno*. Bari: Laterza.
- Resta, E. (2008). *Diritto vivente*. Bari: Laterza.
- Resta, E. (2020). *O Direito Fraterno. 2ª ed.* Santa Cruz do Sul: Essere nel Mondo.
- Spengler, F. M. (2010). *Da jurisdição à mediação: por uma outra cultura no tratamento de conflitos*. Ijuí: Unijuí.
- Spengler, F. M. (2022). De mãos dadas com Pollyanna: a mediação prevista na Resolução 174 do Conselho Superior da Justiça do Trabalho – CSJT – e as disputas trabalhistas. *Rev. Jurídica Unicuritiba*, v. 2, n. 69, 375-405. Disponível em: <https://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/RevJur/article/view/2406/pdf> . Acesso em: 2 fev. 2024.
- Spengler, F. M. (2016). *Mediação de conflitos: da teoria à prática*. Porto Alegre: Livraria do advogado.
- Sturza, J. M. (2016). O direito na sociedade atual: políticas públicas, direitos fundamentais e a indispensável fraternidade. *Revista da Faculdade de Direito UFMG*, Belo Horizonte, 68, 375-397.
- Taveira, É. M. O. (2022). A atuação da Corte Interamericana de Direitos Humanos na consolidação de standards mínimos de tutela dos trabalhadores na América Latina [dissertação de mestrado]. Universidade Federal de Mato Grosso do Sul. Disponível: <https://repositorio.ufms.br/handle/123456789/5431>. Acesso em: 10 fev. 2024.
- VIAL, S. R. M. (2006). Direito fraterno na sociedade cosmopolita. *Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos*, Bauru, 46, 119-134.

Raça, interseccionalidade e alteridade: uma análise do caso Alyne Pimentel vs. Brasil a partir da justiça reprodutiva como efetivação do direito à saúde

Race, intersectionality and alterity: an analysis of the case Alyne Pimentel vs. Brazil from reproductive justice as enforcement of the right to health

Milena Cereser da Rosa¹; Luiza Mello Fruet²
Janaína Machado Sturza³

DOI: [https://doi.org/10.37767/2591-3476\(2024\)06](https://doi.org/10.37767/2591-3476(2024)06)

Fecha de envío: 20.03.2024

Fecha de aceptación: 17.06.2024

RESUMO:

O artigo busca realizar uma reflexão, considerando a abordagem interseccional da ética da alteridade, sobre o racismo institucional nos casos de mortalidade materna, especialmente em mulheres pobres e negras submetidas a um sistema marcado pelas desigualdades de gênero. O problema que orienta a pesquisa pode ser sintetizado no seguinte questionamento: em que medida as estruturas institucionais corroboram para o alto índice de mortalidade materna de mulheres negras no Brasil? Na estrutura da pesquisa, objetiva-se especificamente: a) verificar as correlações entre raça e gênero através do conceito de interseccionalidade e metafísica da ética da alteridade; b) compreender a forma de produção do racismo institucional nos casos de mortalidade materna, analisando o caso Alyne Pimentel v. Brasil a partir de uma abordagem interseccional aplicada a metafísica da ética da alteridade como forma de promover a justiça reprodutiva. O método de pesquisa empregado foi o hipotético-dedutivo com a técnica de pesquisa bibliográfica.

1 Doutoranda em Direito pelo Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito da UNIJUÍ, com bolsa CAPES/PDPPG, Programa de Desenvolvimento da Pós-Graduação - Alteridade na Pós-Graduação. Mestra em Direito pela UNIJUÍ. Especialista em Ensino de Filosofia pela Universidade Federal de Pelotas (UFPel). Integrante do grupo de pesquisa "Biopolítica e Direitos Humanos" (CNPq) Advogada. ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-6493-9752>. E-mail: milenacereser@outlook.com

2 Mestre em Direito pelo Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito da UNIJUÍ. Integrante do Grupo de Pesquisa "Direitos Humanos, Justiça Social e Sustentabilidade" (CNPq). Professora da Universidade Federal do Tocantins - UFT. ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-7913-6100>. E-mail: luiza.fruet@sou.unijui.edu.br

3 Pós-Doutora em Direito pela UNISINOS. Doutora em Direito pela Universidade de Roma Tre/Itália. Mestre pela Universidade de Santa Cruz do Sul - UNISC. Professora na Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul - UNIJUÍ. Integrante do grupo de pesquisa "Biopolítica e Direitos Humanos" (CNPq). ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-9290-1380>. E-mail: janasturza@hotmail.com

RESUMEN:

El artículo busca reflexionar, considerando el enfoque interseccional de la ética de la alteridad, sobre el racismo institucional en casos de mortalidad materna, especialmente en mujeres pobres y negras sometidas a un sistema marcado por las desigualdades de género. El problema que orienta la investigación se puede resumir en la siguiente pregunta: ¿en qué medida las estructuras institucionales apoyan la alta tasa de mortalidad materna entre las mujeres negras en Brasil? En la estructura de la investigación, el objetivo específico es: a) verificar las correlaciones entre raza y género a través del concepto de interseccionalidad y metafísica de la ética de la alteridad; b) comprender cómo se produce el racismo institucional en casos de mortalidad materna, analizando el caso Alyne Pimentel v. Brasil desde un enfoque interseccional aplicado a la metafísica de la ética de la alteridad como forma de promover la justicia reproductiva. El método de investigación utilizado fue hipotético-deductivo con la técnica de investigación bibliográfica.

ABSTRACT

The article seeks to reflect, considering the intersectional approach of the ethics of otherness, on institutional racism in cases of maternal mortality, especially in poor and black women subjected to a system marked by gender inequalities. The problem that guides the research can be summarized in the following question: to what extent do institutional structures support the high rate of maternal mortality among black women in Brazil? In the research structure, the specific objective is: a) to verify the correlations between race and gender through the concept of intersectionality and metaphysics of the ethics of otherness; b) understand how institutional racism is produced in cases of maternal mortality, analyzing the case of Alyne Pimentel v. Brazil from an intersectional approach applied to the metaphysics of the ethics of alterity as a way of promoting reproductive justice. The research method used was hypothetical-deductive with the bibliographic research technique.

PALAVRAS-CHAVE: Mortalidade materna; Interseccionalidade; Alteridade; Racismo institucional; Justiça reprodutiva.

PALABRAS CLAVE: Mortalidad materna; Interseccionalidad; Alteridad; Racismo institucional; Justicia reproductiva..

KEY WORDS: Maternal mortality; Intersectionality; Alterity; Institutional racism; Reproductive justice.

I. Introdução

O filósofo lituano-francês Emmanuel Lévinas (1906-1995) percebe em suas análises a proximidade existente entre a visão filosófica ocidental com a ontologia, ou seja, um pensamento centrado no ser e no “si mesmo”. Diante desse determinismo ocidental voltado para o ser, Lévinas observa a necessidade de romper com o individualismo egocêntrico para pensar o ser humano como sujeito e não objeto.

Nesse sentido, a filosofia levinasiana inverte a relação do “si mesmo” propondo um “sair de si” como condição primeira de responsabilidade ética pelo Outro. Deste modo, a transcendência é atingida na relação com o rosto de outrem. A relação com o transcen-

dente nada mais é que uma relação social que surge a partir do encontro com o Outro, na sua nudez e miséria (Martins e Lepargneur, 2014). A proximidade com o rosto opõe-se a visão de totalidade (ideia de saber absoluto constituído no “si mesmo”), abrindo possibilidades de acesso ao infinito, a algo que não está fechado nas esferas do mesmo, uma responsabilização do Eu anterior a liberdade como pressuposto para estabelecer uma metafísica da ética da alteridade.

Sendo assim, o presente artigo pretende realizar uma reflexão sobre o racismo institucional e a desigualdade de gênero, tendo como objeto de análise fixado nas mulheres, negras e pobres perante o sistema de saúde, especificamente no período gestacional em razão do alto índice de mortalidade materna recorrente nos casos. Para tanto, será utilizado como base de estudos o caso Alyne Pimentel versus Brasil, julgado por um órgão internacional de direitos humanos, que tem a responsabilidade de garantir a aplicação da Convenção para Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher (CEDAW), tendo impacto significativo no reconhecimento dos direitos da mulher a ter uma maternidade segura e também ao acesso, sem discriminação de qualquer natureza, aos serviços básicos de saúde, como forma de atingir uma justiça reprodutiva. A análise foi construída tendo como base o seguinte problema de pesquisa: Em que medida as estruturas institucionais alicerçadas em desigualdades de gênero e o racismo institucional corroboram para o alto índice de mortalidade materna de mulheres negras no cenário brasileiro?

Utilizando como referência o caso Alyne da Silva Pimentel Teixeira versus Brasil, bem como, através de levantamentos bibliográficos, foi possível verificar a existência de desigualdades de gênero e racismo institucional voltado a mulheres negras e pobres dentro das instituições do Estado, mulheres que são deixadas à margem da sociedade através de uma estrutura desumana, eivada por uma espécie de violência velada dentro do próprio poder estatal, estrutura essa que invisibiliza os sujeitos, motivo o qual faz-se necessária uma abordagem interseccional da ética da alteridade como forma de compreensão e responsabilização por estes sujeitos, de modo a promover a justiça reprodutiva.

Como objetivo geral, o texto consiste na análise, a partir da ética da alteridade, do caso Alyne Pimentel versus Brasil. Para dar concretude ao objetivo, os objetivos específicos do texto, que se refletem na sua estrutura em duas seções, são: a) verificar as interfaces e correlações referentes as questões de raça e gênero através do conceito de interseccionalidade, considerando a alteridade como responsabilidade ética pelo Outro; b) compreender a forma de produção do racismo institucional nos casos de mortalidade materna, partindo para análise do caso Alyne Pimentel versus Brasil a partir de uma abordagem interseccional aplicada a metafísica da ética da alteridade como forma de promover a justiça reprodutiva.

Assim sendo, para a formulação desta pesquisa será adotado o método dedutivo no contexto das ciências jurídicas e sociais que, de acordo com Lakatos e Marconi (2003), envolve uma análise que parte de generalidades, neste caso, a interseccionalidade entre os elementos de raça e gênero para, em seguida, investigar o objeto de estudo específico que se refere à análise do caso Alyne Pimentel versus Brasil, cuja escolha se deu em razão de ser o primeiro caso que o governo brasileiro é responsabilizado por um órgão internacional de direitos humanos pela temática de morte materna evitável, de modo a expor a violação do Brasil frente aos direitos reprodutivos das mulheres. Para tanto,

trata-se de uma pesquisa de abordagem qualitativa, fundamentada na teoria da ética da alteridade concebida pelo filósofo Emmanuel Lévinas, com o intuito de compreender um fenômeno social e explicar suas dinâmicas, havendo uma atenção especial para aspectos que não são passíveis de quantificação (Gerhardt e Silveira, 2009), motivo pelo qual este trabalho não tem o objetivo de esgotar as discussões sobre o assunto, apenas trazer reflexões sobre este tema tão necessário.

II. Raça, gênero e interseccionalidade como responsabilidade ética pelo Outro

No Brasil, ao longo do tempo, foram criados alguns mitos que legitimaram o sistema de opressão, sendo um destes o da democracia racial. No livro de Gilberto Freyre, *Casa-grande & senzala*, é mencionado o conceito de democracia racial, baseado na ideia de relação pacífica entre senhores e escravos e também da “aceitação”, por parte dos índios, dos mecanismos da colonização que, na teoria de Freyre, se deu de maneira pacífica promovendo uma relação democrática de miscigenação entre os povos (Freyre, 2003). Por sua vez, na obra *Branços e Negros em São Paulo*, de Roger Bastide e Florestan Fernandes, é referida a ideia de “preconceito de ausência de preconceito”, o qual “nós, brasileiros, dizia-nos um branco, temos o preconceito de não ter preconceito. E esse simples fato basta para mostrar a que ponto está arraigado no nosso meio social” (Bastide e Florestan, 1959: 164).

Sob esse aspecto, Lilia Schwarcz (2019), aponta que toda sociedade tem seus próprios marcadores de diferenças, justificados por comportamentos privilegiados e grupos isolados, ficando cada qual prisioneiro em sua própria bolha. Todavia, são essas bolhas que propagam marcadores sociais a fim de que se promova uma exclusão ao acesso de diversos sistemas, como por exemplo, o da saúde.

A partir da teoria da democracia racial que nega a existência do racismo no Brasil, tem-se um sistema de opressão fortalecido e estabelecido em todas as esferas que compõe a sociedade, firmado em uma não responsabilização face à negação e, conseqüentemente, inexistência do racismo. Para tanto, a história do feminismo negro enfatiza a importância em nomear as opressões, tendo em vista que não pode ser combatido e compreendido aquilo que não tem nome (Ribeiro, 2019).

Dessa forma, o feminismo negro trouxe reivindicações que não eram pensadas e tão pouco debatidas dentro do feminismo: a raça e o racismo. As feministas brancas contemporâneas “entraram para o movimento apagando e negando a diferença, sem pensar em raça e gênero juntos, mas eliminando raça do cenário” (Hooks, 2018: 70). Somente após o feminismo negro questionar a maneira que o feminismo debatia as questões de gênero sem relacionar raça e racismo, iniciou-se a superação da negação acerca da existência de um sistema opressor alicerçado e constituído no racismo.

Diante da verificação da problemática voltada para a negação do racismo, além da falta de interconexão entre questões de gênero e raça, surge o conceito de interseccionalidade, termo cunhado pelas feministas negras em razão da inobservância das experiências e reivindicações intelectuais, por parte do feminismo branco, bem como, pelo movimento antirracista voltado somente para os homens negros (Akotirene, 2019).

“A interseccionalidade investiga como as relações interseccionais de poder influenciam as relações sociais em sociedades marcadas pela diversidade, bem como as experiências individuais na vida cotidiana. Como ferramenta analítica, a interseccionalidade considera

que as categorias de raça, classe, gênero, orientação sexual, nacionalidade, capacidade, etnia e faixa etária – entre outras – são inter-relacionadas e moldam-se mutuamente. A interseccionalidade é uma forma de entender e explicar a complexidade do mundo, das pessoas e das experiências humanas” (Collins e Bilge, 2021: 16).

Nesse sentido, pensar nas opressões distintas como por exemplo o racismo, gênero, sexismo, classe, homofobia, etc., sem uma espécie de entrecruzamento entre si, somente reforça a ideia de uma visão fragmentada de opressões a serem combatidas e que se sobrepõem, criando um enorme emaranhado de fragmentos que devem ser analisados e verificados separadamente. Porém, a proposta que a interseccionalidade pretende difundir é a relação e interconexão existentes nessa sistemática.

O conceito de interseccionalidade surgiu com os estudos da feminista norte-americana Kimberlé Crenshaw, no artigo publicado em 1989, intitulado *Desmarginalizando a intersecção de raça e sexo: uma crítica feminista negra da doutrina antidiscriminação*, teoria feminista e políticas antirracistas, na qual a autora propõe a utilização da metodologia interseccional para enfrentar as causas e efeitos da violência contra a mulher, fazendo uma interação entre raça, gênero e classe social.

Posteriormente, no texto *Mapeando as margens: interseccionalidade, políticas de identidade e violência contra mulheres de cor*, Crenshaw (1991) menciona novamente o termo interseccionalidade, descrevendo a localização interseccional das mulheres negras e sua marginalização estrutural, em que muitas das experiências enfrentadas por esse grupo não são objeto de classificação dentro da perspectiva tradicional de raça ou questões que englobam a discriminação de gênero. Assim, faz-se necessário compreender de que maneira a intersecção do racismo e do sexismo afeta as vidas das mulheres negras, levando em consideração a existência de fronteiras já estabelecidas na visão tradicional de raça e gênero, deixando de analisar essas experiências separadamente (Crenshaw, 1991).

Dessa forma, tem-se uma ampliação do entendimento das identidades coletivas e da ação política quando utilizada a interseccionalidade como ferramenta analítica. Além disso, a interseccionalidade trouxe uma complexa compreensão das identidades individuais como interseccionais e performativas, mudando o significado de identidade que se fixava na ideia de “algo que se tem”, passando para a perspectiva de “algo que se constrói”, ou seja, a mutabilidade da identidade individual vinculada ao contexto social em que está inserida (Collins e Bilge, 2021: 195).

A questão identitária é essencial para compreender as ideias centrais da interseccionalidade, especificamente o contexto social, relacionalidade, desigualdade e justiça sociais. Com isso, alguns temas identitários podem implicar potencialmente os aspectos da interseccionalidade. Assim, a primeira análise é voltada para as identidades como estrategicamente essenciais, ou seja, as categorias de identidade que são mobilizadas nas lutas políticas de certos grupos não são imutáveis e fixas, sendo necessário implementar uma perspectiva relacionada com o essencialismo estratégico, em que os sujeitos e grupos possam se unir para alcançar determinados objetivos políticos. O segundo tema surge em torno das identidades como coalizões de fato, de modo a atingir o entendimento da constituição das identidades coletivas e fomentar uma política de solidariedade. Por sua vez, o terceiro tema visa verificar a identidade individual e a identidade coletiva de maneira mais ampla, objetivando aprofundar o entendimento das relações de poder

interseccionais para então, finalmente, estando apoiado nos três temas anteriores, compreender o quarto tema como sendo um potencial transformador das identidades (Collins e Bilge, 2021).

Seguindo na análise de Collins e Bilge (2021) acerca de como os temas identitários são primordiais para a interseccionalidade, verifica-se que muitas das lutas e mobilizações conduzidas por comunidades racializadas, especificamente aquelas negras, indígenas e de cor, destacaram a relevância da identidade na formação de sujeitos políticos coletivos. O potencial existente nas possibilidades de transformação surge em decorrência das identidades politizadas formadas internamente, as quais contribuem para a estruturação de movimentos sociais mais abrangentes. Dessa forma, a política identitária fundamenta-se na relação entre indivíduos e estruturas sociais, na medida em que os sujeitos se transformam em nível pessoal por meio da conscientização política, também se tornam agentes de mudança coletiva.

Considerando a interseccionalidade por meio dessa perspectiva de mutabilidade e transformação dos temas identitários como forma de promover e reivindicar a justiça social, tal abordagem dialoga com a visão do filósofo Emmanuel Lévinas em que analisa a identidade como algo a ser buscado não como um fim em si mesmo, mas para além da própria identidade que vai de encontro ao reconhecimento da alteridade do Outro, elemento fundamental para estabelecer uma relação ética.

No pensamento levinasiano (2000), o Outro é recebido como uma alteridade intrinsecamente ética, o que significa que o reconhecimento de sua presença não ocorre por meio de uma empatia adotada de forma consciente, mas por meio de uma responsabilidade involuntária. Diante disso, “ouvir a sua miséria que clama justiça não consiste em representar-se uma imagem, mas em colocar-se como responsável, ao mesmo tempo como mais e como menos do que o ser que se apresenta no rosto. Menos, porque o rosto me chama às minhas obrigações e me julga. O ser que nele se apresenta vem de uma dimensão de altura, dimensão da transcendência, onde pode apresentar-se como estrangeiro, sem se opor a mim, como obstáculo ou inimigo. Mais, porque a minha posição de eu consiste em poder responder à miséria essencial de outrem, em encontrar recursos” (Lévinas, 2000: 193).

Sendo assim, a responsabilidade é apresentada como uma medida essencial para superar a concepção de mundo centrada no eu humano, movendo-se em direção a uma subjetividade que só pode emergir precedendo a liberdade, configurando uma transcendência ética ao assumir a responsabilidade pelo Outro antes de si mesmo, sendo nessa relação que o rosto do Outro revela sua fragilidade, pobreza e nudez, convocando o sujeito à responsabilização ética perante aquele que o interpela (Ribeiro, 2015).

Todavia, a ética da alteridade proposta por Lévinas deve ser interpretada com as interfaces da interseccionalidade para analisar as desigualdades sociais, de modo a não ser causadora de outras formas de opressão. Sob esse aspecto, Lélia Gonzalez (2020) destaca a existência de dupla e, às vezes tripla, opressão enfrentada pelas mulheres negras no contexto latino americano. Articulada pela desigualdade sexual, trata-se de uma discriminação em dobro em razão da natureza dupla de sua condição biológica (racial e sexual), que as coloca como as mulheres mais oprimidas e exploradas em uma região marcada pelo “capitalismo patriarcal-racista dependente”, tendo em vista que esse siste-

ma “transforma as diferenças em desigualdades, a discriminação que elas sofrem assume um caráter triplo, da sua posição de classe, ameríndias e amefricanas [...]” (Gonzales, 2020: 132).

Nesse sentido, a responsabilidade emerge como uma condição necessária para a existência do Outro, demandando uma ordem política capaz de representar os interesses da diversidade humana, respeitando a alteridade em sua diferença sem lhe ser indiferente (Ribeiro, 2015). A ética da alteridade propõe que os sujeitos possam transcender a individualização centrada exclusivamente no Eu, considerando a pluralidade e diferença existentes como responsabilidade ética invocada pelo Outro.

Sob essa ótica da responsabilidade como medida necessária para o existir do Outro, além do agir ético invocado pela vulnerabilidade apresentada no rosto deste, faz-se necessário pensar em uma ordem política voltada para a diversidade dos sujeitos, em suas singularidades identitárias. Diante disso, a dignidade e subjetividade devem ser consideradas essenciais nas interações éticas, o que implica na responsabilidade para o Outro, reconhecendo sua alteridade de modo a refletir os interesses da pluralidade humana, sendo nesse aspecto que torna-se relevante uma abordagem interseccional da alteridade, considerando os eixos de identidade, como raça, gênero, classe, sexualidade, etc., como experiências de opressão e privilégio que devem ser analisadas em conjunto, visando promover uma análise mais completa, ampla e inclusiva das questões sociais e políticas.

III. A justiça reprodutiva como efetivação do direito à saúde a partir da análise do caso *Alyne Pimentel vs. Brasil* sob a perspectiva da interseccionalidade e ética da alteridade

Como analisado anteriormente, verificou-se que as mulheres negras estão submetidas a múltiplas formas de exclusão social, tendo em vista a compreensão individual das questões de gênero, raça, sexualidade, classe, etc., resultando em uma “espécie de fobia social com desdobramentos negativos sobre todas as dimensões da vida” desses sujeitos (Carneiro, 2002: 210). Mais especificamente no caso de mortalidade materna, em termos de Brasil, é preciso se ter em mente que a cada dia, cinco mulheres não resistem ao parto e quatro morrem em decorrência de complicações causadas por aborto, o que reforça a ideia de que há uma completa insuficiência nos serviços de saúde, que atinge diretamente mulheres - normalmente de baixa renda e negras -, tornando-as ainda mais protagonistas da violência de gênero causada pelo poder público (Schwarcz, 2019: 186).

O direito à saúde possui uma fundamentalidade formal - eis que parte de um direito positivo e material - pois seu pressuposto é a manutenção e o gozo da vida saudável e com dignidade -, decorrente de privilégios outorgados pela Constituição Federal de 1988. A saúde, importa destacar, também se trata de um dever fundamental a ser garantido por meio de políticas públicas de acesso ao sistema (Sarlet e Figueiredo, 2011), sendo um direito social necessário para manutenção da própria vida, ou seja, trata-se de um bem de todos e um direito humano básico por sua essência (Sturza e Martini, 2020).

Sarlet e Figueiredo (2011) apontam que, muito embora a Constituição Federal não tenha propriamente indicado a abrangência da garantia do direito à saúde, tal leitura deve ser feita alinhada com as orientações da Organização Mundial da Saúde (OMS), que prevê que o direito à saúde deve ir além do caráter curativo, pois deve abranger inclusive dimensões preventivas. Ou seja, o direito à saúde deve ser visto como direito à proteção e

à promoção da saúde, de forma universal e sem discriminações.

Seguindo esta linha e diante da ratificação de convenções internacionais de direitos humanos, incluída a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher (CEDAW), o Brasil tem a obrigação de promover uma assistência de saúde de forma integral também quando se trata da esfera reprodutiva, a fim de combater a mortalidade materna (Reproductive Rights, 2014).

Conforme levantamento realizado pela organização não governamental *Center for Reproductive Rights*, a mortalidade materna é especialmente verificada entre mulheres de baixa renda, negras e indígenas. Importa destacar, ainda, que o governo brasileiro reconhece que 90% das mortes maternas seriam evitadas se recebessem atendimento adequado. Ou seja, a ausência de atendimento de saúde devido durante o período gestacional, por si só já traz uma desigualdade entre mulheres e homens, eis que há uma privação de uma vida saudável originada especialmente em razão de desigualdades socioeconômicas e dificuldades de assistência de saúde (Reproductive Rights, 2014).

A privação de uma assistência adequada de prevenção e proteção da saúde da mulher retira, assim, as suas capacidades de exercer uma vida digna. Amartya Sen (2020) aponta em sua obra que a pobreza se trata de uma forma de privação do exercício adequado das capacidades, ressaltando que não apenas a pobreza de renda, mas a de acesso a serviços e oportunidades. Destaca ainda que, “quanto mais inclusivo for o alcance da educação básica e dos serviços de saúde, maior será a probabilidade de que mesmo os potencialmente pobres tenham uma chance maior de superar a penúria” (Sen, 2020: 124).

Ainda, como destaca Sturza e Martini (2020), há uma necessidade de realização de um pacto pela vida, o qual vise não apenas o direito à saúde, mas o devido acesso ao sistema sem que precise de uma pré-análise de renda ou escolaridade daquele que necessita do acesso. O senso de desigualdade acaba por ruir a própria coesão social, na medida em que dificulta a obtenção de eficiência das pessoas, tendo em vista o enraizamento desse sentimento discriminatório (Sen, 2020).

Analisado sob a égide da prestação de serviços de saúde - e tomando como parâmetros os dados analisados por Sen - é possível perceber que homens e mulheres negras possuem uma taxa de mortalidade superior aos brancos, por diversos fatores, bem como, mulheres - sob uma análise geral - têm uma mortalidade superior a dos homens por falta de atendimentos adequados, incluindo aqui aqueles que deveriam ser prestados durante a gestação e que muitas vezes acarreta na morte não apenas da gestante, mas como também do feto (Sen, 2020).

Sob esse aspecto, Adela Cortina (2020) afirma que todo o ser humano - sem qualquer distinção - tem dignidade, bem como têm direitos que a sociedade deve garantir para que o exercício desta dignidade seja pleno. Todavia, os dados levantados por Sen abrem espaço para a conclusão de que não se está apenas falando de complicações durante o parto, mas sim de uma total falta de cuidado e de zelo pelas mulheres gestantes, estreitando as relações de desigualdade e conseqüentemente, o exercício pleno das capacidades dessas mulheres como cidadãs, eis que não tiveram o devido acesso ao sistema de saúde, ou seja, ainda mais precária ficam as condições expostas quando se está a tratar de mulher, negra e pobre, das quais os fatores que englobam remontam a uma cultura

de desigualdade (Sen, 2020).

Partindo dessa ideia de perda das próprias capacidades para ser sujeito de direitos, especialmente quando se trata de mulher, pobre e negra, é imperioso destacar a questão levantada por Silvio Almeida de que o racismo também é uma questão de dominação, de modo que o racismo institucional pode melhor ser exemplificado nos atos de uma comunidade branca, contra uma comunidade negra, algo mais coletivo e, portanto, mais difícil de ser identificado, eis que normalmente encobertos pela sutileza do ato, contudo, não menos agressivo (Almeida, 2021).

Na divisão das concepções de racismo utilizadas por Almeida (2021) - racismo individualista, institucional e estrutural -, é importante ressaltar o racismo institucional, que nada mais é do que aquele decorrente do resultado do funcionamento das instituições e suas atuações divergentes dependendo da raça. Assim, entende-se por instituição aquilo que, diante de sua forma de organização e cooperação, mantém a estabilidade dos sistemas sociais. Almeida (2021), ainda traz o exemplo que ajuda nessa diferenciação, eis que racismo individual se trata daquele no qual cinco crianças negras são mortas em um atentado contra uma igreja em que elas se encontravam, diverso do racismo institucional, em que é quando milhares de crianças negras morrem em hospitais em razão da falta de um devido atendimento, eis que o hospital se localiza em uma zona menos favorecida economicamente, e onde não chegam recursos suficientes em razão da falta de interesse do poder público.

Diante desse cenário, Hannah Arendt (1994) afirma que o poder é intrinsecamente uma ideia de dominação, muito embora tenha algumas ligações com a violência, não está vinculado a ela na sua concepção mais pura. Assim, o poder institucionalizado - ou seja, essa forma de dominação - também soa como uma forma de autoridade sob o outro, um método de diminuição daquele que está em algum tipo de desvantagem, afinal, "cada diminuição no poder é um convite à violência" (Arendt, 1994: 63).

Sendo assim, denota-se que é inserido nesse jogo de normativas institucionais que um indivíduo se torna sujeito, dentro de um conjunto preestabelecido da estrutura social, fator que corrobora para a principal tese sobre a existência de um racismo institucional alicerçada no fato da integração dos conflitos raciais na própria estrutura das instituições (Almeida, 2021), em que "a desigualdade racial é uma característica da sociedade não apenas por causa de uma ação isolada de grupos ou de indivíduos racistas, mas fundamentalmente porque as instituições são hegemônicas por determinados grupos raciais que utilizam mecanismos institucionais para impor seus interesses políticos e econômicos" (Almeida, 2021: 39).

Dessa forma, fazendo um comparativo com a ideia de liberdade de Sen (2020), liberdades e ausência de discriminação também passam por uma ideia de desenvolvimento de políticas públicas - especialmente quanto ao acesso digno aos serviços de saúde -, pois estas garantem as capacidades dos indivíduos e reduzem as desigualdades.

Nesta senda, é importante analisar o caso Alyne da Silva Pimentel Teixeira versus Brasil, eis que se trata de uma situação emblemática nesse cenário, sendo o primeiro caso de mortalidade materna que chegou a um órgão internacional de direitos humanos, resultando na condenação do Brasil em razão da privação do devido acesso à saúde para uma

mulher, gestante, negra e pobre (Reproductive Rights, 2014).

O referido caso ocorreu no ano de 2002, estando Alyne grávida de seis meses, dirigiu-se até uma clínica de saúde privada em Belford Roxo/RJ, onde residia, por não estar se sentindo bem. Contudo, mesmo apresentando sinais de gravidez de risco, foi orientada a retornar para casa, quando então piorou e voltou à clínica dois dias depois, ocorrendo o parto induzido da gestação que resultou em um feto natimorto. Realizada cirurgia para retirada da placenta - quatorze horas depois do parto e mesmo havendo a indicação para que sua realização fosse feita imediatamente após a retirada do feto natimorto -, seu estado ficou ainda mais grave, sendo necessária a realização da transferência para o Hospital Geral de Nova Iguaçu, a qual levou cerca de oito horas para realização de todos os trâmites. Após 21 horas sem o recebimento de qualquer atendimento médico, Alyne veio a óbito.

Posteriormente foi realizada autópsia, sendo constatado que o óbito decorreu em razão de Alyne ter ficado por muitos dias com o feto já morto dentro dela (ONU, 2011). Diante desse fato, foram ajuizadas duas ações, uma de âmbito nacional e outra de âmbito internacional (objeto de análise do presente artigo), que teve seu início em razão do lapso de quatro anos sem qualquer decisão na demanda ajuizada na justiça brasileira. O Center for Reproductive Rights (Centro por Direitos Reprodutivos) e a Advocacia Cidadã pelos Direitos Humanos interpuseram uma denúncia internacional perante do CEDAW, onde se arguia que foram violados os direitos de Alyne de acesso à justiça, à saúde sem discriminação e à vida. Um dos pontos destacados na denúncia, inclusive, foi de que essa falha na prestação do serviço de saúde infringiu o direito de Alyne de viver livre de discriminação (ONU, 2011).

No ano de 2011, o Comitê CEDAW acolheu a denúncia, arguindo que os Estados são obrigados legalmente a promover acesso à saúde - incluindo o monitoramento de instituições privadas que forneçam serviços concessionados -, além de que devem proteger os direitos humanos da mulher e uma vida sem discriminação. Apontou, ainda, que o Brasil deveria responsabilizar os profissionais da saúde por suas omissões em relação aos direitos reprodutivos das mulheres, eis que há uma violação ao direito à vida com a negativa de acesso ao serviço de saúde, enfatizando que Alyne foi discriminada não apenas em razão do seu sexo, mas diante de sua condição enquanto mulher negra e de baixa condição econômica (ONU, 2011).

Nesse sentido, o caso Alyne Pimentel envolve dois temas principais: a) assistência de saúde materna de qualidade e sem discriminação, para todas as mulheres, inclusive com perspectivas de raça, renda ou localização geográfica; e, b) a responsabilidade do Estado em assegurar serviços de saúde materna de qualidade como dever e obrigação. Considerando esses temas centrais, a decisão do Comitê CEDAW aborda essas questões não apenas analisando o caso de Alyne, mas também a situação de milhões de mulheres no Brasil e no mundo, as quais atualmente não têm acesso a serviços de saúde materna de qualidade (Reproductive Rights, 2014).

“A mortalidade materna é especialmente problemática entre mulheres de baixa renda, negras, e indígenas, bem como mulheres que vivem em áreas rurais e nas regiões Norte e Nordeste do Brasil. O governo brasileiro reconhece que 90% das mortes maternas no país poderiam ser evitadas com a assistência médica adequada. A mortalidade materna

evitável é tanto uma forma de discriminação contra as mulheres, quanto um de seus sintomas e as priva de seu direito de viver uma vida saudável em pés de igualdade com os homens. As causas das mortes maternas no Brasil são as desigualdades socioeconômicas e de gênero quanto ao acesso à assistência de saúde” (Reproductive Rights, 2014: 1).

Nesse sentido, ao longo dos anos as reivindicações da população negra e dos movimentos sociais por mais e melhor acesso aos serviços de saúde, foram cada vez mais frequentes sendo intensificadas na segunda metade do século XX, chegando inclusive a participar dos processos que instituíram o Sistema Único de Saúde e a Reforma Sanitária. Todavia, em que pese todos os esforços despendidos durante esses anos, ainda assim não foram suficientes para inserir novos mecanismos para superação das barreiras que a população negra enfrenta no acesso à saúde (Werneck, 2016).

A ideia de vida inegavelmente se vincula à ideia de morte. Todavia, o exercício de uma vida digna, com o mínimo de acessos aos serviços que possam garantir a condição de humano, essa sim acarreta em uma morte digna (Sturza e Martini, 2020). No caso analisado não foi o que se viu. Alyne não teve o devido acesso ao sistema de saúde no momento mais vulnerável de sua existência, acabando vindo à óbito de maneira prematura e desumana

A decisão do Comitê CEDAW no caso Alyne Pimentel, possui relevância no debate sobre violência institucional e racismo institucional, ao reconhecer que a morte materna evitável constitui uma violação do direito humano à saúde sexual e reprodutiva das mulheres. Além disso, o referido Comitê reconhece que a violência de gênero contra Alyne Pimentel resultou da discriminação interseccional que ela sofreu, envolvendo raça, status, classe social e gênero, uma forma de discriminação que afeta de maneira mais abrupta e significativa as mulheres negras, pobres e periféricas, especialmente no contexto brasileiro (Catoia et al., 2020).

Analisado o caso e tomando como centro o ponto da discriminação, tem-se que a própria pobreza a introduz, tendo em vista que a impossibilita para que as pessoas tenham garantido efetivamente o direito à saúde, sendo-lhes retirada a capacidade mais básica do ser humano, a da vida, que engloba não apenas o seu exercício como um todo, mas a possibilidade de fazer escolhas e buscar a felicidade como uma forma de humanidade (Cortina, 2020).

Portanto, constata-se a compreensão dos múltiplos fatores que permeiam a questão da mortalidade materna no cenário brasileiro. Mulheres negras vivem dentro de um contexto de marginalização social, no qual lhes são ceifadas as possibilidades de uma vida minimamente digna e com o devido acesso à saúde, especialmente enquanto gestante, o que por si só já acarreta numa desigualdade quando comparado ao homem, que não passa por esse período gestacional. Assim, pensar a justiça reprodutiva por meio de uma abordagem interseccional aplicada em conjunto com a metafísica da ética da alteridade pode fornecer possibilidades efetivas que busquem promover a garantia do direito à saúde, levando em conta as múltiplas identidades, experiências e pluralidade humana.

IV. Considerações Finais

Conforme foi possível analisar, persiste a necessidade de uma melhor compreensão na garantia dos direitos mais básicos do ser humano, qual seja, o direito à saúde e con-

sequentemente à vida. Diante disso, nota-se que as questões de gênero, raça e classe social não devem ser analisadas separadamente, mas de maneira interseccional, tendo em vista as múltiplas desigualdades e opressões que afetam a vida das mulheres negras, refletindo demasiadamente no acesso aos serviços básicos de saúde.

A garantia ao acesso universal e equitativo aos serviços de saúde frequentemente é violado por diversos fatores que servem como pilares estruturais e operam de forma interligada: racismo, sexismo, condições culturais e socioeconômicas. Nesse contexto, as mulheres negras são as mais impactadas por essas formas de discriminação fixadas em raça e gênero. Sendo assim, quando essas opressões se entrelaçam, comprometem tanto a igualdade quanto a inclusão dessas mulheres na sociedade como indivíduos plenos de direitos (Goes e Nascimento, 2013).

Diante desse cenário, percebe-se a necessidade de uma emergência do feminismo negro, como forma de compreender a complexidade do mundo e das pessoas diante da sua análise de interseccionalidade e temas de identidade. Ainda, verifica-se a importância de conectar a teoria da interseccionalidade com a ética da alteridade, em razão de que ambas reconhecem a diversidade e singularidade das experiências humanas. Por sua vez, a interseccionalidade amplia o escopo da ética da alteridade ao reconhecer que as identidades individuais são formadas por múltiplos e complexos aspectos.

No caso analisado, Alyne Pimentel vs. Brasil, ficou latente a privação do exercício das capacidades plenas de indivíduo pela autora, que ao buscar o devido atendimento, este lhe foi negado por motivos de discriminação: Alyne era uma mulher, negra e pobre. Após o triste desfecho desse fato, ocasionando na morte de Alyne, foi necessário que se acionasse um órgão internacional para que houvesse o reconhecimento do racismo institucionalizado no acesso aos serviços de saúde, fator este que corrobora para os altos índices de mortalidade materna.

Portanto, diante dessas dificuldades que as mulheres negras enfrentam no acesso aos serviços de saúde, faz-se necessário pensar políticas públicas que, a partir da compreensão das múltiplas identidades e diversidades existentes, possam quebrar essas fronteiras de raça, gênero e classe social, estabelecendo uma abordagem interseccional a partir da ética da alteridade, visando garantir efetivamente o direito à saúde de forma digna e humana, de modo a evitar a mortalidade materna e promover a justiça reprodutiva.

Referências

- Almeida, S. (2021). *Racismo Estrutural*. São Paulo: Editora Jandaíra.
- Akotirene, C. (2019). *Interseccionalidade*. São Paulo: Sueli Carneiro, Pólen.
- Arendt, H. (1994). *Sobre a violência*. 3. ed. Rio de Janeiro: Relume Dumarã.
- Bastide, R. e Fernandes, F. (1959). *Branços e negros em São Paulo*. 2. ed. São Paulo: Companhia Editora Nacional.
- Carneiro, S. (2002). "A batalha de Durban". *Revista Estudos Feministas*, Florianópolis, v. 10, n. 1, p. 209-214. Disponível em: <https://www.scielo.br/lj/ref/a/m7m9gHtbZrMc4VxnB-TKMxS/abstract/?lang=pt>.

- Catoia, C. C. e Severi, F. C. e Firmino, I. F. C. (2020). Caso "Alyne Pimentel": violência de gênero e interseccionalidades. *Revista Estudos Feministas*, Florianópolis, v. 28, n. 2, p. 1-11. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/ref/a/CNfnySYtXWTYbsc987D8n5S/?format=pdf&ang=pt>.
- Collins, P. H. e Bilge, S. (2020). *Interseccionalidade*. 1. ed. São Paulo: Boitempo.
- Cortina, A. (2020). *Aporofobia, a aversão ao pobre: um desafio para democracia*. São Paulo; Contracorrente.
- Crenshaw, K. W. (1989). Demarginalizing the Intersection of Race and Sex: A Black Feminist Critique of Anti-Discrimination Doctrine, Feminist Theory, and Anti-Racist Politics. *University of Chicago Legal Forum*, v. 140, p. 139-167. Disponível em: <https://chicagounbound.uchicago.edu/uclf/vol1989/iss1/8/>.
- Crenshaw, K. W. (1991). Mapping the Margins: Intersectionality, Identity Politics, and Violence Against Women of Color. *Stanford Law Review*, v. 43, p. 1241-1299. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/1229039>.
- Freyre, G. (2003). *Casa-grande & senzala*. São Paulo: Global.
- Gerhardt, T. E. e Silveira, D. T. (2009). *Métodos de Pesquisa*. Coordenado pela Universidade Aberta do Brasil – UAB/UFRGS e SEAD/UFRGS. Porto Alegre: Editora da UFRGS.
- Goes, E. F. e Nascimento, E. R. (2013). Mulheres negras e brancas e os níveis de acesso aos serviços preventivos de saúde: uma análise sobre as desigualdades. *Saúde em Debate*, Rio de Janeiro, v. 37, n. 99, p. 571-579. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/sdeb/a/kw9SwJT5SHMYty6dhTYvsGg/abstract/?lang=pt>.
- Gonzales, L. (2020). *Por um feminismo afro-latino-americano: ensaios, intervenções e diálogos*. In: Rios, F. e Lima, M. (org.). Rio de Janeiro: Zahar.
- Hooks, B. (2018). *O feminismo é para todo mundo: políticas arrebatadoras*. 1. ed. Rio de Janeiro: Rosa dos Tempos.
- Lakatos, E. M.; Marconi, M. A. (2003). *Fundamentos da Metodologia Científica*. 5a. ed. São Paulo: Atlas.
- Lévinas, E. (2000). *Totalidade e infinito: ensaio sobre a exterioridade*. Lisboa: Edições 70.
- Lévinas, E. (1993). *Humanismo do outro homem*. Petrópolis: Vozes.
- Lévinas, E. (1997). *Entre nós: ensaios sobre a alteridade*. Petrópolis: Vozes.
- Lévinas, E. (1988). *Ética e infinito*. Lisboa: Edições 70.
- Lévinas, E. (2003). *De outro modo que ser o más allá de la esencia*. Salamanca: Ediciones Sígueme.
- Martins, R. J. e Lepargneur, H. (2014). *Introdução a Lévinas: pensar a ética no século XXI*. São Paulo: Paulus.
- Organização das Nações Unidas (ONU). (2011). Convenção para Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher (CEDAW). *CEDAW/C/49/D/17/2008*. Alyne da Silva Pimentel Teixeira v. Brasil. Disponível em: https://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/CEDAW/Jurisprudence/CEDAW-C-49-D-17-2008_en.pdf.
- Reproductive Rights. (2014). *Caso de Alyne da Silva Pimentel Teixeira ("Alyne") v. Brasil*. Disponível em: https://reproductiverights.org/wp-content/uploads/2018/08/LAC_Alyne_Factsheet_Portuguese_10-24-14_FINAL.pdf.
- Ribeiro, D. (2019). *Pequeno Manual Antirracista*. Companhia das Letras.
- Ribeiro, L. M. (2015). *A subjetividade e o outro: ética da responsabilidade em Emmanuel Levinas*. São Paulo: Ideias & Letras.
- Sarlet, I. W. e Figueiredo, M. F. (2011). O Direito fundamental à proteção e promoção da saúde na ordem jurídico-constitucional: uma visão geral sobre o sistema (público e privado) de saúde no Brasil. In: Pereira, H. V. e Enzweiler, R. J. (Org.). *Curso de Direito Médico*. São Paulo: Conceito.

- Schwarcz, L. M. (2019). *Sobre o autoritarismo brasileiro*. São Paulo: Companhia das Letras.
- Sen, A. (2020). *Desenvolvimento como liberdade*. São Paulo: Companhia das Letras.
- Sturza, J. M. e Martini, S. R. (2020). As Fragilidades do Direito Humano à Saúde em tempos de sociedade cosmopolita: os paradoxos desvelados pela fraternidade. In: Sturza, J. M. e Nielsson, J. G. e Wermuth, M. A. D. *Biopolítica e direitos humanos: entre desigualdades e resistências*. Santa Cruz do Sul: Essere nel Mondo.
- Werneck, J. (2016). Racismo institucional e saúde da população negra. *Saúde Soc.* São Paulo, v. 25, n. 3, p. 535-549. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/sausoc/a/bJdS7R46GV7PB3wV54qW7vm/?lang=pt&format=html>.

Barreiras do acesso à saúde e vulnerabilidade da população trans: uma revisão integrativa de literatura

Barriers to access to health and vulnerability of the trans population: an integrative literature review

Débora de Jesus Barbosa¹; Emerson Fernando Rasera²;
Noelle Tavares Ferreira³; Flávia do Bonsucesso Teixeira⁴

DOI: [https://doi.org/10.37767/2591-3476\(2024\)07](https://doi.org/10.37767/2591-3476(2024)07)

Fecha de envío: 18.06.2023

Fecha de aceptación: 18.07.2023

RESUMO:

Introdução: Apesar dos avanços recentes, a população trans ainda enfrenta desafios ao pleno direito à saúde. **Objetivo:** Analisar as barreiras para o acesso da população trans aos serviços de saúde presentes na literatura. **Método:** Revisão integrativa, nas bases SciELO, PubMed e EMBASE, de artigos empíricos, publicados entre 1998 e 2022, em português, inglês e espanhol, realizados em países selecionados, com participantes de 18 a 65 anos. **Resultados:** 57 artigos selecionados e seis categorias de barreiras identificadas: ausência de políticas inclusivas; inadequação das redes de serviços; oferta dos serviços de saúde incompatível com as necessidades da população trans; falta de capacitação dos profissionais de saúde; transfobia nos serviços de saúde; e falta de informação e estigma no cuidado em saúde. **Conclusões:** Pessoas trans estão sujeitas à vulnerabilidade individual, social e programática. O predomínio de barreiras institucionais indica a necessidade de ações governamentais que garantam o direito à saúde dessa população.

RESUMEN:

Introducción: A pesar de los avances recientes, la población trans aún enfrenta desafíos

1 Residente no Programa de Atenção em Oncologia pelo Hospital de Clínicas da Universidade Federal de Uberlândia; graduada em Psicologia pela Universidade Federal de Uberlândia; debora.barbosa@ufu.br; ORCID: 0009-0008-9818-8772. Projeto de pesquisa financiado pelo Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico (CNPQ), processo nº 06/2022.

2 Professor Titular da Universidade Federal de Uberlândia e Docente do Programa de Pós-Graduação em Psicologia; emersonrasera@ufu.br; ORCID: 0000-0001-6289-2313.

3 Graduada em Psicologia pela Universidade Federal de Uberlândia; noelle.ferreira@ufu.br, ORCID: 0009-0004-0203-4842.

4 Professora Associada da Universidade Federal de Uberlândia (Faculdade de Medicina, Departamento de Saúde Coletiva) e docente do Programa de Pós-graduação em Saúde da Família; flavia.teixeira@ufu.br, ORCID: 0000-0001-5605-636X.

en su pleno derecho a la salud. **Objetivo:** Analizar las barreras de acceso de la población trans a los servicios de salud presentes en la literatura. **Método:** Revisión integrativa, en las bases de datos SciELO, PubMed y EMBASE, de artículos empíricos, publicados entre 1998 y 2022, en portugués, inglés y español, realizada en países seleccionados, con participantes entre 18 y 65 años. **Resultados:** 57 artículos seleccionados y seis categorías de barreras identificadas: falta de políticas inclusivas; insuficiencia de redes de servicios; oferta de servicios de salud incompatibles con las necesidades de la población trans; falta de formación de los profesionales de la salud; transfobia en los servicios de salud; y falta de información y estigma en la atención sanitaria. **Conclusiones:** Las personas trans están sujetas a vulnerabilidad individual, social y programática. El predominio de barreras institucionales indica la.

ABSTRACT

Introduction: Despite recent advances, the trans population still faces challenges to their full right to health. **Objective:** To analyze the barriers to access for the trans population to health services present in the literature. **Method:** Integrative review, in the SciELO, PubMed and EMBASE databases, of empirical articles, published between 1998 and 2022, in Portuguese, English and Spanish, carried out in selected countries, with participants aged 18 to 65 years. **Results:** 57 articles selected and six categories of barriers identified: lack of inclusive policies; inadequacy of service networks; provision of health services incompatible with the needs of the trans population; lack of training of health professionals; transphobia in health services; and lack of information and stigma in health care. **Conclusions:** Trans people are subject to individual, social and programmatic vulnerability. The predominance of institutional barriers indicates the need for government actions to guarantee the right to health of this population.

PALAVRAS-CHAVES: Transexualidade; Barreiras ao Acesso aos Cuidados de Saúde; Revisão; Vulnerabilidade em Saúde.

PALABRAS CLAVE: Transexualidad; Barreras de Acceso a los Servicios de Salud; Revisión; Vulnerabilidad en Salud.

KEY WORDS: Transsexualism; Barriers to Access of Health Services; Review; Health Vulnerability.

I. Introdução

Nas duas primeiras décadas do século XXI, a discussão sobre a transexualidade alcançou maior centralidade no campo da saúde, impulsionada também pela luta dos movimentos sociais no enfrentamento das iniquidades cotidianas demonstrando a necessidade social e histórica do aprofundamento da temática. Em conjunto com o interesse social, a construção de políticas públicas com ênfase nos marcadores sexuais e de gênero têm buscado assegurar à população LGBT os direitos básicos à saúde (Lima et al., 2020; Misokolci et al, 2022; Rocon et al., 2019a). Apesar disso, essa população ainda enfrenta inúmeras dificuldades e barreiras para acessar o sistema de saúde. Entre a população LGBT, as pessoas trans são o grupo mais afastado dos contextos de cuidados, enfrentando as maiores dificuldades em suas tentativas de acesso ao sistema de saúde (Santos, 2022).

Tais dificuldades podem ser explicadas, em parte, pela estruturação dos serviços de saúde cuja lógica cis-heteronormativa prevê a linearidade entre sexo, gênero e orientação

sexual. Sendo assim, quando uma pessoa trans adentra o sistema de saúde, pode ocorrer uma desestabilização dos padrões binários e cisnormativos que normalmente orientam as práticas em saúde (Gonçalves & Franco, 2019). Nesse cenário, ainda que existam algumas ações e políticas públicas com o objetivo de garantir a equidade em saúde, essas não se mostraram suficientes para assegurar à população trans um cuidado em saúde livre de preconceitos e discriminações (Depret et al., 2020).

Além disso, deve-se considerar que, apesar de a população trans possuir uma série de demandas específicas de saúde mental e física ligadas ao processo de transição, ela também possui demandas que estão para além da afirmação de gênero. Ou seja, pessoas trans e travestis buscam os serviços de saúde para atender necessidades de saúde e são impedidas de acessar esses cuidados, o que traz consequências diretas para a qualidade de vida dessa população (Santos et al., 2014; Stroumsa, 2014).

Apesar dos avanços crescentes das pesquisas, políticas públicas e serviços específicos para a população trans, ainda existem muitas dificuldades que precisam ser superadas. Considerando o contexto brasileiro, por exemplo, percebe-se que o país não possui linhas de cuidado para a saúde de pessoas trans, adotadas pelo Ministério da Saúde, para orientar a implementação de políticas públicas, diferentemente de outros países considerados como referências, como Espanha e Canadá, que dialogam com as orientações da World Professional Association for Transgender Health (WPATH) (Santos, 2022). A ausência de uma orientação centralizada produz muitos modos dos serviços organizarem seus fluxos e diferentes modos de ofertar cuidado para a população trans, modos esses que nem sempre são os mais adequados (Oliveira & Romanini, 2020; Miskolci & Pereira, 2022).

Levando em conta a experiência precária de acesso aos serviços de saúde generalistas e específicos por parte da população trans, mostra-se importante uma compreensão mais ampla e aprofundada acerca das barreiras que perpassam as experiências de acesso e acolhimento a essa população. Sendo assim, entender melhor os desafios e as dificuldades enfrentadas por pessoas trans e travestis, nos cenários internacional e nacional, pode ser uma ferramenta chave para o fortalecimento de políticas públicas já existentes, em especial a Política Nacional de Saúde Integral para a População LGBT (PNSI-LGBT) (Ferreira & Nascimento, 2022; Prado et al, 2022). Considerando a relevância desta temática, o objetivo desse estudo foi analisar as barreiras para o acesso da população trans aos serviços de saúde presentes na literatura.

II. Método

Visando atender ao objetivo do estudo, realizou-se uma revisão integrativa de literatura. A revisão integrativa consiste em um método com abordagem ampla e de alta complexidade, que busca entender a literatura relacionada a determinado fenômeno (Mendes, Silveira & Galvão, 2008; Souza, Silva & Carvalho, 2010). Ela envolve as etapas de: elaboração da pergunta norteadora, busca ou amostragem na literatura, coleta de dados, análise crítica dos estudos, discussão dos resultados e apresentação da revisão.

A revisão integrativa foi realizada em julho de 2022, por meio da busca nas bases de dados SciELO (Scientific Electronic Library Online Citation Index), EMBASE (Excerpta Medica DataBase) e MEDLINE/PubMed, as quais contemplam de forma abrangente e atualizada a literatura internacional da área da saúde, além de indexarem pesquisas da grande maioria dos países selecionados para o estudo. As buscas foram realizadas utilizando descritores (Mesh Terms) relacionados à transexualidade (Pessoas transgênero, Transexualidade e Disforia de gênero) e ao acesso à saúde (Serviços de Saúde, Barreiras ao Acesso aos

Cuidados de Saúde e Acesso aos Serviços de Saúde). A estratégia de busca foi construída com os descritores e seus respectivos termos alternativos e as buscas foram realizadas em inglês. Essa estratégia foi adaptada para as demais bases de dados, utilizando os termos correspondentes aos seus vocabulários controlados, quando este existia.

Foram definidos como critérios de inclusão dos artigos: a) publicados nos idiomas inglês, espanhol e português; b) que atendessem à temática da pesquisa; c) com data de publicação entre os anos de 1998 e 2022 (marco temporal correspondente ao processo histórico de criação e de implementação de políticas públicas de cuidados em saúde para a população trans no Brasil); d) realizados no Brasil, Canadá, EUA, Portugal, Argentina, Uruguai, Espanha, África do Sul ou Holanda (países que possuem linhas de cuidados/protocolos em saúde transespecífica ou possuem leis que favorecem esse cuidado); e) cuja população estudada compreendesse adultos entre 18 e 65 anos de idade; e f) que tivessem sido realizados única e exclusivamente com a população trans ou com profissionais que atendessem a ela. Por fim, foram incluídos estudos encontrados na literatura cinzenta (ou seja, trabalhos encontrados na lista de referências dos artigos incluídos na revisão) que se encaixassem nos critérios de elegibilidade, abrangendo publicações que não foram encontradas apenas pelas estratégias de busca utilizadas.

Quanto aos critérios de exclusão, foram excluídos da pesquisa trabalhos não publicados no formato de artigos científicos, trabalhos não disponíveis gratuitamente na internet, estudos teóricos e artigos de revisão. Em relação aos dois últimos critérios de exclusão, decidiu-se por incluir na pesquisa apenas estudos primários e empíricos, a fim de acessar diretamente as experiências de pacientes e profissionais da saúde acerca das barreiras enfrentadas no acesso aos serviços de saúde.

A partir das buscas realizadas nas bases de dados, foram encontrados 599 estudos e, a partir da busca manual por literatura cinzenta, outros 43 estudos foram identificados, somando um total de 642 estudos. Após a exclusão dos estudos duplicados, esse número reduziu para 638 estudos, os quais passaram pelo processo de triagem. Esse processo consistiu na leitura feita por uma dupla de revisores, de forma independente, do título e do resumo de todos os estudos, a fim de identificar se eles se enquadravam nos critérios de inclusão previamente estabelecidos. Diante de discordâncias sobre a inclusão de estudos, um terceiro revisor era convocado para a análise e deliberava sobre a decisão. Dessa análise, 542 artigos foram excluídos. Dessa forma, 95 artigos foram incluídos para a leitura na íntegra. Concluída essa etapa, e seguindo os critérios de exclusão previstos, 57 artigos foram efetivamente incluídos na revisão (Figura 01). Para a extração dos dados dos artigos incluídos, foi elaborada uma ficha padrão no programa Microsoft Excel 365. A ficha contava com 6 colunas: referência do artigo, país de publicação, objetivos, população, metodologia, e barreiras identificadas no acesso e acolhimento à saúde da população trans.

Na análise dos dados, foi utilizado o método de análise de conteúdo proposto por Bardin (2011). Tal metodologia compreende três etapas fundamentais: a pré-análise, fase de organização dos dados, em que se tem um primeiro contato com o material e se seleciona os documentos; na segunda etapa ocorre a exploração do material que é sistematizado e estabelecida a unidade de registro, demarcando núcleos de sentido e categorias; e a última que corresponde ao tratamento dos resultados, na qual os dados são analisados e agrupados, construindo interpretações significativas e articuladas ao escopo teórico do estudo (Bardin, 2011).

Através da análise de conteúdo, foram produzidas categorias e subcategorias acerca das

barreiras identificadas. As categorias de codificação emergiram da própria análise de dados, sendo realizada por meio da aproximação daquelas barreiras que tratavam de temas similares. As subcategorias foram primeiramente construídas e, depois de agrupadas por similaridade, as categorias maiores emergiram. A categorização foi realizada por meio de uma dupla de revisores de forma independente, sendo que casos de dúvidas ou discordâncias foram resolvidas por um terceiro revisor, que deliberou sobre a decisão.

III. Resultados

Nesta seção serão apresentados os principais achados da revisão. Para isso, ela será dividida em duas partes: a primeira visando contextualizar as características amostrais e metodológicas dos estudos incluídos; e a segunda apresentando a classificação das barreiras identificadas na pesquisa.

1. Características amostrais e metodológicas dos estudos incluídos

Em relação à população estudada, um total de 38648 participantes trans compuseram as amostras dos estudos incluídos⁵. A grande diversidade de nomenclaturas utilizadas pelos autores para descrever identidades de gênero, raça e orientação sexual dificultou a comparação das características amostrais entre os estudos. Além disso, alguns artigos possibilitavam mais de uma resposta aos quesitos sobre identidades de gênero, orientações sexuais e identidades étnico-raciais ocasionando um número total contabilizado nas porcentagens diferente do número total geral de participantes (Tabela 1). A análise demonstra que houve a predominância de participantes brancos, identificados dentro do espectro da feminilidade, com expressões que desafiam o binarismo de gênero, e com um elevado grau de escolaridade.

Em relação aos profissionais que trabalhavam com esta população, foram incluídos 437 profissionais estudados. Alguns artigos apresentaram profissionais que exerciam mais de uma atuação profissional e apresentaram a eles a possibilidade de se identificar com mais de uma identidade de gênero e, por isso, as porcentagens podem não corresponder ao total de profissionais estudados (Tabela 02). A análise demonstra que mais da metade da amostra era composta por profissionais da saúde, com uma presença marcante de trabalhadores da área do serviço social. Além disso, a amostra era composta majoritariamente por pessoas não-brancas, heterossexuais e identificadas dentro do espectro da feminilidade. Nela, 14,87% (n = 65) da amostra se identificou dentro da comunidade LGBTQIA+, indicando que os serviços de saúde têm incorporado profissionais dessa comunidade, o que tem sido reivindicado na literatura como potencial para a aproximação entre profissionais e população trans (Costa-Val & Deslandes, 2022).

Em relação aos tipos de estudos incluídos, foi realizada uma análise acerca da abordagem, do método de coleta de dados e do método de análise de resultados. Em relação à abordagem, 27 estudos eram qualitativos, 26 eram quantitativos e 4 apresentavam uma abordagem mista (quantitativos e qualitativos). Quanto ao método de coleta de dados, observa-se que: 21 artigos realizaram entrevistas semiestruturadas (Maiorana et al., 2021; Melendez et al., 2009); 10 realizaram grupos focais (Rael et al., 2018; Wilson et al., 2019); 2 realizaram observação de campo/observação participante (Monteiro & Brigeiro., 2019; Tagliamento et al., 2016); 30 utilizaram questionários (Sevelius et al., 2020; Wilson et al., 2015); 4 utilizaram testes e escalas padronizadas (Jalil et al., 2018; Reisner et al., 2010); e

⁵ Este número corresponde ao total de participantes de 53 artigos, uma vez que 4 artigos tiveram suas amostras não contabilizadas. Isso ocorreu porque tais artigos se caracterizavam como estudos secundários de pesquisas maiores e suas amostras apresentavam uma grande sobreposição com outros artigos advindos dos mesmos estudos. Devido a isso, optou-se por considerar os estudos com recortes de amostras maiores a fim de não contabilizar mais de uma vez um mesmo grupo.

4 realizaram algum teste de HIV e/ou outras IST (Sevelius et al., 2021; Wilson et al., 2022).

Em relação à metodologia de análise de dados, observa-se que: 14 artigos realizaram análise de conteúdo/análise temática (Lacombe-Duncan et al., 2021; Nieto et al., 2021); 13 realizaram codificação temática de uma forma não sistematizada (Du Mont et al., 2020; Luvuno et al., 2019); 3 se utilizaram da teoria fundamentada emergente (Loo et al., 2021; Snelgrove, 2012); 1 utilizou o método “*framework analysis*” (Maiorana et al., 2021); 1 realizou uma análise etnográfica (Tagliamento et al., 2016); 25 realizaram análises estatísticas complexas (regressões logísticas, análises bivariadas, Testes Q², entre outros) (Kattari et al., 2021; Shires et al., 2018); e 13 realizaram análises estatísticas simples (média, moda, mediana e frequência)/análises descritivas (Lelutiu-Weinberger et al., 2016; Reback et al., 2021). Metodologicamente, há um certo equilíbrio entre perspectivas, instrumentos e métodos de análise quantitativos e qualitativos, revelando um campo de pesquisa rico e diversificado.

2. Classificação das barreiras identificadas

Os 57 artigos foram lidos na íntegra e, a partir do preenchimento da ficha para extração dos dados, os dados referentes às “barreiras identificadas” foram analisados. Dessa análise, resultaram 210 unidades de registros, as quais foram agrupadas em seis categorias e diversas subcategorias (Tabela 03).

A. Falta de informação e estigma no cuidado em saúde

Essa categoria se refere a uma série de perspectivas individuais (como informações, percepções, crenças e atitudes) que interferem na relação dos usuários com o serviço de saúde. Dessa forma, a categoria inclui: desconhecimentos, preocupações e estigmas relacionados ao HIV e à PrEP (18 estudos) (Bass et al., 2022; Rael et al., 2018); percepções de risco, cuidado e estigma relacionado ao HIV (16 estudos) (Nieto et al., 2021; Reisner et al., 2021); e ausência de informação e identificação sobre questões de saúde transespecífica (8 estudos) (Bockting et al., 2020; Snelgrove et al., 2012).

B. Transfobia nos serviços de saúde

Esta categoria trata de experiências negativas vivenciadas pela população trans em suas tentativas de acesso aos serviços de saúde, sendo que, de modo geral, essas experiências negativas ocorriam em razão da identidade de gênero ou por preconceitos/estereótipos relacionados aos cuidados ao HIV. Assim, a categoria engloba vivências de estigma e discriminação nos serviços de saúde e nos cuidados ao HIV (32 estudos) (Jaffee et al., 2016; Mendiola et al., 2020), desconfiança e medo de profissionais da saúde (14 estudos) (D’avanzo et al., 2019; Leite et al., 2021), não utilização do nome social (8 estudos) (Allison et al., 2021; Sevelius et al., 2019), cuidados inadequados e recusas de atendimentos (8 estudos) (Hines et al., 2019; Hoffkling et al., 2017) e desencorajamento e invalidação das identidades trans pelos profissionais da saúde (6 estudos) (Costa et al., 2018a; Lyons et al., 2016).

C. Falta de capacitação dos profissionais de saúde

Esta categoria trata de profissionais com capacitações deficitárias ou ausentes acerca de questões de saúde transespecífica, impactando na qualidade dos atendimentos recebidos pela população trans. Assim, a categoria inclui as insuficiências da formação profissional (23 estudos) (Cruz et al., 2014; Nemoto et al., 2015), as consequências negativas da falta de competência cultural, conceito que diz respeito à capacidade de os profissionais realizarem um cuidado efetivo e compreensivo por meio do respeito às percepções, crenças e costumes culturais dos usuários (5 estudos) (Hoffkling et al., 2017; Radix et al., 2014) e o desinteresse por parte dos profissionais em aprender so-

bre saúde transespecífica (3 estudos) (Bauer et al., 2009; Caravaca-Morera et al., 2017).

D. Ausência de políticas inclusivas

Esta categoria trata de políticas públicas que se mostram insuficientes para a inclusão e proteção efetiva da população trans, assim como de limites socioeconômicos que interferem no acesso aos cuidados em saúde. Dessa forma, a categoria abarca a ausência de políticas públicas inclusivas e eficazes (4 estudos) (Goldenberg et al., 2020; Scheim & Travers, 2017), o baixo acesso aos planos de saúde e os custos elevados dos tratamentos (12 estudos) (Costa et al., 2021; Rosen et al., 2019), a patologização de identidades trans (2 estudos) (Caravaca-Morera et al., 2017; Sousa & Iriart, 2018) e seu apagamento em campanhas de saúde (2 estudos) (Rael et al., 2018; Radix et al., 2014). Em relação às questões socioeconômicas, a categoria abarca também as vulnerabilidades econômicas e sociais que definem questões concorrentes ao cuidado em saúde para pessoas trans e travestis (7 estudos) (Reback et al., 2018; Jalil et al., 2017; Socías et al., 2014).

E. Inadequação das redes de serviços

Esta categoria diz respeito às barreiras macrosociais relacionadas à estruturação dos serviços de saúde de forma geral. Assim, dentre as barreiras encontram-se o baixo acesso/disponibilidade e a sobrecarga dos serviços de saúde (9 estudos) (Bradford et al., 2013; Johnson et al., 2020), a burocracia elevada e as longas filas de espera (5 estudos) (Bockting et al., 2020; Monteiro & Brigeiro, 2019), a falta de meio de transporte adequado e seguro para acessar aos serviços (4 estudos) (Van Gerwen et al., 2022; Wilson et al., 2013) e a localização inadequada/centralização de serviços transespecíficos (5 estudos) (Bauer et al., 2009; Munro et al., 2017).

F. Oferta dos serviços de saúde incompatível com as necessidades da população trans

Esta categoria diz respeito a operacionalização dos serviços de saúde, que impedem ou dificultam o acesso a cuidados integrais e especializados. Entre as dificuldades, incluem-se a inadequação do horário de funcionamento dos serviços de saúde (3 estudos) (Bockting et al., 2020; Ogunbajo et al., 2021), dos formulários de atendimentos (8 estudos) (Costa et al., 2018b; Loo et al., 2021), da estrutura física generificada dos serviços (5 estudos) (Van Gerwen et al., 2022; Monteiro & Brigeiro., 2019) e os desafios para a confidencialidade dos serviços relacionados ao HIV (3 estudos) (Costa et al., 2021; Hines et al., 2017).

Conforme demonstrado na tabela 03, analisando-se cada categoria isoladamente, percebe-se que a categoria “transfobia nos serviços de saúde” é citada com uma frequência total de 68 vezes e que a categoria “falta de informação e estigma no cuidado em saúde” foi identificada com uma frequência total de 42 vezes. Assim, são significativas as barreiras relacionadas aos preconceitos vivenciados cotidianamente por pessoas trans nos serviços de saúde, aos estigmas experimentados e à desinformação sobre os processos de cuidados em saúde. Essas barreiras sinalizam que, mesmo diante dos avanços em discussões e políticas públicas, as experiências de cuidado em saúde para a população trans ainda são marcadas por preconceitos, estereótipos e estigmas.

Analisando a tabela 03, percebe-se que o HIV e a PrEP são temas acionados em quase todas as categorias, seja em relação às dificuldades para acessar os cuidados e medidas de prevenção da doença ou relacionado aos estigmas e preconceitos que

permeiam tal condição de saúde. Esse resultado sugere que as pesquisas estão centradas na temática ou o acesso a essas populações, para realização de pesquisas, permanece atrelado à prevenção e controle do HIV/Aids, convidando à reflexão sobre o pouco acesso/oferta de cuidado para a população trans em outros cenários dos sistemas de saúde (McCartney et al., 2024).

IV. Discussão

As barreiras identificadas nos estudos apontam o desafio do acesso e da qualidade da oferta de cuidado para a população trans nos sistemas de saúde, independente do modelo de financiamento, uma vez que as pesquisas foram realizadas em países com sistemas de saúde com modelo universal como Brasil, Espanha, Portugal e Canadá, sistema eminentemente privado como nos EUA, ou mistos como Holanda, Argentina, Uruguai e África do Sul, o que sugere que pessoas trans e travestis são posicionadas e permanecem ocupando um lugar de vulnerabilidade.

A vulnerabilidade diz respeito a um conjunto de aspectos individuais, sociais e coletivos que acarretam e estão relacionados a uma maior suscetibilidade de indivíduos ou grupos populacionais a uma doença ou agravo e a uma menor disponibilidade de recursos para que esses indivíduos e grupos consigam se proteger do adoecimento (Ayres, 2009; Ayres et al., 2012). A análise da vulnerabilidade integra três dimensões interdependentes e inseparáveis, sendo elas as dimensões individual, social e programática (Miranda et al., 2022).

A dimensão individual da vulnerabilidade engloba as possibilidades de que qualquer indivíduo possa experimentar um processo de adoecimento devido a características pessoais que podem contribuir para que ele se exponha a uma determinada doença ou se proteja dela (Ayres, 2009; Ayres et al., 2012). Considerando as barreiras identificadas, pode-se inferir que a categoria “falta de informação e estigma no cuidado em saúde” atuaria, especialmente, na dimensão individual da vulnerabilidade, uma vez que poderiam contribuir para que pessoas trans e travestis tenham menos práticas de cuidado e proteção e, portanto, maiores chances de se expor ao HIV ou de agravarem seus quadros de saúde (Bassichetto, et al., 2023). No entanto, a frequência elevada da categoria “falta de informação e estigma no cuidado em saúde” pode indicar o imbricamento da dimensão individual da vulnerabilidade com as dimensões social e programática. A dificuldade de acessar informações e a reiteração de conhecimentos e práticas associados ao estigma, tipicamente, estão associadas à fragilidade de ações de educação e informação em saúde, tanto quando pensada no espaço da educação formal (Machin et al., 2022) quanto da educação em saúde (Teixeira et al., 2020).

A dimensão social ou coletiva da vulnerabilidade compreende os fatores contextuais que definem e dão forma à vulnerabilidade individual. A dimensão social engloba aspectos como acesso à saúde integral, cultura, trabalho, meios de comunicação, educação, lazer, disponibilidade de recursos materiais, estigmas, discriminações, relações raciais, de gênero, entre outros (Ayres, 2009; Ayres et al., 2012). Barreiras como as identificadas na categoria “transfobia nos serviços de saúde” podem ser alocadas na dimensão social da vulnerabilidade. As experiências de discriminação e estigma vivenciadas por pessoas trans nos serviços de saúde devido à transfobia, afasta e exclui a população trans desses serviços (Duarte & Rocon, 2022; Eisenberg et al., 2020)

A recorrência da categoria “transfobia nos serviços de saúde” alerta para a necessidade de um alinhamento transnacional para garantir a proteção e o respeito às identidades trans, compreendendo que aspectos aparentemente burocráticos estão enraizados

estruturalmente em modos de funcionamento institucional e operam para produzir os dispositivos de poder que modulam quais vidas merecem ser cuidadas (Bento, 2017; Caravaca-Morera & Padilha, 2018). Os serviços de saúde são engrenagens dessas maquinarias de poder e desempenham função de demarcar o lugar de abjeção da população trans potencializando a sua vulnerabilidade, conflitando com o reconhecimento de que a identidade de gênero compõe os Determinantes Sociais da Saúde e deve ser considerada na abordagem das vulnerabilidades (Galvão et al., 2021).

Por fim, a dimensão programática da vulnerabilidade diz respeito às formas que os governos protegem e promovem o direito à saúde, englobando a definição, o planejamento e a avaliação de políticas públicas, a organização do setor da saúde, a qualidade dos serviços, a preparação técnico-científica (qualificação) dos profissionais, entre outros aspectos (Ayres et al., 2012; Miranda et al., 2022; Santos, 2022). Nessa dimensão, podem ser incluídas quatro das seis categorias de barreiras identificadas: “falta de capacitação dos profissionais de saúde”, “ausência de políticas inclusivas”, “inadequação das redes de serviços” e “oferta dos serviços de saúde incompatível com as necessidades da população trans”. Perante a análise realizada, observa-se uma predominância de barreiras que se enquadram na dimensão programática da vulnerabilidade, com quase metade do total de barreiras identificadas (100). Essas categorias sugerem a necessidade de adoção e implementação de políticas públicas para a população trans de forma ampla e abrangente. Países com políticas mais protetoras têm melhor resultado e possibilitam que pessoas trans e travestis se sintam seguras ao acessar cuidados em saúde (Goldenberg et al., 2020; Vieira et al., 2019).

V. Considerações finais

O presente estudo analisou as barreiras identificadas, na literatura brasileira e internacional, para o acesso e o acolhimento em saúde para a população trans nos serviços de saúde. Foi observado que a maior parte dos estudos apontam barreiras estruturais, trazendo a relevância dos aspectos relacionados à dimensão programática da vulnerabilidade. A predominância desse tipo de vulnerabilidade sugere a necessidade de ações de governo que instituem, ampliem e fortaleçam as políticas públicas de saúde orientadas pelas diretrizes da Organização Mundial da Saúde que definem a identidade de gênero como marcador estruturante e reconhecem seu efeito no posicionamento desigual das pessoas trans em seu processo de saúde-adoecimento e cuidado.

Em relação aos limites da pesquisa, nesta revisão foram incluídos apenas artigos empíricos indexados nas bases de dados pesquisadas, deixando de incorporar material potencialmente útil disponível em outros formatos e bases. Alguns artigos analisados resultaram de pesquisas primárias maiores com sobreposição de estudos secundários, demandando esforço na caracterização dos participantes para evitar repetições. Em vários estudos, a faixa etária de sua população não estava delimitada por ciclos de vida ou estágios (por exemplo, estudos que informavam a população como maiores de 18 anos) e dado o grande contingente de estudos sem essa especificação, optou-se por incluí-los na pesquisa a fim de evitar a perda de dados importantes.

Apesar das limitações apontadas, a revisão, ao sistematizar as principais barreiras, posicionando-as na esfera da vulnerabilidade programática, a qual é cotidianamente materializada na transfobia institucional, alerta os países para a necessidade de estruturação de políticas públicas eficazes, pois é o Estado que deve atuar como autoridade sanitária, inclusive para formulação de políticas de educação continuada dos trabalhadores.

Referências

- Allison, M. K., Marshall, S. A., Stewart, G., Joiner, M., Nash, C., & Stewart, M. K. (2021). Experiences of transgender and gender nonbinary patients in the emergency department and recommendations for health care policy, education, and practice. *The Journal of emergency medicine*, 61(4), 396-405. <https://doi.org/10.1016/j.jemermed.2021.04.013>.
- Ayres, J. R. C. M. (2009). Prevenção de agravos, promoção da saúde e redução de vulnerabilidade. In Martin M. A., Carrilho F. T., Alves V. A. F., Castilho E. A., Cerri G. G., Wen C. C. (Eds). *Clínica Médica, vol 1*. (págs. 436-454). Manole.
- Ayres J. R. C. M., Calazans, G. J., Filho, H. C. S., & Júnior, I. F. (2012). Risco, vulnerabilidade e práticas de prevenção e promoção da saúde. In: Campos G. W. S., Minayo M. C. S., Akerman M., Drumont Júnior M., Carvalho Y. M. (Orgs). *Tratado de saúde coletiva* (págs. 375-417). Hucitec.
- Bardin, L. (2011). *Análise de conteúdo*. Edições 70.
- Bass, S. B., Kelly, P. J., Brajuha, J., Gutierrez-Mock, L., Koester, K., D'Avanzo, P., & Sevelius, J. (2022). Exploring barriers and facilitators to PrEP use among transgender women in two urban areas: implications for messaging and communication. *BMC public health*, 22(1), 1-10. <https://doi.org/10.1186/s12889-021-12425-w>.
- Bassichetto, K. C., Saggese, G. S. R., Maschião, L. F., Carvalho, P. G. C. D., Gilmore, H., Sevelius, J., Lippman, S. A. & Veras, M. A. D. S. M. (2023). Fatores associados à retenção de travestis e mulheres trans vivendo com HIV em uma intervenção com navegação de pares em São Paulo, Brasil. *Cadernos de Saúde Pública*, 39(4), e00147522. <https://doi.org/10.1590/0102-311XPT147522>.
- Bauer, G. R., Hammond, R., Travers, R., Kaay, M., Hohenadel, K. M., & Boyce, M. (2009). "I don't think this is theoretical; this is our lives": how erasure impacts health care for transgender people. *Journal of the Association of Nurses in AIDS Care*, 20(5), 348-361. <https://doi.org/10.1016/j.jana.2009.07.004>.
- Bento, B. (2017). *A reinvenção do corpo: sexualidade e gênero na experiência transexual*. Devires.
- Bradford, J., Reisner, S. L., Honnold, J. A., & Xavier, J. (2013). Experiences of transgender-related discrimination and implications for health: results from the Virginia Transgender Health Initiative Study. *American journal of public health*, 103(10), 1820-1829. <https://doi.org/10.2105/AJPH.2012.300796>.
- Bockting, W., MacCrate, C., Israel, H., Mantell, J. E., & Remien, R. H. (2020). Engagement and retention in HIV care for transgender women: perspectives of medical and social service providers in New York City. *AIDS Patient Care and STDs*, 34(1), 16-26. <https://doi.org/10.1089/apc.2019.0067>.
- Caravaca-Morera, J. A., Bennington, M., Williams, C., Mackinnon, K., & Ross, L. E. (2017). Contemporalis homo sacer: obstáculos para acceder a los servicios de salud para las poblaciones trans. *Texto & Contexto-Enfermagem*, 26(3), e3710016. <https://doi.org/10.1590/0104-07072017003710016>.
- Caravaca-Morera, J. A., & Padilha, M. I. (2018). Necropolítica trans: diálogos sobre dispositivos de poder, morte e invisibilização na contemporaneidade. *Texto & Contexto-Enfermagem*, 27(2), e3770017. <https://doi.org/10.1590/0104-07072018003770017>.
- Costa, A. B., da Rosa Filho, H. T., Pase, P. F., Fontanari, A. M. V., Catelan, R. F., Mueller, A., Cardoso, D., Soll, B., Schwars, K., Schneider, M. A., Gagliotti, D. A. M., Saadeh, A., Lobato, M. I. R., Nardi, H. C., & Koller, S. H. (2018a). Healthcare needs of and access barriers for Brazilian transgender and gender diverse people. *Journal of immigrant and minority health*, 20, 115-123. <https://doi.org/10.1007/s10903-016-0527-7>.
- Costa, A. B., Fontanari, A. M. V., Catelan, R. F., Schwarz, K., Stucky, J. L., da Rosa Filho, H. T., ... & Koller, S. H. (2018b). HIV-related healthcare needs and access barriers for Brazilian transgender and gender diverse people. *AIDS and Behavior*, 22, 2534-2542. <https://doi.org/10.1007/s10461-017-2021-1>.

- Costa, M. C., McFarland, W., Wilson, E. C., Xie, H., Arayasirikul, S., Moura, F. D., & Veras, M. A. (2021). Prevalence and Correlates of Nonprescription Hormone Use Among Trans Women in São Paulo, Brazil. *LGBT health*, 8(2), 162-166. <https://doi.org/10.1089/lgbt.2020.0059>.
- Costa-Val, A., & Deslandes, K. (Orgs.) (2022). *Cuidados que transformam: Aprendizagens na atenção à saúde de pessoas trans e travestis em Minas Gerais*. Autêntica Editora.
- Cruz, T. M. (2014). Assessing access to care for transgender and gender nonconforming people: a consideration of diversity in combating discrimination. *Social science & medicine*, 110, 65-73. <https://doi.org/10.1016/j.socscimed.2014.03.032>.
- D'Avanzo, P. A., Bass, S. B., Brajuha, J., Gutierrez-Mock, L., Ventriglia, N., Wellington, C., & Sevelius, J. (2019). Medical mistrust and PrEP perceptions among transgender women: a cluster analysis. *Behavioral Medicine*, 45(2), 143-152. <https://doi.org/10.1080/08964289.2019.1585325>.
- Depret, D., Neto, M., Acioli, S., Cabral, I. E., Caravaca-Morera, J., & Rafael, R. D. M. R. (2020). Acesso de travestis e mulheres transexuais a serviços de Atenção Primária à Saúde: revisão integrativa de literatura. *Research, Society and Development*, 9(10), e2149108595. <https://doi.org/10.33448/rsd-v9i10.8595>.
- Duarte M. J. O., Rocon P. C. (Orgs.) (2022). *Dez anos da Política Nacional de Saúde Integral LGBT: Análises e perspectivas interseccionais e transdisciplinares para a formação e o trabalho em saúde*. Devires.
- Du Mont, J., Hemalal, S., Kosa, S. D., Cameron, L., & Macdonald, S. (2020). The promise of an intersectoral network in enhancing the response to transgender survivors of sexual assault. *PLoS one*, 15(11), e0241563. <https://doi.org/10.1371/journal.pone.0241563>.
- Eisenberg, M. E., McMorris, B. J., Rider, G. N., Gower, A. L., & Coleman, E. (2020). "It's kind of hard to go to the doctor's office if you're hated there." A call for gender affirming care from transgender and gender diverse adolescents in the United States. *Health & social care in the community*, 28(3), 1082-1089. <https://doi.org/10.1111/hsc.12941>.
- Ferreira, B. D. O., & Nascimento, M. (2022). A construção de políticas de saúde para as populações LGBT no Brasil: perspectivas históricas e desafios contemporâneos. *Ciência & Saúde Coletiva*, 27(10), 3825-3834. <https://doi.org/10.1590/1413-81232022710.06422022>.
- Galvão, A. L. M., Oliveira, E., Germani, A. C. C. G., & Luiz, O. D. C. (2021). Determinantes estruturais da saúde, raça, gênero e classe social: uma revisão de escopo. *Saúde e Sociedade*, 30(2), e200743. <https://doi.org/10.1590/S0104-12902021200743>.
- Goldenberg, T., Reisner, S. L., Harper, G. W., Gamarel, K. E., & Stephenson, R. (2020). State policies and healthcare use among transgender people in the US. *American journal of preventive medicine*, 59(2), 247-259. <https://doi.org/10.1016/j.amepre.2020.01.030>.
- Gomes, S. M., & Noro, L. R. A. (2021). Competências para o cuidado em saúde de lésbicas, gays, bissexuais, travestis e transexuais: desenvolvimento e validação de instrumento avaliativo. *Saúde e Sociedade*, 30(4), e190829. doi: 10.1590/S0104-12902021190829.
- Gonçalves, M. V. G. D. S., & Franco, N. (2019). Olhares e abordagens sobre crianças trans. *J. Health NPEPS*, 4(2), 405-422. <https://doi.org/10.30681/252610103870>.
- Henriquez, N. R., & Ahmad, N. (2021). "The message is you don't exist": Exploring lived experiences of rural lesbian, gay, bisexual, transgender, queer/questioning (LGBTQ) people utilizing health care services. *SAGE Open Nursing*, 7, 1-10. <https://doi.org/10.1177/23779608211051174>.
- Hines, D. D., Draucker, C. B., & Habermann, B. (2017). HIV testing and entry to care among trans women in Indiana. *Journal of the Association of Nurses in AIDS Care*, 28(5), 723-736. <https://doi.org/10.1016/j.jana.2017.05.003>.
- Hines, D. D., Laury, E. R., & Habermann, B. (2019). They just don't get me: A qualitative analysis of transgender women's health care experiences and clinician interactions. *The Journal of the Association of Nurses in AIDS Care*, 30(5), e82-e85. <https://doi.org/10.1097/JNC.000000000000023>.

- Hoffkling, A., Obedin-Maliver, J., & Sevelius, J. (2017). From erasure to opportunity: a qualitative study of the experiences of transgender men around pregnancy and recommendations for providers. *BMC pregnancy and childbirth*, 17(2), 1-14. doi: <https://doi.org/10.1186/s12884-017-1491-5>.
- Jaffee, K. D., Shires, D. A., & Stroumsa, D. (2016). Discrimination and delayed health care among transgender women and men. *Medical Care*, 54(11), 1010-1016. <https://doi.org/10.1097/MLR.0000000000000583>.
- Jalil, E. M., Grinsztejn, B., Velasque, L., Makkeda, A. R., Luz, P. M., Moreira, R. I., Kamel, L., Fernandes, N. M., Ferreira, A. C. G., Hoagland, B., Wagner, S., Liu, A., McFarland, W., Buchbinder, S., Veloso, V. G., Wilson, E., & Transcender Study Team. (2018). Awareness, willingness and PrEP eligibility among transgender women in Rio de Janeiro, Brazil. *Journal of acquired immune deficiency syndromes (1999)*, 79(4), 445-452. <https://doi.org/10.1097/QAI.0000000000001839>.
- Jalil, E. M., Wilson, E. C., Luz, P. M., Velasque, L., Moreira, R. I., Castro, C. V., Monteiro, L., Garcia, A. C. F., Cardoso, S. W., Coelho, L. E., McFarland, W., Liu, A. Y., Veloso, V. G., Buchbinder, S., & Grinsztejn, B. (2017). HIV testing and the care continuum among transgender women: population estimates from Rio de Janeiro, Brazil. *Journal of the International AIDS Society*, 20(1), 21873. <https://doi.org/10.1097/QAI.0000000000001839>.
- Johnson, A. H., Hill, I., Beach-Ferrara, J., Rogers, B. A., & Bradford, A. (2020). Common barriers to healthcare for transgender people in the US Southeast. *International Journal of Transgender Health*, 21(1), 70-78. <https://doi.org/10.1080/15532739.2019.1700203>.
- Joudeh, L., Harris, O. O., Johnstone, E., Heavner-Sullivan, S., & Propst, S. K. (2021). "Little red flags": barriers to accessing health care as a sexual or gender minority individual in the rural Southern United States—a qualitative intersectional approach. *The Journal of the Association of Nurses in AIDS Care: JANAC*, 32(4), 467-480. <https://doi.org/10.1097/JNC.0000000000000271>.
- Kattari, S. K., Call, J., Holloway, B. T., Kattari, L., & Seelman, K. L. (2021). Exploring the experiences of transgender and gender diverse adults in accessing a trans knowledgeable primary care physician. *International Journal of Environmental Research and Public Health*, 18(24), 13057. <https://doi.org/10.3390/ijerph182413057>.
- Lacombe-Duncan, A., Logie, C. H., Persad, Y., Leblanc, G., Nation, K., Kia, H., Scheim, A. I., Lyons, T., Horemans, C., Olawale, R., & Loutfy, M. (2021). Implementation and evaluation of the Transgender Education for Affirmative and Competent HIV and Healthcare (TEACHH) provider education pilot. *BMC Medical Education*, 21, 1-14. <https://doi.org/10.1186/s12909-021-02991-3>.
- Leite, B. O., de Medeiros, D. S., Magno, L., Bastos, F. I., Coutinho, C., de Brito, A. M., Cavalcante, M. S., & Dourado, I. (2021). Association between gender-based discrimination and medical visits and HIV testing in a large sample of transgender women in northeast Brazil. *International Journal for Equity in Health*, 20(1), 1-11. <https://doi.org/10.1186/s12939-021-01541-z>.
- Lelutiu-Weinberger, C., Pollard-Thomas, P., Pagano, W., Levitt, N., Lopez, E. I., Golub, S. A., & Radix, A. E. (2016). Implementation and evaluation of a pilot training to improve transgender competency among medical staff in an urban clinic. *Transgender Health*, 1(1), 45-53. <https://doi.org/10.1089/trgh.2015.0009>.
- Lima, R. R. T. D., Flor, T. B. M., Araújo, P. H. D., & Noro, L. R. A. (2020). Análise bibliométrica de teses e dissertações brasileiras sobre travestilidade, transexualidade e saúde. *Trabalho, Educação e Saúde*, 18(3), e00301133. <https://doi.org/10.1590/1981-7746-sol00301>.
- Loo, S., Almazan, A. N., Vedilago, V., Stott, B., Reisner, S. L., & Keuroghlian, A. S. (2021). Understanding community member and health care professional perspectives on gender-affirming care — A qualitative study. *PloS one*, 16(8), e0255568. <https://doi.org/10.1371/journal.pone.0255568>.

- Luvuno, Z. P., Ncama, B., & Mchunu, G. (2019). Transgender population's experiences with regard to accessing reproductive health care in Kwazulu-Natal, South Africa: A qualitative study. *African Journal of Primary Health Care & Family Medicine*, 11(1), 1-9. <http://dx.doi.org/10.4102/phcfm.v11i1.1933>.
- Lyons, T., Krüsi, A., Pierre, L., Smith, A., Small, W., & Shannon, K. (2016). Experiences of trans women and two-spirit persons accessing women-specific health and housing services in a downtown neighborhood of Vancouver, Canada. *LGBT health*, 3(5), 373-378. <https://doi.org/10.1089/lgbt.2016.0060>.
- Machin, R., Paulino, D. B., Pontes, J. C. D., & Rodrigues, R. R. N. (2022). Diversidade e diferença: desafios para a formação dos profissionais de saúde. *Ciência & Saúde Coletiva*, 27(10), 3797-3806. <https://doi.org/10.1590/1413-812320222710.07332022>.
- Maiorana, A., Sevelius, J., Keatley, J., & Rebhook, G. (2021). "She is like a sister to me." Gender-affirming services and relationships are key to the implementation of HIV care engagement interventions with transgender women of color. *AIDS and Behavior*, 25(1), 72-83. <https://doi.org/10.1007/s10461-020-02777-6>.
- McCartney, D. J., Bassichetto, K. C., Leal, A. F., Knauth, D., Dourado, I., Magno, L., Silva, R. J. S., Mayuad, P. M. D. & Veras, M. A. (2024). Acceptability and Usability of Self-Sampling for the Detection of Sexually Transmitted Infections Among Transgender Women: The TransOdara Multicentric Study in Brazil. *Sexually Transmitted Diseases*, 51(4), 276-282. <https://doi.org/10.1097/OLQ.0000000000001924>.
- Melendez, R. M., & Pinto, R. M. (2009). HIV prevention and primary care for transgender women in a community-based clinic. *Journal of the Association of Nurses in AIDS Care*, 20(5), 387-397. <https://doi.org/10.1016/j.jana.2009.06.002>.
- Mendes, K. D. S., Silveira, R. C. D. C. P., & Galvão, C. M. (2008). Revisão integrativa: método de pesquisa para a incorporação de evidências na saúde e na enfermagem. *Texto & contexto-enfermagem*, 17, 758-764. <https://doi.org/10.1590/S0104-07072008000400018>.
- Mendiola, M., Chu, J., Haviland, M. J., Meservey, M., Hacker, M. R., & Gomez-Carrion, Y. (2020). Barriers to care and reproductive considerations for transmasculine gender affirming surgery. *American Journal of Obstetrics & Gynecology*, 222(1), 90-92. <https://doi.org/10.1016/j.ajog.2019.09.043>.
- Miranda, M. D. M. F., de Oliveira, D. R., da Silva Quirino, G., de Oliveira, C. J., Pereira, M. L. D., & Cavalcante, E. G. R. (2022). Vulnerabilidade individual, social e programática na adesão ao tratamento antirretroviral em adultos. *Revista Enfermagem UERJ*, 30(1), e62288. <https://doi.org/10.12957/reuerj.2022.62288>.
- Miskolci, R., & Pereira, P. P. G. (2022). Between visibility and listening: access of the LGBTI+ population to primary healthcare. *Sociedade e Estado*, 37(1), 193-215. <https://doi.org/10.1590/s0102-6992-202237010009>.
- Miskolci, R., Signorelli, M. C., Canavese, D., Teixeira, F. B., Polidoro, M., Moretti-Pires, R. O., Souza, M. H. T., & Pereira, P. P. G. (2022). Health challenges in the LGBTI+ population in Brazil: A scenario analysis through the triangulation of methods. *Ciência & Saúde Coletiva*, 27(10), 3815-3824. <https://doi.org/10.1590/1413-812320222710.06602022EN>.
- Monteiro, S., & Brigeiro, M. (2019). Experiências de acesso de mulheres trans/travestis aos serviços de saúde: avanços, limites e tensões. *Cadernos de Saúde Pública*, 35(4), e00111318. <https://doi.org/10.1590/0102-311X00111318>.
- Munro, L., Marshall, Z., Bauer, G., Hammond, R., Nault, C., & Travers, R. (2017). (Dis)integrated care: barriers to health care utilization for trans women living with HIV. *Journal of the Association of Nurses in AIDS Care*, 28(5), 708-722. <https://doi.org/10.1016/j.jana.2017.06.001>.
- Nemoto, T., Cruz, T. M., Iwamoto, M., & Sakata, M. (2015). A tale of two cities: Access to care and services among African-American transgender women in Oakland and San Francisco. *LGBT health*, 2(3), 235-242. <https://doi.org/10.1089/lgbt.2014.0046>.
- Nieto, O., Fehrenbacher, A. E., Cabral, A., Landrian, A., & Brooks, R. A. (2021). Barriers

and motivators to pre-exposure prophylaxis uptake among Black and Latina transgender women in Los Angeles: perspectives of current PrEP users. *AIDS care*, 33(2), 244-252. <https://doi.org/10.1080/09540121.2020.1769835>.

• Ogunbajo, A., Storholm, E. D., Ober, A. J., Bogart, L. M., Reback, C. J., Flynn, R., ... & Morris, S. (2021). Multilevel barriers to HIV PrEP uptake and adherence among Black and Hispanic/Latinx transgender women in Southern California. *AIDS and Behavior*, 25, 2301-2315. <https://doi.org/10.1007/s10461-021-03159-2>.

• Oliveira, I. D., & Romanini, M. (2020). (Re) escrevendo roteiros (in) visíveis: a trajetória de mulheres transgênero nas políticas públicas de saúde. *Saúde e Sociedade*, 29(1), e170961. <https://doi.org/10.1590/S0104-12902020170961>.

• Perez-Brumer, A., Nunn, A., Hsiang, E., Oldenburg, C., Bender, M., Beauchamps, L., Mena, L., & MacCarthy, S. (2018). "We don't treat your kind": Assessing HIV health needs holistically among transgender people in Jackson, Mississippi. *PLoS one*, 13(11), e0202389. <https://doi.org/10.1371/journal.pone.0202389>.

• Prado, M. A. M., Oliveira S. V., & Teixeira, F. B. (2022). Política Nacional de Saúde Integral LGBT+: Integralidade, equidades e armadilhas. In P. C. Rocon & M. J. O. Duarte (Orgs.). Dez anos da Política Nacional de Saúde Integral LGBT: Análises e perspectivas interseccionais e transdisciplinares para a formação e o trabalho em saúde (págs. 29-42). Devires.

• Radix, A. E., Lelutiu-Weinberger, C., & Gamarel, K. E. (2014). Satisfaction and healthcare utilization of transgender and gender non-conforming individuals in NYC: a community-based participatory study. *LGBT health*, 1(4), 302-308. <https://doi.org/10.1089/lgbt.2013.0042>.

• Rael, C. T., Martinez, M., Giguere, R., Bockting, W., MacCrate, C., Mellman, W., Valente, P., Greene, G. J., Sherman, S., Footer, K. H. A., D'Aquila, R. T., & Carballo-Diéguez, A. (2018). Barriers and facilitators to oral PrEP use among transgender women in New York City. *AIDS and Behavior*, 22, 3627-3636. <https://doi.org/10.1007/s10461-018-2102-9>.

• Reback, C. J., Kisler, K. A., & Fletcher, J. B. (2021). A novel adaptation of peer health navigation and contingency management for advancement along the HIV care continuum among transgender women of color. *AIDS and Behavior*, 25, 40-51. <https://doi.org/10.1007/s10461-019-02554-0>.

• Reback, C. J., Clark, K., Holloway, I. W., & Fletcher, J. B. (2018). Health disparities, risk behaviors and healthcare utilization among transgender women in Los Angeles County: A comparison from 1998–1999 to 2015–2016. *AIDS and Behavior*, 22(8), 2524-2533. <https://doi.org/10.1007/s10461-018-2165-7>.

• Reisner, S. L., Moore, C. S., Asquith, A., Pardee, D. J., & Mayer, K. H. (2021). The pre-exposure prophylaxis cascade in at-risk transgender men who have sex with men in the United States. *LGBT health*, 8(2), 116-124. <https://doi.org/10.1089/lgbt.2020.0232>.

• Reisner, S. L., Perkovich, B., & Mimiaga, M. J. (2010). A mixed methods study of the sexual health needs of New England transmen who have sex with nontransgender men. *AIDS patient care and STDs*, 24(8), 501-513. <https://doi.org/10.1089/apc.2010.0059>.

• Rocon, P. C., Wandekoken, K. D., Barros, M. E. B. D., Duarte, M. J. O., & Sodr e, F. (2019a). Acesso à saúde pela população trans no Brasil: nas entrelinhas da revisão integrativa. *Trabalho, educação e saúde*, 18(1), e0023469. <https://doi.org/10.1590/1981-7746-sol00234>.

• Rosen, J. G., Malik, M., Cooney, E. E., Wirtz, A. L., Yamanis, T., Lujan, M., ... & Poteat, T. (2019). Antiretroviral treatment interruptions among Black and Latina transgender women living with HIV: characterizing co-occurring, multilevel factors using the gender affirmation framework. *AIDS and Behavior*, 23, 2588-2599. <https://doi.org/10.1007/s10461-019-02581-x>.

• Santos, M. C. B. (2022). Protoformas do Processo Transexualizador no Brasil: apontamentos sobre a tortuosa institucionalização da assistência à saúde de pessoas Trans no SUS entre 1997 e 2008. *Sexualidad, Salud y Sociedad: Revista Latinoamericana*, 1(38), 1-15. <https://doi.org/10.1590/1984-6487.sess.2022.38.e22303.a>.

• Santos, M. C. B., Gebrath, Z. L., Prestes, E. T., Rodrigues, S. G. C., & de Almeida, G. S.

(2020). Desafios da assistência à saúde de transexuais no sistema único de saúde a partir do olhar de uma equipe de assistentes sociais. *Revista Relações Sociais*, 3(4), 12001-12008. <https://doi.org/10.18540/revesvl3iss4pp12001-12008>.

- Scheim, A. I., & Travers, R. (2017). Barriers and facilitators to HIV and sexually transmitted infections testing for gay, bisexual, and other transgender men who have sex with men. *AIDS care*, 29(8), 990-995. <https://doi.org/10.1080/09540121.2016.1271937>.
- Sevelius, J. M., Poteat, T., Luhur, W. E., Reisner, S. L., & Meyer, I. H. (2020). HIV testing and PrEP use in a national probability sample of sexually active transgender people in the United States. *Journal of acquired immune deficiency syndromes* (1999), 84(5), 437-442. <https://doi.org/10.1097/QAI.0000000000002403>.
- Sevelius, J., Murray, L. R., Martinez Fernandes, N., Veras, M. A., Grinsztejn, B., & Lippman, S. A. (2019). Optimising HIV programming for transgender women in Brazil. *Culture, health & sexuality*, 21(5), 543-558. <https://doi.org/10.1080/13691058.2018.1496277>.
- Sevelius, J. M., Glidden, D. V., Deutsch, M., Welborn, L., Contreras, A., Salinas, A., Venegas, L., & Grant, R. M. (2021). Uptake, retention, and adherence to pre-exposure prophylaxis (PrEP) in TRIUMPH: a peer-led PrEP demonstration project for transgender communities in Oakland and Sacramento, California. *Journal of acquired immune deficiency syndromes* (1999), 88(1), S27-S38. <https://doi.org/10.1097/QAI.0000000000002808>.
- Shires, D. A., Stroumsa, D., Jaffee, K. D., & Woodford, M. R. (2018). Primary care clinicians' willingness to care for transgender patients. *The Annals of Family Medicine*, 16(6), 555-558. <https://doi.org/10.1370/afm.2298>.
- Snelgrove, J. W., Jasudavicius, A. M., Rowe, B. W., Head, E. M., & Bauer, G. R. (2012). "Completely out-at-sea" with "two-gender medicine": A qualitative analysis of physician-side barriers to providing healthcare for transgender patients. *BMC health services research*, 12(110), 1-13. <https://doi.org/10.1186/1472-6963-12-110>.
- Socías, M. E., Marshall, B. D., Aristegui, I., Romero, M., Cahn, P., Kerr, T., & Sued, O. (2014). Factors associated with healthcare avoidance among transgender women in Argentina. *International journal for equity in health*, 13(1), 1-8. <https://doi.org/10.1186/s12939-014-0081-7>.
- Sousa, D., & Iriart, J. (2018). "Viver dignamente": necessidades e demandas de saúde de homens trans em Salvador, Bahia, Brasil. *Cadernos de Saúde Pública*, 34(10), e00036318. <https://doi.org/10.1590/0102-311X00036318>.
- Souza, M. T. D., Silva, M. D. D., & Carvalho, R. D. (2010). Revisão integrativa: o que é e como fazer. *Einstein (São Paulo)*, 8(1), 102-106. <https://doi.org/10.1590/S1679-45082010RW1134>.
- Stroumsa, D. (2014). The state of transgender health care: policy, law, and medical frameworks. *American journal of public health*, 104(3), e31-e38. <https://doi.org/10.2105/AJPH.2013.301789>.
- Tagliamento, G., & Paiva, V. (2016). Trans-specific health care: challenges in the context of new policies for transgender people. *Journal of Homosexuality*, 63(11), 1556-1572. <https://doi.org/10.1080/00918369.2016.1223359>.
- Teixeira F. B., Pereira, P. P. G., Raimondi, G. A., Prado, M. A. M. (2020). Formas de Cuidado como Violência: Aids, silicone líquido e uso de hormônios em travestis e mulheres transexuais brasileiras. In R. Facchini, I. L. França (Orgs.) *Direitos em disputa: LGBTI+, poder e diferença no Brasil contemporâneo* (463-484). Editora Unicamp.
- Van Gerwen, O. T., Austin, E. L., Camino, A. F., Odom, L. V., & Muzny, C. A. (2022). "It's behaviors, not identity": Attitudes and beliefs related to HIV risk and pre-exposure prophylaxis among transgender women in the Southeastern United States. *Plos one*, 17(1), e0262205. <https://doi.org/10.1371/journal.pone.0262205>.
- Vieira, E. S., Pereira, C. A. S. R., Dutra, C. V., & Cavalcanti, C. S. (2019). Psicologia e Políticas de Saúde da População Trans: Encruzilhadas, Disputas e Porosidades. *Psicologia: Ciência E Profissão*, 39(3), e228504. <https://doi.org/10.1590/1982-3703003228504>.
- Wilson, E. C., Arayasirikul, S., & Johnson, K. (2013). Access to HIV care and support servi-

ces for African American transwomen living with HIV. *International Journal of Transgenderism*, 14(4), 182-195. <https://doi.org/10.1080/15532739.2014.890090>.

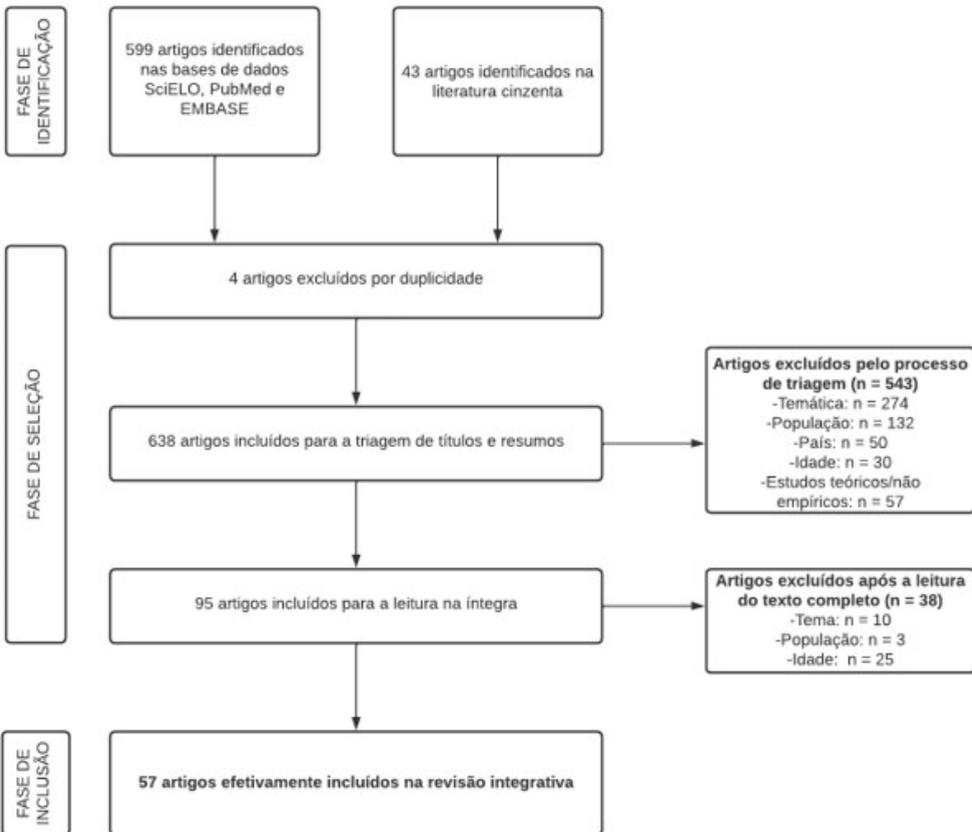
• Wilson, E. C., Jalil, E. M., Castro, C. Martinez Fernandez, N., Kamel, L., & Grinsztejn, B. (2019). Barriers and facilitators to PrEP for transwomen in Brazil. *Global public health*, 14(2), 300-308. <https://doi.org/10.1080/17441692.2018.1505933>.

• Wilson, E. C., Chen, Y. H., Arayasirikul, S., Wenzel, C., & Raymond, H. F. (2015). Connecting the dots: examining transgender women’s utilization of transition-related medical care and associations with mental health, substance use, and HIV. *Journal of Urban Health*, 92(1), 182-192. <https://doi.org/10.1007/s11524-014-9921-4>.

• Wilson, E. C., Hernandez, C. J., Scheer, S., Trujillo, D., Arayasirikul, S., Sicro, S., & McFarland, W. (2022). Improved PrEP awareness and use among trans women in San Francisco, California. *AIDS and Behavior*, 26(2), 596-603. <https://doi.org/10.1007/s10461-021-03417-3>.

Figura 1

Fluxograma do processo de identificação, seleção e inclusão dos estudos analisados



Fonte: Elaborada pelos autores

Tabela 1

Características sociodemográfica dos participantes

Identidade de gênero	n	Identificação étnico-racial	n	Orientação sexual	n	Escolaridade	n
Identities femininas ¹	17.077	Branco	27.607	Não-binárias ⁴	15.046	Ensino superior completo	13.223
Identities masculinas ²	11.782	Negro/Afro-americano	2.887	Homossexual	5.408	Ensino superior incompleto	11.209
Identities não-binárias ³	9.686	Latino	2.170	Heterossexual	4.113	Ensino médio completo	5.127
Outro	333	Asiático	843	Assexual/demissexual	3.278	Ensino médio incompleto	1.400
Não informado	90	Indígena/Nativo-americano	407	Outro	2.151	Ensino fundamental completo	808
Total	39.868	Pardo	137	Não informado	8.699	Ensino fundamental incompleto	10
		Multirracial	1.868	Total	38.695	Não informado	6871
		Outro	2.235			Total	38.648
		Não informado	650				
		Total	38.804				

Fonte: Elaborada pelos autores

¹Identities femininas incluem: mulher transexual, travestis, mulher, homem para outro, fêmea, *T-girl* e identities identificadas dentro do espectro transfeminino;

²Identities masculinas incluem: homem trans, homem, mulher para outro, macho, *female to male* (FTM) e identities identificadas no espectro transmasculino;

³Identities não-binárias incluem: não binário, gênero queer, *two-spirits* e neutro;

⁴Multirracial: pessoas identificadas com mais de uma identidade étnico-racial, incluindo negros, latinos, asiáticos, indígenas, entre outros;

⁵Orientações sexuais não-binárias incluem: queer, pansexual, bissexual e fluido.

Tabela 2

Características sociodemográfica dos profissionais

Identidade de Gênero	n	Raça/etnia	n	Orientação sexual	n	Atuação profissional	n
Identidades femininas ¹	186	Não brancos ⁶	116	Heterossexual	104	Profissionais da saúde ⁷	238
Identidades masculinas ²	106	Branco	84	LGBTQIA+	65	Prestador de serviços sociais	57
Identidades não-binárias ³	5	Outro	9	Outro	7	Cargos administrativos ⁸	75
Cisgênero ⁴	73	Não informado	228	Não informado	261	Educadores	19
Transgênero ⁵	11	Total	437	Total	437	Estudantes	4
Não informado	60					Outro	29
Total	441					Não informado	44
						Total	466

Fonte: Elaborada pelos autores

¹Identidades femininas incluem: mulheres, mulheres cis, mulheres trans e identidades no espectro transfeminino;

²Identidades masculinas incluem: homens, homens cis, homens trans e identidades no espectro transmasculino;

³Identidades não-binárias incluem: gênero *queer*, não-binário, gênero fluido, agênero e *two-spirits*;

⁴Cisgênero: pessoas identificadas com o gênero atribuído no nascimento, abrangendo identidades masculinas e femininas;

⁵Transgênero: pessoas não identificadas com o gênero atribuído no nascimento, abrangendo identidades masculinas e femininas;

⁶Não-brancos incluem: negro/afro-americano, latino, asiático, hispânico, coreano, filipino ou pessoa de cor;

⁷Profissionais da saúde incluem: médicos, enfermeiros, farmacêuticos, psicólogos, entre outros;

⁸Cargos administrativos incluem: coordenadores, gerentes, diretores, administrador, auxiliar administrativo, entre outros.

Tabela 3

Categorias de classificação das barreiras identificadas nos artigos incluídos na revisão

Categoria	<u>n Total</u>
Falta de informação e estigma no cuidado em saúde	42
Transfobia nos serviços de saúde	68
Falta de capacitação dos profissionais de saúde	31
Ausência de políticas inclusivas	27
Inadequação das redes de serviço	23
Oferta de serviços de saúde incompatível com as necessidades da população trans	19

Fonte: Elaborada pelos autores

Inteligencia Artificial en el ámbito del derecho de la salud

Artificial Intelligence in the field of the right to health

Carla Mitelman¹

DOI: [https://doi.org/10.37767/2591-3476\(2024\)08](https://doi.org/10.37767/2591-3476(2024)08)

Fecha de envío: 26.06.2024

Fecha de aceptación: 29.08.2024

RESUMEN:

La Inteligencia Artificial (IA) ha revolucionado al mundo, asistiendo y mejorando la vida de las personas, pero también provocando daños cuando los sesgos algorítmicos desvían los resultados del sistema o cuando se produce una brecha de seguridad que vulnera el secreto de los datos cargados. En el ámbito de la salud, la IA puede promover invalorable beneficios a los pacientes, pero es imprescindible que se ejerza una supervisión humana permanente para evitar perjuicios, o en su defecto, minimizarlos. En el ámbito jurídico se discute si es necesario crear un nuevo instituto de responsabilidad para la IA o si los ya existentes resuelven cada problema que pueda surgir, y si es imprescindible sancionar una norma específica que controle cada aspecto de la IA o es suficiente con dictar una guía de recomendaciones que no limite el desarrollo de la tecnología.

ABSTRACT

Artificial Intelligence (AI) has revolutionized the world, assisting and improving people's life, but also causing harm when algorithmic biases skew the system's results or when a security breach occurs that violate the secrecy of the uploaded data. In healthcare, AI can promote invaluable benefits to patients, even though it is necessary the human oversight to avoid harm, or at least, minimized it. In the legal field, there is a discussion about the need to create a new institute of liability for AI or whether the existing ones solve each problem that may arise, and whether it is essential to dictate a specific regulation that controls every aspect of AI or if it is enough to sanction a guide of recommendations that does not limit the development of the technology.

PALABRAS CLAVE: Inteligencia artificial, sesgos algorítmicos, datos, responsabilidad objetiva y subjetiva, salud.

KEY WORDS: Artificial Intelligence, algorithmic biases, data, objective and subjective liability, health

¹ Abogada egresada de la UBA. Periodista egresada del Instituto Grafotécnico. Asesora legal de empresas vinculadas con la salud. Ex miembro de LLUPRECA (Liga de Lucha y Prevención de las Enfermedades Cardiovasculares). Miembro del Instituto de Derecho de la Salud del CPACE. Autora de múltiples artículos. ORCID id <https://orcid.org/0009-0006-1436-0455>

I. Introducción

En enero de este año, un estudio publicado en *JAMA Pediatrics* (Barile, y otros, 2024) reveló que el índice de precisión en el diagnóstico de casos médicos pediátricos de CHATGPT 4 fue del 17%. En la medicina se adoptaron tecnologías de inteligencia artificial que han producido grandes mejoras pero que pueden implicar una amenaza a la salud si no se tiene cuidado con los sesgos algorítmicos. En el estudio en cuestión, los investigadores le impusieron al chatbot cien retos en base a casos médicos publicados entre 2013 y 2023 en dos revistas: *JAMA Pediatrics* y *The New England Journal of Medicine*, para que el CHATGPT 4 diera su diagnóstico en cada supuesto. Dos médicos investigadores fueron los encargados de evaluar las respuestas del sistema. De los cien casos propuestos, CHATGPT acertó en 17, falló en 72 y no dio una respuesta precisa en 11, demostrando los peligros que puede conllevar el uso de la IA en el campo de la salud, sin adecuada supervisión, y obligando a analizar qué daños pueden producirse, cómo evitarlos y quiénes deben responder una vez sucedidos.

II. Salud digital y aplicaciones de la IA en la salud

La tecnología digital integrada por dispositivos portátiles, telemedicina, aplicaciones médicas móviles y softwares, ha producido una revolución en la atención médica. Las herramientas de la salud digital pueden mejorar la capacidad de realizar diagnósticos y tratar enfermedades con precisión, obteniendo mayores resultados médicos y posibilitando que los pacientes tengan un mayor control sobre su salud. (FDA, 2024). Luego de la pandemia de COVID 19, se produjo una aceleración en la implementación de la salud digital (Dirección de Salud Digital, 2021) incrementando la utilización de herramientas como la teleconsulta (Hollander, Judd E. ; Carr, Brendan G. , 2020), la prescripción de recetas digitales y electrónicas (recordemos que al comienzo de la pandemia se aceptaron recetas en formato de fotos y archivos enviados por mail gracias a la resolución ministerial 696/20, evolucionando con posterioridad en la ley 27.553 que estableció que la prescripción y dispensación de medicamentos, sólo podía ser redactada y firmada a través de plataformas electrónicas habilitadas a tal fin, reglamentado por el decreto 98/23 y complementada por distintas disposiciones como la 1/24 del Ministerio de Salud) y el desarrollo de vacunas (Aizenberg, Marisa; García Gili, Sol, 2021). Esta expansión tecnológica obligó a las distintas provincias de la Argentina a legislar sobre las historias clínicas electrónicas (como las leyes N° 14.494 de la provincia de Buenos Aires, la N° 5669 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, N° 5596 de Catamarca, N° 10.590 de Córdoba, etc.), el proceso de hábeas data (leyes N° 14.214 de la provincia de Buenos Aires, N° 4360 de Chaco, N° 4.244 de Chubut, etc.), la adhesión a la ley nacional de firma digital de parte de varias provincias, telesalud (leyes N°10.273 de La Rioja, Res. 399/2011 MS de Mendoza), entre otros temas y que se encuentran disponibles en el Mapa de Salud publicado por la Dirección de Salud Digital. (Dirección de Salud Digital, 2021).

Independientemente del desarrollo de las herramientas digitales post pandemia, también se destaca la aplicación de la inteligencia artificial en el ámbito de la salud, capaz de analizar grandes volúmenes de datos, mejorar los resultados de los pacientes y reducir el trabajo de los profesionales médicos (Kaul, V.; Enslin, S.; Gross, S.A. , 2020). En la actualidad, se utilizan aplicaciones con IA en distintas especialidades tanto en el mundo como en nuestro país. De hecho, en el marco de la Mesa de Inteligencia Artificial realizada por la Agencia para el Desarrollo Económico de Córdoba (ADEC), se presentaron algunas empresas cordobesas que en la actualidad vienen aplicando y/o desarrollando Inteligencia Artificial dentro del ámbito de la medicina como ser: un sistema de visualización

y procesamiento de datos en Unidades de Terapia Intensiva; un chatbot que permite a los pacientes autogestionar sus turnos, y una Plataforma de IA para prevenir y tratar la pérdida de memoria (Desarrollos de Inteligencia Artificial en Córdoba: siete casos de éxito, 2024).

Sin duda, la noticia más sorprendente y prometedora de todas en el campo de la salud es la de "Agent Hospital". Recientemente, investigadores de la universidad Tsinghua desarrollaron una simulación de un hospital dirigido por IA denominado "Agent Hospital" (Li, Junkai; Wang, Sidu; Zhang, Meng; Li, Weitao; Lai, Yunghwei; Kang, Xinhui; Ma, Weizhi; Liu, Yang, 2024) en el cual hay dos clases de participantes: por un lado, los médicos y las enfermeras y por el otro, los residentes que simulan ser pacientes. La idea es simular la atención de cada paciente desde el ingreso, diagnóstico, tratamiento y monitoreo y que el agente médico vaya evolucionando a medida que interactúe con los pacientes. El hospital tiene una biblioteca con los casos exitosos y una base de datos con los erróneos. Se experimentó en alrededor de 10.000 casos, alcanzando una precisión del 88% en revisión, 95,6% en diagnóstico y 77,6% en tratamiento. Dado estos resultados prometedores y lo avanzado que está la simulación, estiman que el hospital estará operativo en un breve plazo. China no tiene una regulación específica sobre la IA, sino algunas disposiciones sobre ciertas aplicaciones como la IA generativa (Interim Measures for the Management of Generative Artificial Intelligence Services, 2024) sin embargo, este año el profesor Zhao Jingwu, docente de la Universidad de la Universidad de BeiHang declaró al diario The Globe que presentaron un proyecto de ley sobre la regulación de la IA que se centra en tres áreas: datos, computación y algoritmos y que propone la introducción de las compañías de seguros (Caiyu, 2024). Habrá que esperar en el futuro cómo funciona Agent Hospital con pacientes reales y cuál será la regulación china en cuanto a la IA en el ámbito de la salud.

La IA también se aplica en el ámbito de la salud mental y emocional. En todos los medios generó revuelo la aparición de CUX (CUX, s.f.), que se promociona en su sitio web como una "herramienta de asistencia para tu bienestar emocional, que está impulsada por inteligencia artificial". En la mencionada página se explica que no es un centro de emergencias, que no deriva las consultas con profesionales, que no diagnostica ni da tratamientos. Se utiliza a través de una suscripción y si la persona necesita ayuda profesional, en la web se informa que el sistema brinda los contactos de profesionales. En el sitio de internet hay un paper que contiene un estudio clínico escrito por Carolina Klos, Phd en psicología y los CEOs del sitio: Connie Ansaldi y Santiago Loose (Klos, Ansaldi, & Santiago, s.f.). En la página no consta si este estudio ha sido publicado en una revista científica, lo que podría brindar otro tipo de sustento. Participaron personas mayores de 18 años reclutadas a través de redes sociales, que tienen un trabajo y que prestaron su consentimiento informado. El estudio revela que las herramientas de IA, particularmente CUX, poseen un gran potencial para responder a las necesidades de apoyo emocional. Esta no es la primera aplicación dedicada al bienestar emocional. En el mundo hay distintas herramientas, incluyendo ChatGPT, que también brindan un soporte parecido. En el caso de ChatGPT, la misma aplicación informa que no tiene la capacidad de brindar un diagnóstico preciso o tratar un trastorno grave, recomienda acudir a un profesional cuando se le plantean ciertos temas pero brinda consejos sobre problemas emocionales o sociales (Guerra, 2024). Sostengo firmemente que todas estas herramientas deben ser supervisadas en todo momento por profesionales de la salud, ya que una falla en el sistema o un sesgo en el algoritmo, podrían causar un grave perjuicio como, por ejem-

plo, no detectar a tiempo una enfermedad de salud mental o prevenir un suicidio. Los algoritmos son falibles y todavía no cuentan con todas las herramientas para poder brindar soluciones como los seres humanos. Como bien dicen los Dres. Caraballo y Gamen (Caraballo & Gamen, 2020): “las máquinas no están capacitadas para tener un sentido crítico de interpretación del mundo real” pero con la adecuada supervisión pueden ser un complemento muy útil.

III. Sesgos en el algoritmo y otros riesgos

Como podemos observar los resultados de la aplicación de la IA en el campo de la salud son tanto revolucionarios y beneficiosos como amenazantes si no se toman los recaudos necesarios, ya que la IA presenta numerosos riesgos que paso a explicar a continuación.

Los profesionales de distintos campos de las ciencias, tanto duras como blandas y de determinados organismos públicos y privados, han manifestado que es imperativo determinar los principios éticos que deben regir la IA desde el origen, desarrollo y seguimiento posterior a su implementación, para minimizar los sesgos, definidos en el documento técnico CLIAS: Inteligencia Artificial Responsable: Claves para aplicar los principios éticos en las soluciones de IA en el campo de la salud emanado del (CIIPS) (Centro de Implementación e Innovación en Políticas de Salud (CIIPS) del Instituto de Efectividad Clínica y Sanitaria (IECS), 2023) como: “errores sistemáticos o inclinación en las decisiones o predicciones de un modelo de IA que pueden llevar a resultados injustos o inequitativos, o simplemente erróneos y que pueden ocasionar daños tanto materiales como inmateriales, como la filtración de datos, la violación a la privacidad, la fomentación de la desigualdad, daños a los grupos más vulnerables, discriminación, etc.”. Un ejemplo de error se da cuando un solo grupo social, con determinada preparación universitaria y determinados ingresos, desarrolla un sistema sin tomar en cuenta una población más vulnerable, lo que podría provocar un sesgo en el algoritmo. Para evitarlo, CLIAS resalta que resulta importante que desde la concepción hasta la evolución de cada sistema estén involucrados distintos sectores de la sociedad para minimizar justamente estos riesgos. (Centro de Implementación e Innovación en Políticas de Salud (CIIPS) del Instituto de Efectividad Clínica y Sanitaria (IECS), 2023)

Pero los sesgos no son los únicos riesgos que presentan los sistemas de IA. En su artículo “La responsabilidad civil de los algoritmos. ¿Dónde estamos parados?”, (Caraballo & Gamen, 2020) los Dres. Caraballo y Gamen detallan tres tipos de errores técnicos a resolver: accidentes, mal uso y desatención. Los accidentes ocurren cuando en un estudio no se detecta una enfermedad o hay un accidente ocasionado por un vehículo autónomo. Se puede observar un ejemplo de mal uso cuando se aplica un sistema genérico a una situación específica y de desatención cuando los creadores del sistema no hacen el seguimiento adecuado. Ellos concluyen que: “Los programas basados en Inteligencia Artificial necesitan de muchos más datos que el cerebro humano para poder hacer analogías y poder reconocer características o particularidades propias de la situación analizada. Por ello la “Gran Información” necesaria para poder incorporar datos a los programas “autónomos” es un problema grave a la hora de evitar que las conclusiones o resultados sean valederos o equívocos en el momento de su aplicación a los casos concretos de análisis.”

Por otro lado, en su ponencia “IA en el ámbito sanitario: oportunidades, riesgos y responsabilidades”, la Dra. Mónica Navarro-Michel (Navarro-Michel, 2023) expone muy clara-

mente el efecto “caja negra” de la IA, es decir, es imposible explicar por qué la IA concluye a través de la recopilación y proceso de información, determinado diagnóstico o aconseja un tratamiento específico, sumado a la imprevisibilidad que supone la imposibilidad de deducir qué conclusiones brindará el sistema, ocasionando problemas de trazabilidad.

IV. Datos

La IA aprende y se alimenta de los datos que le suministran. En Argentina, la ley 25.326 (Ley 25326. Protección de los datos personales, 2000) de Protección de Datos Personales incluye en su artículo 2, al definir a los datos sensibles, a todos los referentes a la salud de las personas. En su artículo 8 habilita a los establecimientos sanitarios públicos o privados y a los profesionales de la salud a recolectar y tratar datos personales relacionados con la salud de los pacientes que han estado o están en tratamiento, respetando siempre el principio de secreto profesional. La ley 26.529 (Ley 26529. Derechos del Paciente en su Relación con los Profesionales e Instituciones de la Salud, 2009) sobre los derechos de los pacientes reconoce en el artículo 2, entre otros derechos, a la confidencialidad de los datos sensibles. Por su carácter de dato sensible es imprescindible que al suministrar esa información al sistema de IA se tomen todas las medidas necesarias para que aquellos sean precisos, para que la IA tenga todas las herramientas necesarias para trabajar y sin filtraciones, ya que el daño ocasionado a la persona titular sería irremediable. La Subsecretaría de Tecnologías de la Información publicó la Disposición 02/2023 (Disposición 2/2023 de la Subsecretaría de Tecnologías de la Información, 2023) con las “Recomendaciones para una Inteligencia Artificial Responsable”. En su Anexo I, propone el tratamiento de los datos donde expresa que... “No se debe subestimar el tratamiento que corresponde otorgar a los datos involucrados en el proyecto. Estos deben ser tratados por profesionales sobre la base de las buenas prácticas de la ciencia de datos. La calidad de los datos que se utilicen determinará no solamente la calidad del modelo entrenado, sino que también contribuirá con el éxito del proyecto”.

V. Principios éticos en la IA

A los fines de enfrentar los desafíos que entraña el uso de la IA en el área de salud, maximizar sus beneficios a favor de los pacientes, potenciar el trabajo de los especialistas de la salud y minimizar los riesgos, es importante que las aplicaciones utilizadas estén embebidas de principios éticos que respeten los derechos humanos desde su concepción, desarrollo, implementación y seguimiento post lanzamiento de cada sistema. Es por eso que distintos organismos han hecho hincapié en los principios éticos que deben utilizarse en IA. En tal sentido, el documento del Centro de Implementación e Innovación en Políticas de Salud (CIIPS) del Instituto de Efectividad Clínica y Sanitaria (IECS) trata sobre el uso de la IA en la salud, desde la perspectiva de la responsabilidad. En este orden, manifiesta que “la inteligencia artificial responsable se refiere a la práctica de desarrollar, implementar y utilizar sistemas de inteligencia artificial (IA) de manera ética para minimizar los riesgos y consecuencias negativas asociadas con su sistema. Esto implica considerar una serie de principios y prácticas para garantizar que la IA beneficie a la sociedad en su conjunto y no cause daño”. (Centro de Implementación e Innovación en Políticas de Salud (CIIPS) del Instituto de Efectividad Clínica y Sanitaria (IECS), 2023) En este escrito se resalta la importancia de cuatro principios: “seguridad (sistemas de IA que no generen daños, peligros o riesgos), autodeterminación (la preservación de la autonomía, la salvaguarda de las libertades fundamentales y el respeto irrestricto del derecho al consentimiento informado), benevolencia (la importancia de sopesar el imperativo de la beneficencia que se refiere a la obligación de los profesionales de la salud de actuar en

beneficio de los pacientes y de buscar su bienestar, por lo tanto cualquier herramienta basada en IA que se utilice debe estar aplicada con esto como uno de sus objetivos) y universalismo (principio de justicia)".

La Organización Mundial de la Salud también entiende que: "el hecho de que la IA pueda favorecer los intereses de los pacientes y las comunidades dependerá de un empeño colectivo en diseñar e implementar leyes y políticas éticamente defendibles y tecnologías de IA cuyo diseño tenga en cuenta los principios éticos. También se presentan posibles consecuencias negativas graves si quienes financien, diseñen, regulen o utilicen las tecnologías de IA en el ámbito de la salud no otorgan prioridad a esos principios y a las obligaciones en materia de derechos humanos. Por lo tanto, las oportunidades y los desafíos de la IA están inextricablemente vinculados". (Organización Mundial de la Salud, 2021)

Aunque la CIIPS (Centro de Implementación e Innovación en Políticas de Salud (CIIPS) del Instituto de Efectividad Clínica y Sanitaria (IECS), 2023) establece cuatro principios que deben aplicarse y la OMS (Organización Mundial de la Salud, 2021) señala seis, la esencia es la misma: la protección de la autonomía humana (el principio de autonomía requiere que el empleo de la IA u otros sistemas informáticos no socave la autonomía humana), la promoción del bienestar y la seguridad de las personas y el interés público (las tecnologías de IA no deben perjudicar a las personas), garantizar la transparencia, la claridad y la inteligibilidad (es decir, el desarrollo de la IA debe ser transparente y el sistema debe ser fácil de entender por todas las partes, desde los desarrolladores hasta los usuarios), la promoción de la responsabilidad y la rendición de cuentas (los desarrolladores deben asegurarse que la IA se utilice por personas capacitadas y en las condiciones adecuadas, tanto los pacientes como los médicos serán los que evalúen la utilización y si surge algún problema, los desarrolladores deberán rendir cuentas al respecto), la garantía de la inclusividad y la equidad (se requiere que desde la concepción de la IA aplicada a la salud se garantice su uso y acceso a toda la población sin distinción de género, raza, edad, nacionalidad, clase social, etc.).

Como se puede observar, ambos tienden a tener en esencia los mismos principios, la IA debe ser segura, no debe causar perjuicios ni afectar la autonomía de la persona, debe ser inclusiva, equitativa y universal.

VI. Importancia de legislar la IA

Gracias a los avances de la inteligencia artificial, somos testigos de la cuarta revolución industrial (Schwab, 2016), como ha denominado a este fenómeno, Klaus Schwab, fundador del Foro Económico Mundial, la cual promueve grandes avances en todos los campos, a una velocidad tan inusitada que compele a todas las naciones a debatir la conveniencia de regularla y cómo legislar sin restringir su avance, ya que las aplicaciones de IA conllevan muchos beneficios para la humanidad pero también grandes riesgos. Un marco regulatorio puede asegurar que estas nuevas tecnologías respeten y protejan la dignidad de cada persona, evitar abusos y garantizar que las personas no sean tratadas como si solo fueran datos o números. (Aguerre, C. (Ed.), Amunategui, C., Aguerre, C., Brathwaite, C., Castañeda, J. D., Castaño, D., del Pozo, C., Florez Rojas, L., Gomez-Montt, C., Lara Gálvez, J. C., López, J., Madrid, R., Martín del Campo, A. V., & Vargas Leal, J., 2020). En este sentido podemos observar que algunos proponen implementar una normativa totalmente reguladora como la Comunidad Europea (Ley de Inteligencia Artificial. Parlamento Europeo, 2024) y Chile (Proyecto de Ley: Regula los sistemas de inteligencia arti-

ficial, la robótica y las tecnologías conexas, en sus distintos ámbitos de sistema, 2023) y otros, una más laxa, como Japón, que posee un Libro Blanco de Inteligencia Artificial que busca un enfoque que se adapte a la tecnología sin impedir el desarrollo (“The AI White Paper Japan’s National Strategy in the New Era of AI, 2023) o Canadá que posee una ley (Innovation, Science and Economic Development Canada, “The Artificial Intelligence and Data Act (AIDA) – Companion document”, Government of Canada, 2023) que busca adaptar la regulación de la IA a medida que evoluciona la tecnología, a través de un sistema de consultas continuas.

En marzo de este año la Asamblea General de la ONU adoptó una resolución (ONU, 2024) pidiendo “a todos los Estados Miembro que se abstengan de utilizar sistemas de inteligencia artificial que no puedan funcionar de conformidad con las normas internacionales de derechos humanos o los pongan en riesgo”. En ese mismo mes, el Parlamento Europeo aprobó la Ley de Inteligencia Artificial (Ley de Inteligencia Artificial. Parlamento Europeo, 2024) con el objetivo de garantizar la seguridad y el respeto de los derechos fundamentales y al mismo tiempo impulsar la innovación. Esta ley se basa en una escala de riesgos: prohibidos, de alto riesgo, riesgo limitado y riesgo mínimo. Los prohibidos son los riesgos inaceptables que involucran a aquellos sistemas de IA que implican una amenaza para la seguridad y los derechos de las personas. Los sistemas de IA se califican de alto riesgo cuando pueden ser perjudiciales para la salud, para la seguridad y otras áreas sensibles. El artículo 6, apartado 1 de la ley establece que si el sistema de IA se utiliza como un componente de seguridad de un producto (por ejemplo, un dispositivo médico o una herramienta de diagnóstico), regulado bajo los actos legislativos de armonización de la Unión Europea enumerados en el anexo I de esa norma, se considerará de alto riesgo. Es indispensable que aquellos que desarrollen estos sistemas evalúen y reduzcan los riesgos, conserven todos los registros de uso, garanticen la transparencia, sean precisos y aseguren la supervisión humana en todo momento. Cuantos mayores riesgos puedan presentar los modelos de aplicaciones, más requisitos deberán cumplir, como por ejemplo realizar evaluaciones más rigurosas, analizar y mitigar los riesgos sistémicos e informar sobre los incidentes.

En 2023, en Chile se presentó un proyecto de ley para regular la IA (Proyecto de Ley: Regula los sistemas de inteligencia artificial, la robótica y las tecnologías conexas, en sus distintos ámbitos de sistema, 2023), muy similar al de Europa. En Argentina no hay una legislación específica en la actualidad, aunque la disposición 2/2023 implementa una guía sobre el uso responsable (Disposición 2/2023 de la Subsecretaría de Tecnologías de la Información, 2023). Recientemente, la Comisión de Ciencia, Tecnología e Innovación Productiva de la Cámara de Diputados convocó a una reunión informativa con especialistas sobre IA para tratar algunos proyectos de ley para regularla, aunque muchas empresas opinan que no es aconsejable una norma estrictamente reguladora. (Natalí, 2024) ¿No resultaría imprescindible que haya una legislación concreta? Con las normas vigentes, ¿la población está protegida de eventuales daños? En mi opinión, si bien existen institutos del derecho vigente que pueden aplicarse por analogía, hay ciertas situaciones que necesitan ser legisladas, porque un mal uso de la IA provocaría daños muy graves a las personas, vulnerando sus derechos humanos. Si en México, en lugar de hacer un simulacro con historias clínicas, se hubiera utilizado el sistema para brindar diagnósticos reales en pacientes, el peligro que implica un diagnóstico erróneo podría ser mortal. Por otro lado, los medios han reportado una gran variedad de opciones interesantes desde el punto de vista artístico que se pueden producir con el uso de la IA generativa.

En este orden, se han registrado ejemplos nefastos, tanto en Chile (Córdova, 2024) como en España, (Hedgecoe, 2023) donde se han reportado casos en los que se han publicado y viralizado imágenes creadas con IA generativa de niñas desnudas, perjudicando seriamente a las menores en cuestión. En muchos países este accionar no constituye un delito porque no está tipificada la suplantación de identidad. Los daños ocasionados por una mala utilización de la IA en la salud pueden ser irremediables, es por eso que no sólo es suficiente una guía, también es necesario una ley que la regule.

VII. Algunas observaciones sobre la responsabilidad por daños ocasionados por IA en Europa

En su documentó técnico N° 6 del Centro de Inteligencia Artificial y Salud para América Latina y el Caribe (CLIAS), se advierte que la ley de Europa no regula la responsabilidad por daños resultantes de la IA pero en el caso de que se produzca un daño se aplicará la Directiva 85/374/CEE, que regula la responsabilidad por productos defectuosos. (Centro de Inteligencia Artificial y Salud para América Latina y el Caribe, 2024). Existe una propuesta de una nueva Directiva sobre responsabilidad por daños causados por productos defectuosos que incluye sistemas de IA y que constituiría una actualización de la mencionada directiva, estableciendo que cuando los sistemas de IA son calificados como productos, si actúan de una forma defectuosa y generan un daño, las víctimas que sufrieron los daños deberán ser resarcidos por el fabricante responsable. Los sujetos dañados no necesitan probar la culpa del fabricante, sino que sólo necesitan acreditar el defecto del producto. Los proveedores de programas informáticos y servicios digitales también se consideran responsables por sus productos defectuosos. (Heredia Querro, 2024)

Es muy interesante el documento *Liability for emerging digital technologies* (Commission to the European Parliament, 2018) de la Unión Europea que analiza si los conceptos de la responsabilidad del guardián o conceptos similares son apropiados para tecnologías como la IA, como ocurre con los seres humanos y los animales. Si bien, cuando se habla de responsabilidad por los daños ocasionados por animales, hay un factor en común con la IA que es la falta de predictibilidad y conducta autónoma, es importante el papel que puede desarrollar una legislación sobre seguridad para reducir la impredecibilidad al mínimo.

VIII. Responsabilidad subjetiva o responsabilidad objetiva.

El documento europeo *Liability for emerging digital technologies* (Commission to the European Parliament, 2018) sostiene que es fundamental explorar el concepto de si la responsabilidad por IA debe ser subjetiva (o sea basarse en el dolo o culpa del responsable que no cumplió con todos sus deberes) o si debe ser objetiva (en base al riesgo de la cosa). En este trabajo se concluye en que en algunos objetos que trabajan con IA como por ejemplo los autos automáticos, ya se pueden aplicar las previsiones de la responsabilidad objetiva. Como en la Unión Europea también convergen las legislaciones de cada país, hay algunas que hacen hincapié en si el daño podría haberse evitado o no para determinar la responsabilidad, por lo que surge la duda de si por analogía, el propietario de un robot podría evitar ser responsable por los daños ocasionados, si usó el robot adecuadamente y realizó todos los servicios de mantenimiento adecuados, respetando las instrucciones de los fabricantes y actualizando el software cada vez que era necesario. Entendiendo que existe un factor de autonomía, en el documento se cuestiona qué acciones pueden tomar los responsables para evitar el daño causado por la conducta autónoma de las tecnologías digitales emergentes.

Este documento (Commission to the European Parliament, 2018) también evalúa la carga de la prueba, ya que hay legislaciones europeas que establecen distintos regímenes sobre este precepto. En algunas normas se determina que el responsable debe probar, para eximirse de la responsabilidad, que el daño fue causado por fuerza mayor o por el accionar de un tercero. Es importante determinar quién llevará la carga de la prueba: si el desarrollador/fabricante o la víctima, lo que puede resultar una tarea muy difícil demostrar la culpa para aquel que sufrió el daño. Debido a las características específicas de la IA, incluido el denominado efecto de “caja negra”, puede resultar muy difícil para las víctimas determinar quién es la persona responsable. (Heredia Querro, 2024)

IX. Daño

El documento (Commission to the European Parliament, 2018) advierte que también debe evaluarse el tipo de daño, es decir, qué clase de perjuicio causado por estas tecnologías debe compensarse: muerte, daño corporal, daño a la propiedad, daño económico, daño inmaterial. Este estudio señala un tema muy interesante: estas tecnologías pueden crear nuevos tipos de riesgos o acentuar los ya existentes. Manifiesta que si se aplicara un enfoque de responsabilidad objetiva aplicada a los objetos que utilizan IA se reconocería que los daños provocados por el uso de esos artículos no pueden ser evitados y aseguraría que el responsable compense a las potenciales víctimas, sin tener en cuenta el factor subjetivo de la culpa. Asimismo, con el fin de asegurar la compensación de la víctima, habría que imponer la obligatoriedad de que los responsables contraten seguros.

X. La responsabilidad de la IA en Argentina

En las Recomendaciones para una Inteligencia Artificial Responsable se concluye que: “un algoritmo no posee autodeterminación y/o agencia para tomar decisiones libremente (aunque muchas veces en el lenguaje coloquial se utiliza el concepto de “decisión” para describir una clasificación ejecutada por un algoritmo luego de un entrenamiento), y por ende no se le pueden atribuir responsabilidades de las acciones que se ejecutan a través de dicho algoritmo en cuestión”. En estas recomendaciones se define a la IA como “artificios”, o sea, una cosa que no debe confundirse con un ser humano, por lo tanto, el algoritmo no es responsable sino la persona.

El art. 1757² del Código Civil y Comercial de la Nación establece que “toda persona responde por el daño causado por el riesgo o vicio de las cosas...La responsabilidad es objetiva. No son eximientes la autorización administrativa para el uso de la cosa o la realización de la actividad, ni el cumplimiento de las técnicas de prevención.” Si bien en muchos países hay proyectos que establecen que las aplicaciones de IA deben tener una autorización administrativa para funcionar, en Argentina no existe ese requisito. En el proyecto de ley chileno que ya he mencionado, se crea en el ámbito público una Comisión Nacional de Inteligencia Artificial que tiene entre otras funciones, autorizar las solicitudes presentadas por los desarrolladores, proveedores y usuarios de sistemas de IA. El artículo 6 de dicho proyecto establece la obligatoriedad de que todos los desarrolladores, proveedores y usuarios de sistemas de IA soliciten una autorización antes de desarrollar, comercializar, distribuir y utilizar un sistema ante este ente. La autorización tendría una validez de cinco años y sería renovable.

El art. 1758³ del Código Civil y Comercial, establece que el dueño y el guardián son res-

2 Código Civil y Comercial de la Nación (2015). Argentina.

3 Código Civil y Comercial de la Nación (2015). Argentina.

ponsables concurrentes del daño causado por las cosas y que en caso de actividad riesgosa responde quien la realiza, se sirve u obtiene provecho de ella, por sí o por terceros.

En lo personal, de producirse un daño, creo que habría que analizar cada caso en particular. Si el daño se produjo por un sistema de IA defectuoso, debe responder el desarrollador, el fabricante y todo aquel involucrado en la evolución del mismo, pero si el daño fue producido como consecuencia de que el especialista médico cargó mal los datos, no interpretó correctamente el diagnóstico o el usuario no lo empleó diligentemente, la responsabilidad debería ser subjetiva.

XI. La IA y el derecho al consumidor

Si bien existe una discusión entre dos corrientes contrarias de pensamiento que debaten si es correcto considerar a la salud como bien de consumo, si es posible considerar un paciente como un consumidor y si hay una relación de consumo entre el paciente y el médico o el paciente y el hospital (Cortesi, 2019) (Casares, 2016), aquellos que están a favor de que existe una relación de consumo, podrían considerar que es aplicable la ley de Defensa del Consumidor (Ley 24240. Defensa del Consumidor. Autoridad de Aplicación. Procedimiento y Sanciones. Disposiciones Finales, 1998). El art. 40 de dicha norma establece que, si el daño al consumidor resulta del vicio o riesgo de la cosa, van a responder solidariamente el productor, el fabricante, el importador, el distribuidor, el proveedor, el vendedor y quien haya puesto su marca en la cosa o servicio. Por lo que, si el daño se produjera por un sistema de IA defectuoso, el paciente estaría cubierto ante cualquier contingencia.

XII. Conclusión

La IA es un avance tecnológico muy importante que puede derivar en grandes beneficios a toda la humanidad, siempre y cuando esté imbuida de principios éticos que respeten los derechos humanos fundamentales y que esté bajo supervisión humana que verifique que el accionar de la IA sea correcto. Es importante que el Estado regule la IA para asegurarse que se realizará un uso responsable y remediar adecuadamente cualquier daño que se pudiera producir por su uso indebido

Referencias bibliográficas

- "The AI White Paper Japan's National Strategy in the New Era of AI. (2023). Obtenido de https://www.taira-m.jp/ldp%E2%80%99s%20ai%20whitepaper_etrans_2304.pdf
- Aguerre, C. (Ed.), Amunategui, C., Aguerre, C., Brathwaite, C., Castañeda, J. D., Castaño, D., del Pozo, C., Florez Rojas, L., Gomez-Montt, C., Lara Gálvez, J. C., López, J., Madrid, R., Martín del Campo, A. V., & Vargas Leal, J. (2020). Inteligencia Artificial en América Latina y el Caribe. Ética, gobernanza y políticas. Universidad de San Andrés.
- Aizenberg, Marisa; García Gili, Sol. (2021). Inteligencia artificial al servicio de la salud: su impacto en el acceso a las vacunas. *Pensar en derecho*, 101-122.
- Barile, J., Margolis, A., Cason, G., Kim, R., Kalash, S., Tchaconas, A., & Milanaik, R. (2024). Diagnostic accuracy of a large language model in pediatric case studies. *JAMA Pediatrics*, 313-315.
- Caiyu, L. (17 de Marzo de 2024). Chinese scholars unveil draft on artificial intelligence law. *Global Times*.

- Caraballo, J. C., & Gamen, S. (2020). *La responsabilidad civil de los algoritmos. ¿Dónde estamos parados?*. Publicado en El Dial.com
- Centro de Implementación e Innovación en Políticas de Salud (CIIPS) del Instituto de Efectividad Clínica y Sanitaria (IECS). (Septiembre de 2023). *Inteligencia Artificial (IA) Responsable: Claves para aplicar los principios éticos en las soluciones de IA en el campo de la salud. Documento Técnico*. Obtenido de <https://clias.iecs.org.ar/publicaciones/inteligencia-artificial-ia-claves-principios-eticos-salud/>
- Centro de Inteligencia Artificial y Salud para América Latina y el Caribe. (2024). *Regulación de la inteligencia artificial en el sector salud: Un análisis global y regional en América Latina y el Caribe*. Obtenido de https://clias.iecs.org.ar/wp-content/uploads/2024/08/DT6-CLIAS-Regulacion_IA_esp.pdf
- Commission to the European Parliament, t. E. (2018). *Liability for emerging digital technologies*. Obtenido de <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX:52018SC0137>
- Córdoba, E. (24 de Mayo de 2024). ALUMNOS DEL COLEGIO SAINT GEORGE CREARON IMÁGENES DE COMPAÑERAS DESNUDAS USANDO IA Y LAS VIRALIZARON. *La Nación*. Obtenido de <https://www.lanacion.cl/alumnos-del-colegio-saint-george-crearon-imagenes-de-companeras-desnudas-usando-ia-y-las-viralizaron/>
- CUX. (s.f.). Obtenido de <https://cux.ai/>
- Desarrollos de Inteligencia Artificial en Córdoba: siete casos de éxito. (13 de agosto de 2024). *Comercio y justicia*.
- Dirección de Salud Digital. (2021). *Mapa Normativo Argentino*. Obtenido de <http://www.legislaud.gov.ar/pdf/OASAD.pdf>
- Disposición 2/2023 de la Subsecretaría de Tecnologías de la Información. (2 de junio de 2023). *Boletín Oficial*.
- FDA. (1 de Agosto de 2024). Obtenido de <https://www.fda.gov/medical-devices/digital-health-center-excellence/what-digital-health>
- Guerri, M. (2024). *Inteligencia artificial y psicología, la revolución de CHAT GPT*. Obtenido de psicoactiva.com: <https://www.psicoactiva.com/blog/inteligencia-artificial-y-psicologia-la-revolucion-de-chatgpt/>
- Hedgecoe, G. (25 de septiembre de 2023). El escándalo en un pequeño pueblo de España por las imágenes de decenas de niñas y jóvenes desnudas generadas por IA. *BBC News Mundo*. Obtenido de <https://www.bbc.com/mundo/articles/cz9r6792k13o>
- Heredia Querro, S. (2024). *Inteligencia Artificial y Responsabilidad Civil: la postura de la Unión Europea (y un aviso de la FTC)*. Obtenido de [abogados.com.ar: https://abogados.com.ar/inteligencia-artificial-y-responsabilidad-civil-la-postura-de-la-union-europea-y-un-aviso-de-la-ftc/34739#_ftn2](https://abogados.com.ar/inteligencia-artificial-y-responsabilidad-civil-la-postura-de-la-union-europea-y-un-aviso-de-la-ftc/34739#_ftn2)
- Hollander, Judd E. ; Carr, Brendan G. . (2020). Virtually Perfect? Telemedicine for Covid-19. *N Engl J Med*, 1679-1681.
- Innovation, Science and Economic Development Canada, "The Artificial Intelligence and Data Act (AIDA) – Companion document", Government of Canada. (2023).
- *Interim Measures for the Management of Generative Artificial Intelligence Services*. (15 de 08 de 2024). Obtenido de <https://www.chinalawtranslate.com/en/generative-ai-interim/>
- Kaul, V.; Enslin, S.; Gross, S.A. . (2020). History of Artificial Intelligence in Medicine. *Gastrointest. Endosc.*, 807-812.
- Klos, C., Ansaldi, C., & Santiago, L. (s.f.). *¿Puede una herramienta basada en IA contribuir a la salud?* Obtenido de <https://cux.ai/SobreNosotros>
- Ley 24.240. Defensa del Consumidor. Autoridad de Aplicación. Procedimiento y Sanciones. Disposiciones Finales. (30 de julio de 1998). *Boletín Oficial* .

- Ley 25.326. Protección de los datos personales. (2 de Noviembre de 2000). *Boletín Oficial*.
- Ley 26.529. Derechos del Paciente en su Relación con los Profesionales e Instituciones de la Salud. (20 de noviembre de 2009). *Boletín Oficial*.
- *Ley de Inteligencia Artificial. Parlamento Europeo*. (13 de marzo de 2024). Obtenido de https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2024-0138_ES.html
- Li, Junkai; Wang, Sidu; Zhang, Meng; Li, Weitao; Lai, Yunghwei; Kang, Xinhui; Ma, Weizhi; Liu, Yang. (2024). Agent Hospital: A Simulacrum of Hospital with Evolvable Medical Agents. *arXiv:2405.02957* [cs.AI].
- Natalí, R. (2 de Agosto de 2024). Entre circuitos y leyes: Argentina comienza a debatir la regulación de la Inteligencia Artificial . *Página 12*.
- Navarro-Michel, M. (2023). Inteligencia artificial en el ámbito sanitario: oportunidades, riesgos y responsabilidades. *I Congreso Internacional "Bioética, Tecnología, Investigación y Salud"*. Obtenido de <https://www.youtube.com/watch?v=6l2D2-xINZA>
- ONU. (2024). Obtenido de <https://news.un.org/es/story/2024/03/1528511>
- Organización Mundial de la Salud. (2021). *Ética y gobernanza de la inteligencia artificial en el ámbito de la salud: orientaciones de la OMS. Resumen (Ethics and governance of artificial intelligence for health: WHO guidance. Executive summary)*. Obtenido de WHO: <https://www.who.int/es/publications/i/item/9789240037403>
- *Proyecto de Ley: Regula los sistemas de inteligencia artificial, la robótica y las tecnologías conexas, en sus distintos ámbitos de sistema*. (24 de abril de 2023). Obtenido de <https://www.camara.cl/legislacion/ProyectosDeLey/tramitacion.aspx?prmID=16416&prmbOLETIN=15869-19>
- *Reglamento de Inteligencia Artificial*. (13 de marzo de 2024). Obtenido de https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2024-0138_ES.html
- Schwab, K. (2016). *La cuarta revolución industrial*. Editorial Debate.

Justiça sexual: percepções jurídicas sobre saúde e sexualidade a partir do caso Carvalho Pinto de Sousa Morais vs Portugal

Sexual justice: legal perceptions about health and sexuality based on the case of Carvalho Pinto de Sousa Morais vs Portugal

**Sheila Cibebe Kruger Carvalho¹; Victoria Pedrazzi²
Joice Graciele Nielsson³**

DOI: [https://doi.org/10.37767/2591-3476\(2024\)09](https://doi.org/10.37767/2591-3476(2024)09)

Fecha de envío: 26.06.2024

Fecha de aceptación: 19.08.2024

RESUMO:

O presente artigo visa refletir acerca da justiça sexual a partir do caso Carvalho Pinto de Souza Morais vs. Portugal, julgado pelo Tribunal Europeu de Direitos Humanos, questionando o exercício da tutela do Estado sobre os corpos femininos e a inobservância dos direitos sexuais e reprodutivos das mulheres. Busca abordar sobre a incorporação de valores negativos em relação ao exercício da sexualidade das mulheres, tendo como fundamento primordial o exercício da sexualidade masculina como padrão, não contemplando o direito ao prazer feminino como absoluto. Com isso, o padrão patriarcal determina previamente qual a necessidade sexual das mulheres, mantendo seus corpos, seus desejos e sua liberdade sob controle.

RESUMEN:

Este artículo tiene como objetivo reflexionar sobre la justicia sexual a partir del caso Carvalho Pinto de Souza Morais vs. Portugal, juzgado por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, cuestiona el ejercicio de la tutela del Estado sobre los cuerpos femeninos y el incumplimiento de los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres. Se busca abordar la incorporación de valores negativos en relación al ejercicio de la sexualidad femenina, teniendo como fundamento primordial el ejercicio de la sexualidad masculina como

1 Médica, mestranda em Direitos Humanos no Programa de Pós-graduação em Direito da UNIJUÍ. Bolsista CAPES. Integrante do Grupo de Pesquisa Biopolítica e Direitos Humanos. Ijuí, Rio Grande do Sul, Brasil. E-mail: sheila.carvalho@sou.unijui.edu.br

2 Mestranda em Direitos Humanos no Programa de Pós-graduação em Direito da UNIJUÍ. Bolsista CAPES. Integrante do Grupo de Pesquisa Biopolítica e Direitos Humanos. Ijuí, Rio Grande do Sul, Brasil. E-mail: victoria.pedrazzi@sou.unijui.edu.br. ORCID: <https://orcid.org/0009-0004-5422-6328>

3 Doutora em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (São Leopoldo/RS). Professora do Programa de Pós-graduação Stricto Sensu em Direito da UNIJUÍ. <https://orcid.org/0000-0003-3808-1064>. E-mail: joice.nielsson@unijui.edu.br. ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-3808-1064>

norma, no considerando como absoluto el derecho al placer femenino. Como resultado, el estándar patriarcal determina previamente las necesidades sexuales de las mujeres, manteniendo bajo control sus cuerpos, sus deseos y su libertad.

ABSTRACT

This article aims to reflect on sexual justice based on the case of Carvalho Pinto de Souza Morais vs. Portugal, judged by the European Court of Human Rights, questioning the State's exercise of guardianship over female bodies and the failure to observe women's sexual and reproductive rights. It seeks to address the incorporation of negative values in relation to the exercise of women's sexuality, having as its primary foundation the exercise of male sexuality as a standard, not considering the right to female pleasure as absolute. As a result, the patriarchal standard previously determines women's sexual needs, keeping their bodies, their desires and their freedom under control.

PALAVRAS-CHAVE: E Direito ao prazer; Direitos reprodutivos; Direitos Sexuais; Justiça sexual; Sexualidade.

PALABRAS CLAVE: Derecho al placer; Derechos reproductivos; Derechos Sexuales; Justicia sexual; Sexualidad.

KEY WORDS: Right to pleasure; reproductive rights; Sexual Rights; sexual justice; Sexuality.

I. Introdução

O artigo busca discutir a questão do acesso ao prazer feminino, a partir do caso Carvalho Pinto de Souza Morais vs. Portugal, julgado pelo Tribunal Europeu de Direitos Humanos em 25 de julho de 2017. Questiona as formas pelas quais o Estado exerce sua tutela sobre o acesso ao prazer, especificamente sob viés de gênero, analisando, a partir de um caso julgado pelo Tribunal Europeu de Direitos Humanos, o reconhecimento do prazer sexual como um bem implícito ao direito humano a uma vida sexual ativa. Apresenta, como hipótese, a consideração de que, na vinculação entre prazer e autonomia da sexualidade, estão imbricados inúmeros estereótipos de gênero e padrões sociais, culturais e interseccionais (como sexualidade, classe, raça e etarismo) desiguais, que tornam possível interpretar o acesso ao prazer sexual como bem jurídico a ser protegido, fundamental à vivência de uma vida plena de direitos e dignidade.

A respeito da sexualidade, o presente trabalho versa sobre a questão do prazer feminino em uma perspectiva transdisciplinar, e não apenas jurídica. Analisar-se-á a decisão da Corte Europeia de Direitos Humanos no caso Carvalho Pinto de Sousa Morais V. Portugal que, por um lado perspectiva o prazer como um bem jurídico dentro dos direitos sexuais, e, em contrapartida, desvela estereótipos de gênero envolvidos na sua consideração como "direito fundamental". Neste movimento, outras áreas para além do direito devem ser mobilizadas para compreender o prazer enquanto uma necessidade humana complexa, cujo entendimento, especialmente sob a perspectiva de gênero, clama pela ótica da filosofia, da sociologia, e da antropologia e de outras ciências humanas. E são essas reflexões além do direito que permitirão a compreensão das inúmeras camadas de estereótipos, preconceitos e necessidades que precisam ser desveladas para que pos-

samos falar de um direito ao exercício da sexualidade através da busca do prazer; direito esse que existe, “no papel”, para todos, mas cuja concretização está longe de ser uma realidade para as mulheres.

A metodologia utilizada no presente projeto consiste em pesquisas documentais e bibliográficas, escrutinando a bibliografia acerca do tema, além, é claro, da análise de caso que será empregada. A pesquisa será exploratória, utilizando-se de fontes bibliográficas, realizadas através de abordagens hipotético-dedutivas. Será observada a seleção de bibliografia em relação à temática que se pretende estudar, cuja função é a elaboração de um referencial teórico sobre o tema, respondendo ao problema que o trabalho propõe, colaborando com a hipótese e atingindo o objetivo da pesquisa. Ademais, a presente pesquisa foi determinada com base na metodologia hipotético-dedutiva, em seus aspectos qualitativos, bibliográficos, documentais e exploratórios. Verificando-se, principalmente, informações sobre o caso concreto discutido, bibliografias relacionadas a autores que estudam temáticas afins e documentos que remetem relevância sobre o tema abordado.

O estudo encontra-se dividido em duas seções que correspondem aos seus objetivos específicos. A primeira parte versa sobre o relato do caso Carvalho Pinto e Sousa versus Portugal no Tribunal Europeu de Direitos Humanos, com um olhar voltado aos estereótipos e violências de gênero. Já no segundo tópico, busca elucidar sobre o direito ao prazer e como as mulheres são atravessadas por decisões alheias sobre seus corpos, tendo seus direitos sexuais desvalorizados em relação aos dos homens, levantando questionamentos acerca da efetiva igualdade do direito à vida sexual plena para homens e mulheres.

II. O caso Carvalho Pinto e o viés de gênero na análise jurídica sobre a justiça sexual

O caso Carvalho Pinto remete a um fato ocorrido em dezembro de 1993, momento no qual a autora do processo, senhora Carvalho Pinto de Sousa Morais foi diagnosticada com bartolinite, uma doença ginecológica que afeta a glândula de Bartholin ao lado esquerdo de sua vagina. Foi sucessivamente submetida a drenagens, após as quais a glândula voltava a inchar, causando considerável dor. Em maio de 1995, a autora teve as duas glândulas de Bartholin removidas cirurgicamente no Centro Hospitalar de Lisboa Central (CHLC), onde realizava os acompanhamentos. Em uma data desconhecida após a alta hospitalar, ela começou a experienciar dor intensa e perda de sensação na vagina, além de incontinência urinária, dificuldades para sentar e caminhar e não pôde manter relações sexuais. Mais tarde, em uma clínica privada, teve o diagnóstico de lesão do nervo pudendo interno à esquerda e entrou com uma ação civil contra o CHLC, perante o Tribunal Administrativo do Círculo de Lisboa, em abril de 2000.

Em outubro de 2013, a Corte Administrativa de Lisboa decidiu parcialmente em favor da vítima, estabelecendo que ela:

Desde 1995 sofria de uma deficiência física que resultou numa incapacidade global permanente de 73% resultante da lesão do nervo pudendo. Após a alta do hospital, queixou-se de dor e insensibilidade na parte do corpo que havia sido submetida à operação, e ainda se encontrava edemaciada. O nervo pudendo esquerdo havia sido lesado durante a cirurgia, sendo causa da dor que a autora vinha sofrendo, da perda de sensibilidade e do edema na área vaginal. A autora sofreu diminuição da sensibilidade vaginal devido à lesão parcial do nervo pudendo esquerdo (Case Of Carvalho Pinto De Sousa Morais V. Portugal - Application No. 17484/15).

A Corte considerou que foi a injúria que causou, entre outros problemas, a perda de sensibilidade na vagina e incontinência urinária. Como consequência, ela tinha dificuldades para caminhar, sentar e ter relações sexuais, o que a fez sentir-se diminuída como mulher. Consequentemente, sofreu depressão, pensamentos suicidas e evitava contato com seus familiares e amigos. Em primeira instância, o lesante foi condenado ao pagamento de uma indenização de 172.000 euros. Ele apresentou recurso, o qual teve provimento. A decisão do Tribunal de recurso concluiu pela diminuição do valor indenizatório alegando que a mulher já tinha 50 anos na época da cirurgia e dois filhos, “isto é, uma idade em que a sexualidade não tem a importância que assume em idades mais jovens, importância essa que vai diminuindo à medida que a idade avança” (Case Of Carvalho Pinto De Sousa Morais V. Portugal Application No. 17484/15).

Um dos valores diminuídos dizia respeito ao pleito do pagamento de uma empregada doméstica para auxiliar no cotidiano, frente ao qual o tribunal de recurso argumentou que o valor seria excessivo, “atenta às idades dos seus filhos, a mesma apenas teria de cuidar do seu marido.” Duarte (2021) dispõe que o caso suscitou indignação junto à opinião pública, inclusive suscitando manifestação da Associação Sindical de Mulheres Juristas, demonstrando sua perplexidade quanto à aplicação da idade e da condição da maternidade para dirimir o direito ao gozo de uma vida sexual ativa.

Esgotadas as instâncias recursais, a autora recorreu ao Tribunal Europeu dos Direitos Humanos, que, em 2017, condenou o Estado Português por violar os artigos 8º e 14º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, referentes, respectivamente, ao direito ao respeito pela vida privada e familiar e à proibição da discriminação. Segundo Duarte (2021: 560), o Tribunal Europeu de Direitos Humanos considerou, assim, que a decisão do Supremo Tribunal Português “estava informada por preconceitos de gênero e de idade”.

Sob a ótica dos estudos sobre gênero, já antes de Foucault (2022) escrever, na História da Sexualidade 1, sobre o encontro dos discursos médico, político e jurídico sobre o corpo, ele falava no *Collège de France* sobre as relações de dominação exercidas pelo direito e pelo sistema judiciário:

O sistema do direito e o campo judiciário são o veículo permanente de relações de dominação, de técnicas de sujeição polimorfas. O direito, é preciso examiná-lo, creio eu, não sob o aspecto de uma legitimidade a ser fixada, mas sob o aspecto dos procedimentos de sujeição que ele põe em prática. (Foucault, 2010: 24)

Embora se referisse ao sistema penal, as técnicas de sujeição polimorfas não englobam apenas o que está escrito no ordenamento jurídico. Ao legislar através de lentes humanas, patriarcais em sua maioria, o direito pode aplicar mecanismos de sujeição que têm raízes nos mais antigos preconceitos da sociedade. E neste momento, o princípio da igualdade entre todos os seres humanos escapa por entre os dedos de um direito incapaz de despir-se de estereótipos de gênero (e de raça, cor, procedência, classe social, orientação sexual, entre outros).

O desvelamento da estrutura patriarcal e machista do direito já vem sendo feito pelo desenvolvimento da teoria feminista do direito, que, de acordo com Burckhardt (2017), se refere a um conjunto de estudos sobre a construção e do funcionamento do direito a partir de perspectivas que enfatizam suas implicações para as mulheres e para suas

vidas. Seja compreendendo o direito como um projeto teórico com efeitos concretos, seja como uma disciplina acadêmica, tais projetos incorporam questionamentos sobre o significado e o impacto do direito na vida das mulheres, reconhecendo que o direito nega experiências e necessidades das mulheres, e que o patriarcado permeia o sistema jurídico e todo o seu funcionamento de tal modo que todo o exercício do direito torna-se perpassado por julgamentos morais e políticos sobre o valor das mulheres e sobre como elas devem ser tratadas (Burckhardt, 2022).

Este conjunto teórico permite, por exemplo, analisar o caso concreto da Senhora Carvalho Pinto a partir da comparação de jurisprudência com casos semelhantes. A título de comparação, o acórdão do TEDH cita dois julgamentos. Um deles, realizado em março de 2008, quando a Suprema Corte de Justiça portuguesa concedeu uma indenização de €224.459,05 (superior à primeira instância do caso em questão) a um homem de quase 59 anos, pelo dano de ficar impotente e com incontinência urinária após uma prostatectomia radical. No outro caso, em junho de 2014, a Suprema Corte concedeu indenização de €100.000 a outro homem, este com 55 anos, que devido a um diagnóstico errôneo de câncer, foi submetido a uma prostatectomia radical que “teve efeitos permanentes em sua vida sexual”. A estes dois homens, não foi considerado o fato de ter ou não ter tido filhos na avaliação de seus danos. Também a idade de ambos, inclusive mais avançada do que a idade da senhora Carvalho Pinto de Sousa Morais, não foi motivo para reduzir o valor da indenização, devido à menor importância da atividade sexual em suas vidas.

Neste sentido, observa-se a diferença do valor concedido pelo Tribunal Português à vida sexual dos homens, comparado à da senhora Carvalho Pinto de Sousa Morais. No momento em que as leis são analisadas sob a ótica patriarcal, critérios baseados em estereótipos sexistas e etaristas determinam que a mulher é menos digna de ter uma vida sexual ativa porque já não é jovem e porque já teve filhos.

A redução da sexualidade feminina ao seu valor reprodutivo é uma forma de inserção das mulheres em dispositivos biopolíticos de poder. Foucault (2010) chama de biopolítica a tecnologia de poder, isto é, de exercer poder sobre determinada população. Embora lhe escape a especificidade da biopolítica sobre os corpos femininos, outras autoras têm buscado inserir a perspectiva de gênero no discurso foucaultiano. A pesquisadora Joice Graciele Nielsson (2022) discutiu o tema na descrição do *dispositivo da reprodutividade*, o controle de corpos femininos através da reivindicação da centralidade dos mesmos ao órgão reprodutivo, o útero.

Ao reivindicar a centralidade do corpo reprodutivo feminino e do útero, seu elemento biológico fundamental, à manutenção do poder, tanto disciplinar quanto biopolítico, pretende-se auxiliar na compreensão das razões pelas quais o controle do corpo feminino e a gestão da reprodução têm se tornado espaço privilegiado de atuação do patriarcalismo conservador (Sturza, Nielsson e Wermuth, 2020: 16).

Através da análise da história da laqueadura tubária na América Latina, Nielsson (2022: 81) apresenta a variação de critérios judiciais na gestão dos corpos femininos, nas decisões judiciais acerca de quais corpos estão aptos a reproduzir e quais não:

Essa variação de critérios a partir do perfil da paciente nada mais é do que a *exceptio biopolítica*. Em muitos casos, os critérios são instrumentalizados para dificultar ou

impedir a laqueadura para mulheres com certas características ou em determinadas situações, tornando o procedimento inalcançável. Por outro lado, para outras mulheres, os critérios são instrumentalizados para permitir a esterilização, à revelia da vontade (...).

Os estudos de Nielsson (2022) acerca da Lei do Planejamento Familiar no Brasil e América Latina são uma demonstração de como a proteção aos direitos sexuais e reprodutivos das mulheres escapa ao direito. Através das lentes patriarcais do Estado, misturam-se direito, opiniões pessoais, julgamentos morais e de cunho religioso, reforçando os mais variados estereótipos de gênero.

Na consideração do direito acerca do sexo, esses estereótipos são atravessados também pelo etarismo genderizado, através do qual a Suprema Corte portuguesa considerou que, aos 50 anos, a sexualidade de uma mulher já não tem mais a mesma importância do que em idades mais jovens, fato que não se reproduziu para os homens de 55 e 59 anos, conforme o acórdão. Naomi Wolf (2019) discorre sobre como a sexualidade feminina é submetida à “pornografia da beleza”, que vincula sexualidade à beleza, e beleza, à juventude. A beleza está na juventude e é esta mulher que é digna de gozar uma vida sexual. Também, porque esta é a mulher que pode reproduzir-se, fornecendo força de trabalho para girar a roda do capitalismo. É desta época, da racionalização capitalista da sexualidade, que remonta o desprezo pela sexualidade da mulher madura. Nesse sentido,

A repulsa que a sexualidade não procriativa estava começando a inspirar é bem evidente pelo mito da velha bruxa voando na sua vassoura (...). Este imaginário retrata uma nova disciplina sexual que negava à “velha feia”, que já não era fértil, o direito a uma vida sexual. (Federici, 2017: 346).

A sexualidade que não visa a procriação, não é legítima para a mulher, porque o lugar que lhe foi destinado na arena capitalista da modernidade foi o espaço privado do lar. Este é o estereótipo de gênero que ascendeu no século XVIII, com o enrijecimento da divisão entre os espaços público e privado, e que permanece no cerne moral da sociedade até hoje (Zanello, 2018). Através desta lente, a decisão da Suprema Corte diminuiu a indenização pleiteada pela mulher para ajuda doméstica, já que “atenta às idades dos seus filhos, a mesma apenas teria de cuidar do seu marido”. (Case Of Carvalho Pinto De Sousa Morais V. Portugal (Application No. 17484/15)).

Por meio da atribuição social do espaço privado à mulher, e da construção social da maternidade (amorosa), também lhe couberam as tarefas de cuidado. Estava no novo contrato, na divisão do trabalho firmada pelo pacto do casamento (Zanello, 2018). A mulher cuida da casa, dos filhos e, de acordo com a sentença do Supremo Tribunal português, do marido. A função social do cuidado dentro do espaço privado do lar é o estereótipo de gênero que exclui a mulher dos espaços públicos até os dias atuais. É entre e através desses diversos estereótipos de gênero da sociedade patriarcal que paira um suposto direito moderno liberal, visando a igualdade entre todos os indivíduos, e, portanto, entre homens e mulheres.

No entanto, apesar desta suposta igualdade, na prática o que se percebe é um direito ainda acorrentado aos princípios patriarcais, que por sua vez, são também vinculados à própria construção cultural diferenciada do comportamento sexual, algo aprendido,

de acordo com Gagnon (2006), e não meramente determinado por impulsos e instintos. Sob esta ótica, comportamentos sexuais seriam espécies de roteiros performados pelos atores sociais que interpretam as normas e mitos socioculturais, e que, segundo Araújo e Zanello (2024), levaria a um vínculo entre desigualdade de gênero e a aprendizagem e consideração social do que seja uma conduta sexual apropriada, dos modos 'adequados' de se lidar com o prazer, dentre outros, que determinarão uma espécie de "script sexual a ser seguido diferenciadamente de acordo com o gênero" (Araújo; Zanello, 2024: 03).

Tais imaginários sociais e scripts culturais também são reproduzidos através do discurso jurídico. Nas palavras de Lucas e Ghisleni (2016: 517), no que toca especificamente o corpo feminino, verifica-se que "o direito se apropria dele de forma bem específica, regulando condutas relativas à reprodução, contracepção, aborto, prostituição e esterilização (sobretudo em mulheres jovens), ou seja, à sexualidade de um modo geral".

Como observado no caso Carvalho Pinto de Sousa Morais v. Portugal, no direito também existem maneiras inespecíficas de se apropriar da sexualidade feminina, manipulá-la, fazê-la quase não existir. Essas maneiras estão no exercício diário do legislar "para todos", de garantir os direitos fundamentais do homem (do sexo masculino).

III. O direito a uma vida sexual: é possível falar em justiça sexual?

Embora o direito ao exercício da sexualidade através da busca pelo prazer sexual não seja um bem positivado explicitamente em ordenamento jurídico, sua tutela pelo Estado está implícita, como no caso do Tribunal Europeu de Direitos Humanos. Para Lopes (2022), o completo desenvolvimento da sexualidade, como direito humano, depende também da satisfação das necessidades humanas de desejo de contato, intimidade, expressão emocional, carinho, amor e prazer. No caso citado no acórdão, a tutela do direito ao prazer está implícita na defesa do prejuízo da vida sexual e da impotência sexual queixadas pelos dois homens. Está implícita, nos estereótipos de gênero aplicados ao julgamento do caso da Senhora Carvalho Pinto de Sousa Morais. Segundo manifestação da Associação Portuguesa de Mulheres Juristas, por ocasião do caso relatado:

o direito a uma vida sexual ativa se insere na esfera dos direitos sexuais e reprodutivos, que são direitos fundamentais pessoais, protegidos e tutelados pela Constituição da República, nomeadamente no seu artigo 26º n.º1, e pelo Direito Internacional dos Direitos Humanos. (Associação Portuguesa de Mulheres Juristas, 1988).

Neste sentido, é necessária uma compreensão ampla do que seria sexualidade, e, por sua vez, do próprio direito à saúde sexual. Tal compreensão, conforme explicitam Araújo e Zanello (2022), já vem ocorrendo, na medida em que o próprio DSM - V⁴ considera que a função sexual envolve uma interação complexa entre fatores biológicos, socioculturais e psicológicos. Este conceito mais amplo é reforçado pela Organização Mundial de Saúde, "para quem o foco da saúde sexual não está na "função" sexual, termo que pode inferir o sexo como um "trabalho" que os órgãos desempenham, mas se os indivíduos se sentem satisfeitos com o seu desempenho, experiências físicas, emocionais e sociais relacionadas ao sexo"⁵ (Araújo e Zanello, 2022: 03, tradução nossa).

4 O Manual Diagnóstico e Estatístico de Transtornos Mentais 5.ª edição ou DSM-5 é um manual diagnóstico e estatístico feito pela Associação Americana de Psiquiatria para definir como é feito o diagnóstico de transtornos mentais.

5 No original: "for which the focus of sexual health is not on the sexual "function", a term that can infer sex as a "job" that the organs perform, but whether individuals feel satisfied with their physical, emotional and social experiences in connection with sex" (Araújo, Zanello, 2022: 03).

Anna Srinivasan (2021: 12) chega a falar em um Direito ao Sexo, em seu livro homônimo. Para a autora, o sexo “que supomos ser o mais privado dos atos, é na verdade, algo público”. Isto implica considerar que, “os papéis que desempenhamos, as emoções que sentimos, quem dá, quem tira, quem exige, quem serve, quem deseja, quem é desejado, quem se beneficia, quem sofre: todas essas regras foram estabelecidas muito antes de entrarmos no mundo” (2021: 12). E tais formas de determinação são entrelaçadas com formas históricas de opressão e hierarquização de seres humanos: patriarcado, racismo, classismo, capacitismo, etarismo, dentre outros, são conjuntos de opressão estruturais que colonizam tanto o sexo quanto a própria constituição do desejo e da satisfação sexual (Zanello, 2018).

Nestes termos, cabe questionar, o direito a uma vida sexual ativa contempla igualmente homens e mulheres? Carmita Abdo (2019), psiquiatra, pesquisadora da área médica, evidencia em seus estudos empíricos que, no Brasil, 8,2% das mulheres se queixam de absoluta falta de desejo sexual; 26,2% não atingem o orgasmo; 26,6% têm dificuldade de excitação e 17,8%, dispareunia (dor na relação sexual).

Além disso, na mesma senda sobre o controle da sexualidade e liberdade sexual das mulheres, Nielsson (2022) discute que esterilização voluntária foi proibida em 1984 pela Resolução nº 1.154 do Conselho Federal de Medicina, salvo em casos específicos, mediante indicação médica e atestado assinado por dois médicos. Já em 1988, o Código de Ética Médica proibiu a realização da cirurgia em todas as hipóteses, mas essa proibição não inibiu a prática do procedimento, principalmente no setor privado (apud Berquó; Cavenaghi, 2003). Nessa época, “mais de 44% das mulheres brasileiras em idade reprodutiva estavam esterilizadas, ou seja, 7,5 milhões de mulheres brasileiras em idade reprodutiva estavam incapacitadas para ter filhos.” (Nielsson, 2022). Isso reflete diretamente na qualidade de vida sexual dessas mulheres, que assim como a senhora Carvalho Pinto de Sousa Morais, milhares de brasileiras tiveram e tem seus corpos violados e desrespeitados, muito mais do que em relação aos homens. Nesse sentido,

De acordo com os dados fornecidos pelo Ministério da Saúde do Peru, os procedimentos de esterilização forçada foram mais intensamente utilizados contra as mulheres do que contra os homens. O fato de pertencer a uma classe social desfavorecida, sendo uma trabalhadora do campo, pobre e sem instrução, também a colocou em situação de vulnerabilidade frente às ameaças deferidas pelos profissionais da saúde pública (Nielsson, 2022: 70, apud Lima, 2014: 343).

Em contraponto com os dados da esterilização feminina coercitiva, pode-se observar dados que não respeitam também a liberdade daquelas mulheres que desejam de fato o acesso a contracepção. Em 2024 o Comitê para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher (Cedaw) da Organização das Nações Unidas (ONU) cobrou o país por falhas no acesso ao aborto previsto em lei⁶. No ano de 2023, mais de 12.000 meninas entre 8 e 14 anos foram mães no Brasil⁷, evidenciando uma verdadeira epidemia de gravidez na adolescência, potencializada pelo acesso inadequado aos métodos contraceptivos e ao aborto legal. Embora a legislação garanta direito ao aborto legal para

6 Disponível em: <Brasil: Comitê da ONU analisa avanços e preocupações na proteção das mulheres ONU News> Acesso em 29. jul. 2024.

7 Disponível em: <ONU cobra Brasil por aborto legal após 12 mil meninas serem mães em 2023 – Geledés (geledes.org.br)> Acesso em 29. jul. 2024.

essas meninas, elas não têm acesso ao direito, e terminam, por fim, no exercício de uma maternidade obrigatória e imposta por terceiros.

Ademais, no caso em discussão, a senhora Carvalho Pinto de Sousa Morais apresentou ao Tribunal Superior de Portugal a queixa de “dificuldade para manter relações sexuais”, relacionada com o edema local e com a diminuição da sensibilidade na região da vagina. Relacionou também essas queixas à diminuição do seu sentimento de “ser mulher”, sintomas depressivos, afastamento do convívio de amigos e familiares e pensamentos suicidas, demonstrando que a dimensão sexual feminina envolve camadas que escapam à razoabilidade prática do ordenamento jurídico.

Isso porque as discussões que positivam ordenamentos jurídicos podem não começar na razão prática. A complexidade das necessidades humanas requer a elaboração dos discursos, de forma que os direitos humanos passem à luz das ciências sociais. A própria relação entre filosofia e direito é umbilical e originária. A discussão acerca do direito ao prazer clama por estas intersecções.

O direito à vida sexual é um bem fundamental. Tão fundamental que a ausência de sua possibilidade causou ideias suicidas à senhora Carvalho, Pinto de Sousa Morais. Entretanto, é impossível falar sobre vida sexual sem considerar a perspectiva de gênero. Quando o bem “prazer sexual” é relativo ao ser humano do gênero masculino, ele, geralmente, está implícito no ato sexual. Para a mulher, existem diversas camadas implicadas no direito ao prazer sexual, sejam elas cada um dos estereótipos discutidos anteriormente, que tornam a relação entre prazer e ato sexual um tanto nebulosa. O ato sexual pode não significar prazer, ou mesmo pode, com expressiva maior frequência do que para o homem, significar uma violência.

Nas palavras de Araújo e Zanello (2024), o desejo sexual das mulheres pode ser analisado pela interação de vários fatores, tais como fatores: biológicos, consequência de mecanismos neuroendócrinos que estimulam interesse sexual; psicológicos, como alterações do humor e automonitoramento crítico durante o ato sexual; socioculturais, as crenças e valores que são o resultado do componente social que promove expectativas e idealizações sobre a atividade sexual e, os fatores interpessoais, a satisfação da mulher com o seu relacionamento, a qualidade da comunicação entre ela e o parceiro, resultando na sua motivação para o sexo. Para as autoras, todas essas condições podem afetar o desejo feminino e interagem entre si o tempo todo, de forma dinâmica” (2024: 03).

Para as autoras (Araújo e Zanello, 2022: 02, tradução nossa),

O desejo sexual é um fenômeno complexo que compreende diferentes dimensões, como o corpo biológico, o corpo de experiência, as emoções, o enquadramento cultural específico (incluindo gênero, raça, classe social, educação, crenças, moralidade etc.), configurações biográficas idiossincráticas, o imaginário e comportamentos, entre outros. Dentre diversas definições de desejo sexual, podemos entendê-lo como uma experiência cognitiva, caracterizada por pensamentos, fantasias, motivações; uma entidade emocional como interesse sexual e desejo de fazer sexo; ou um evento comportamental, como receptividade ou início de atividade sexual⁸.

8 No original: “Sexual desire is a complex phenomenon that comprises different dimensions, such as the biological body, the experience body, emotions, specific cultural framework (including gender, race, social class, education, beliefs, morality, etc.),

Christa Wichterich (2015), descreve que o “desenvolvimento do desejo e da escolha individual é moldado, em qualquer época, por contextos particulares, relações sociais e pela interação das estruturas econômicas e políticas de poder.” Dessa forma, os desejos sexuais e reprodutivos são atravessados por decisões externas, normalmente feitas por todos que não são (ou pelo menos não deveriam ser) de fato, detentores do poder da tomada dessas decisões. A autora ainda traz questionamentos sobre a temática:

Até que ponto as mulheres são vítimas do controle masculino e subordinação patriarcal, e ao mesmo tempo são agentes que escolhem e decidem por si mesmas? Como cada ser humano existe em um nexo de relações sociais e se enreda nas estruturas e sentimentos de pertencimento, dependências, ordens simbólicas e regimes normativos relevantes, até que ponto é possível falar de livre escolha, autonomia e autodeterminação? Qual é a relação com o próprio corpo? Será que uma mulher possui o próprio corpo? Ou ela é seu corpo? (Wichterich, 2015: 21).

Nas relações heterossexuais, o prazer sexual feminino passa por uma construção social de gênero que determina a sujeição da mulher em relação ao homem (Butler, 2020). Essa é a forma como a mulher se constituiu como sujeito ao longo da história. Na submissão ao homem, na construção social da maternidade e da mulher cuidadora do lar, está subjetivado também o ato sexual com finalidade reprodutiva, e, portanto, falocêntrico, que tem como objetivo final a ejaculação (orgasmo) masculino. O prazer feminino não é priorizado, quiçá representado.

É o que identificaram Araújo e Zanello (2024) em pesquisa recente, segundo a qual, a diminuição do desejo é uma queixa frequente entre mulheres brasileiras em relacionamentos heterossexuais prolongados, sendo quatro vezes mais frequente entre as mulheres que nos homens. Ao pesquisar o tema, as autoras propugnavam a necessidade de avaliar outros aspectos que influenciam a libido feminina, para além dos aspectos biológicos, especialmente vinculados à desigualdade de gênero como centrais ao fenômeno: 1) criação/educação sexista; 2) relacionamentos amorosos marcados por assimetrias; 3) questões relativas aos dilemas da maternidade.

Quanto à educação sexista (Araújo e Zanello, 2024) apontam o papel da família, da religião e do entorno cultural para que o sexo seja visto pelas mulheres como um tabu, com a valorização da renúncia e do recato sexual, e a desvalorização da mulher ‘desejante’, ou seja, evidenciou-se a incorporação de valores negativos em relação ao exercício da sexualidade pelas mulheres. O segundo eixo enfatiza a assimetria de gênero nos relacionamentos amorosos, tendo homens e mulheres expectativas discrepantes em relação ao sexo e ao afeto, promovendo assim um desigual investimento e compromisso de lealdade, de acordo com os processos de subjetivação gendrados. O terceiro eixo, por sua vez, destaca o forte impacto negativo da maternidade sobre a libido feminina, seja pela sobrecarga advinda do cuidado com os filhos, seja pela falta de parceria e consequente decepção em relação ao marido na função de pai, seja pela dificuldade de se ver como mulher sexual, após se ver como mãe.

Há constantes lutas para os avanços para autonomia da mulher quanto ao seu corpo e sua sexualidade na sociedade, como por exemplo o uso ou não de tecnologias reprodu-

biographical settings idiosyncratic, the imaginary, and behaviors, among others. Among several sexual desire definitions, we may understand it as a cognitive experience, characterized by thoughts, fantasies, motivations; an emotional entity as sexual interest and desire to have sex; or a behavioral event, such as receptivity or initiation of sexual activity.

tivas, barrigas de aluguel, congelamento de óvulos, dentre outros mecanismos (Wichterich, 2015). No entanto, ocorrem casos como o de Carvalho Pinto de Sousa Morais para confirmar que “o conceito de escolha individual e autonomia mascara as relações de desigualdade social nas quais essas decisões são tomadas” (Wichterich, 2015: 22). O prazer feminino é relativizado tão facilmente quanto os arrazoamentos apresentados pela Suprema Corte Portuguesa para diminuir a indenização da autora do processo, ou anulado e desautorizado como o “hábito cultural” da mutilação genital feminina (Ghisleni, 2023).

Na busca pela igualdade de direitos fundamentais, no caso do prazer, há o lugar do não dito, que é o caso de considerar o prazer implícito no gozo dos direitos sexuais, e este, por sua vez, ser interpretado como o direito de manter uma vida sexual ativa. Enquanto para os homens, gozar de uma vida sexual ativa significa, via de regra, ter prazer, existem várias outras camadas de considerações das quais dependem o prazer feminino, ainda que dentro da possibilidade de ter uma vida sexual ativa.

Sobre a questão, em sua abordagem das capabilities, a filósofa Martha Nussbaum, prevê uma lista de capacidades fundamentais para a vida humana minimamente digna, em uma abordagem dos próprios direitos humanos. Martha Nussbaum (2020) cita, entre as capacidades fundamentais para uma vida digna, a oportunidade para satisfação sexual plena de todos os seres humanos.

Assim, na intersecção entre filosofia e direito, o discurso parece começar a contemplar o prazer feminino. E a construção do discurso é parte fundamental para a elaboração da necessidade humana. Segundo Foucault (2022), para dominar o sexo no plano real, foi necessário, primeiro, reduzi-lo ao nível da linguagem e extinguir a circulação das palavras que o tornavam presente de forma excessivamente sensível, à luz da filosofia, das ciências sociais, das ciências naturais e, também, à luz dos direitos humanos. Uma necessidade humana fundamental não é inexistente porque não foi dita. Dessa forma,

em todo lugar e em todo momento existe uma verdade a ser dita e a ser vista, uma verdade talvez adormecida, mas que, no entanto, está somente à espera do nosso olhar para aparecer, à espera de nossa mão para ser desvelada. A nós cabe achar a boa perspectiva, o ângulo correto, os instrumentos necessários, pois de qualquer maneira ela está presente aqui e em todo lugar (Foucault, 2023: 190).

Vê-se que o direito à sexualidade plena da mulher está estritamente ligado ao direito do homem à sexualidade. As mulheres, em suas peculiaridades e desejos são em grande parte diminuídas e suas satisfações sexuais vinculadas à satisfação sexual do parceiro. Tampouco essas mulheres reconhecem essa violência destinada ao controle dos seus próprios corpos, pois estão submersas e submetidas ao sistema que as destinou à submissão e a desapropriação da sua própria sexualidade.

Assim, conclui-se que o direito ao exercício da sexualidade através da busca pelo prazer pode ser considerado, conforme apontado no próprio título deste texto, como uma questão de justiça sexual, ou seja, uma questão pública, que atravessa o direito humano à plena vivência de uma vida digna. Para sua efetivação plena, no entanto, é necessário ainda superar recortes estruturais de formas de desigualdade que impedem o pleno acesso a esta justiça para uma grande gama de pessoas, que não são nem lidas socialmente como sujeitos desejantes e aptos a viverem uma vida sexual plena.

Conforme ilustrado pelo caso Carvalho Pinto de Sousa Morais v. Portugal, existe um status quo patriarcal que determina previamente qual a necessidade sexual das mulheres, de acordo com padrões estabelecidos pelas lentes patriarcais. Esses padrões, no caso citado, podem ser a idade ou o status marital da mulher, indicando que sua vida sexual não apenas enfrenta o etarismo, como também está “a serviço” do companheiro.

Mas, de outro modo, também podem significar as razões pelas quais as mulheres são violentadas, ainda “a serviço” do patriarcado, pela roupa que usam ou por seu comportamento social. Em todos os cenários, não é o direito ao exercício sexual através da busca pelo prazer da mulher que está em foco. No momento em que a sexualidade aparece como uma dimensão dos direitos humanos (Lopes, 2022), é necessário estabelecer de qual sexualidade se está falando, a partir de qual perspectiva e para quem. E é necessário dar voz às mulheres, para que se entenda qual é a sua necessidade de exercício sexual e busca pelo prazer.

IV. Considerações finais

O caso Carvalho Pinto de Sousa Morais v. Portugal no Tribunal Europeu de Direitos Humanos assegura que há alguma tutela do Estado sobre o direito ao prazer, como um bem jurídico. Entretanto, o direito ao prazer não está no ordenamento jurídico. É um direito implícito no gozo dos direitos sexuais, no direito a uma vida sexualmente ativa. Tais condições, como vimos, nem sempre contemplam as mulheres. Além disso, por meio de tais implicações, o direito ao prazer está sujeito à leitura da sociedade patriarcal e à interpretação através de estereótipos de gênero e idade, como no caso em questão.

Neste aspecto, a condenação do Estado português no caso dá visibilidade a movimentos anti-patriarcais do direito. Na perspectiva cética a respeito do papel do modo de atuação do direito na construção de uma sociedade igualitária para as mulheres, casos como o do Tribunal Europeu de Direitos Humanos merecem destaque por sua postura progressista. É de extrema importância a construção do discurso, no sentido de nomear estereótipos de gênero e idade, e trazer à luz a falibilidade do Estado na proteção dos direitos fundamentais das mulheres. Se, por um lado, a decisão não unânime do Tribunal Europeu de Direitos Humanos nos ensina que as raízes patriarcais ainda são profundas, por outro lado a construção antidiscriminatória do acórdão nos mostra para qual lugar caminhar-se-á na busca por posicionamentos que respeitem minimamente os direitos das mulheres.

Da mesma forma, da construção do discurso sobre o direito ao prazer é elaborada a necessidade humana fundamental do prazer sexual. O que não está elaborado, não pode ser requerido. Não há luta por aquilo sobre o que não é falado. E o que são os direitos humanos senão a luta constante pela universalidade da dignidade humana? E não fará o prazer, a satisfação sexual, parte das condições mínimas para essa dignidade humana? Entretanto, nomear um direito está muito distante de concretizá-lo, de universalizá-lo. A concretização do direito ao prazer parte da elucidação das condições que o violam. No caso das mulheres, parte do questionamento dos estereótipos e construções de gênero que transitam entre a mulher e sua verdadeira essência, seu verdadeiro “eu” sexual. É, portanto, uma (des)construção social, histórica, antropológica e filosófica.

Essa construção social do direito ao exercício da sexualidade através da busca pelo prazer é, para as mulheres, uma questão de justiça sexual. Mas, como falar em justiça sexual

a partir da perspectiva feminina, se o que se tem como referência são os prazeres masculinos? Sem dúvida o caminho a ser trilhado passa pela elaboração do discurso. Pela nomeação e reconhecimento daquilo que não se percebe, do que está nas entrelinhas sociais. Não nomear pode significar estar implícito ou não ser relevante, dependendo das lentes pelas quais são feitas as leituras. Não nomear o direito ao prazer desconsidera essa grande parcela da população que não é considerada implicitamente no termo “direitos sexuais”. Afinal, o que são os direitos sexuais, senão ainda os direitos fundamentais do homem?

Referências

- Abdo, Carmita Helena Najjar. (2019). Quociente sexual feminino: um questionário brasileiro para avaliar a atividade sexual da mulher. *Revista Diagn. tratamento*. vol 14 (2): 89-90, abr.-jun.
- Araújo, Gerli e Zanello, Valeska. (2024). Só quero carinho: mulheres e desejo sexual em relacionamentos prolongados. *Psicologia em Estudo*, 29(1). Disponível em: <https://doi.org/10.4025/psicolestud.v29i1.56015>. Acesso em: 10. jun. 24;
- Araújo, G., e Zanello, V. (2022). Sexual desire in Brazilian women: an integrative review of scientific literature. *Estudos De Psicologia (campinas)*, 39, e210036. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/1982-0275202239e210036>. Acesso em: 10. jun. 24;
- Associação portuguesa de mulheres juristas. (1988). Disponível em: <https://www.apmj.pt>. Acesso em: 24. out. 2023;
- Burchard, Melissa. (2022). *Teoria do Direito Feminista*. Tradução de Rafaela Missaggia Vaccari. Revista Peri, v. 14, n. 01;
- Buttler, Judith. (2022). *A vida psíquica do poder: teorias da sujeição*. Tradução Rogério Bettoni. 1 ed. 6. Reimpr. Belo Horizonte: Autêntica;
- Council of Europe, *Overview of The Case-Law ff The European Court of Human Rights*. (2017). The Netherlands, WOLF LEGAL PUBLISHERS, 2018;
- Duarte, Madalena. (2023). Olhares feministas sobre o Direito e o TEDH: o caso Carvalho Pinto de Sousa v. Portugal. *Revista Iberoamericana de Filosofia, Política, Humanidades y Relaciones Internacionales*, ano 23, n. 46, p. 553-570. Disponível em: <https://dx.doi.org/10.12795/araucaria.2021.i46.27>. Acesso em 24. out. 2023;
- Facchi, Alessandra. (2011). *Breve história dos direitos humanos*. São Paulo: Ed. Loyola, 2011;
- Federici, Sílvia. (2017) *Calibã e a bruxa: mulheres, corpo e acumulação primitiva*. Tradução Coletivo Sycorax. São Paulo: Ed. Elefante;
- Flores Herrera, Joaquín (2009) *Teoria crítica dos direitos humanos: os direitos humanos como produtos culturais*. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris;
- Flores Herrera, Joaquín (2005) *De habitaciones propias y otros espacios negados (Una teoría de las opresiones patriarcales)*. Bilbao: Universidad de Deusto.
- Foucault, Michel. (2010) *Em defesa da sociedade: curso no Collège de France (1975-1976)*. Tradução Maria Ermantina Galvão. 2. Ed. São Paulo: WMF Martins Fontes.
- Foucault, Michel. (2023). *Microfísica do poder*. Org. Roberto Machado. 15ª ed. Rio de Janeiro/São Paulo: Paz e Terra.
- Foucault, Michel. História da sexualidade 1. (2022). *A vontade de saber*. Tradução Maria Thereza da Costa Albuquerque e J. A. Guilhon Albuquerque. 13ª ed. Rio de Janeiro/São Paulo: Paz e Terra.

- Gagnon, J. H. (2006). *Uma interpretação do desejo: Ensaio sobre o estudo da sexualidade*. (L. R. da Silva, Trad.). Rio de Janeiro: Garamond.
- Ghisleni, Pâmela Copetti. (2023) *Direitos humanos para quem(m)? Universalidade e historicidade em debate*. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris.
- Lopes, Fernanda. (2023). Justiça reprodutiva: um caminho para justiça social e equidade racial e de gênero. *Organicom*, São Paulo, Brasil, v. 19, n. 40, p. 216–227. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/organicom/article/view/205773>. Acesso em: 10 jun. 2024.
- Lucas, Douglas Cesar; ghisleni, Pâmela Copetti. (2016). O corpo que fala: a (im)possibilidade de regulação das novas experiências corporais pelo direito. *Revista Direito e Garantias Fundamentais*, Vitória, v. 17, n. 2, p. 493-526, jul./dez. 2016.
- Nielsson, Joice Graciele. (2022). *Direitos reprodutivos e esterilização de mulheres: a Lei do Planejamento Familiar 25 anos depois*. Santa Cruz do Sul: Ed. Essere nel Mondo, 2022.
- Nussbaum, Martha C. (2020). *Fronteiras da justiça. Deficiência, nacionalidade, pertencimento à espécie*. Tradução de Susana de Castro. São Paulo: Ed. WMF-
- Sturza, Janaína Machado; Nielsson, Joice Graciele; Wermuth, Maiquel Ângelo Dezordi. (2020). *Biopolítica e direitos humanos: Entre desigualdades e resistências*. Santa Cruz do Sul: Ed. Essere nel Mondo.
- Wolf, Naomi. (2019). *O mito da beleza*. Rio de Janeiro: Ed. Rosa dos Tempos.
- Wichterich, Christa. (2015). *Direitos Sexuais e Reprodutivos*. Rio de Janeiro: Heinrich Böll Foundation, 40 p. 2015.
- Zanello, Valeska. (2018). *Saúde mental, gênero e dispositivos. Cultura e processos de subjetivação*. Curitiba: Ed. Appris.

Técnicas de Inseminación Casera (TIC) en Argentina: tensiones y abordajes jurisprudenciales

Home Insemination Techniques (HIT) in Argentina: tensions and jurisprudential approaches

Melina Andrea Deangeli¹

DOI: [https://doi.org/10.37767/2591-3476\(2024\)10](https://doi.org/10.37767/2591-3476(2024)10)

Fecha de envío: 30.06.2024

Fecha de aceptación: 11.09.2024

RESUMEN:

La magnitud de los cambios acontecidos como efecto del proceso de constitucionalización del derecho privado y los mayores niveles de visibilización de formas familiares diversas que se presentan en la realidad social se cristalizan en el actual derecho de familias. Caracterizado como un código para una sociedad multicultural, el actual CCCN reconoce tres fuentes filiales: por naturaleza, adoptiva, y por Técnicas de Reproducción Humana Asistida (TRHA). Sin embargo, prácticas tales como las Técnicas de Inseminación Casera (TIC) plantean interrogantes e invitan a la reflexión. En el presente trabajo, se caracterizan las TIC, recuperando a tal fin las elaboraciones doctrinarias de diferentes juristas, y se analiza la respuesta que la jurisprudencia ha brindado a los casos llevados a resolver sobre esta cuestión.

ABSTRACT

The magnitude of the changes that have occurred as an effect of the process of constitutionalization of private law and the higher levels of visibility of diverse family forms that appear in social reality are crystallized in current family law. Characterized as a code for a multicultural society, the CCCN recognizes three sources of affiliation: by nature, adoptive, and Assisted Human Reproduction Techniques (HRT). However, practices such as Home Insemination Techniques (TIC) that raise questions and invite reflection. In this work, ICTs are characterized, recovering for this purpose the doctrinal elaborations of different jurists, and the response that jurisprudence has provided to the cases brought to resolution on this issue is analyzed.

¹ Abogada (FD-UNC), Profesora y Licenciada en Historia (FFyH - UNC), Escribana (UES Siglo 21), Maestranda en Derecho Procesal en estado de tesis (UES Siglo 21), Especializanda en Derecho Procesal (FD - UNC) y en Derecho de las Familias (UNPAZ), ambas actualmente en curso. Adscripta a la cátedra B, Derecho Privado VI, carrera Abogacía (FD-UNC). Escribiente con funciones de Asistente de Magistrado (Relatoría) del Juzgado de Primera Instancia y Competencia Múltiple de la ciudad de Oliva, Poder Judicial de la Provincia de Córdoba. Integrante del Proyecto de investigación subsidiado por SECyT, titulado: "El reconocimiento jurídico de los vínculos socioafectivos y la determinación de los efectos patrimoniales ante la disolución de vínculos familiares o convivenciales plurales", dirigido por la Dra. Olga Orlandi y codirigido por la Dra. Andrea Kowalenko. Mail: melinadeangeli@gmail.com. ORCID 0000-0002-0158-711X

PALABRAS CLAVE: Filiación; Técnicas de Reproducción Humana Asistida; Técnicas de Inseminación Casera.

KEY WORDS: Filiation; Assisted Human Reproduction Techniques; Home Insemination Techniques

I. A modo de presentación

El actual Código Civil y Comercial de la Nación argentina, sancionado mediante ley N° 26.994, ha sido definido, en el texto mismo del Anteproyecto para la reforma, como un “Código para una sociedad multicultural”². De esta manera se enfatizaba, ya en la génesis inicial del nuevo ordenamiento, la magnitud de las transformaciones que conllevaría en materia de derecho de familias, en la vocación de reconocer y conferir marcos de legalidad a múltiples y diversas configuraciones familiares que exceden y desbordan, ampliamente, el modelo de familia anclado sobre el matrimonio heterosexual entre personas cisgénero, prototipo sobre el que descansaba la forma de familia que gozaba, en forma exclusiva, del reconocimiento legal con anterioridad a la reforma del CCCN³.

Sin embargo, a casi una década de sanción del actual código sustantivo, algunas cuestiones referidas a la filiación presentan verdaderos desafíos en la actualidad, suscitando planteos jurisprudenciales y concitando la atención de la doctrina. Es el caso de la gestación por sustitución, de la fertilización *post mortem* en las TRHA, de los proyectos pluriparentales, y de las Técnicas de Inseminación Caseras (TIC)⁴.

En el presente trabajo, desarrollamos las principales tensiones que presentan las TIC, y recuperamos, a tal fin, las elaboraciones doctrinarias que se formularon al respecto. Asimismo, abordamos la solución que desde la labor jurisprudencial se ha elaborado para resolver en casos recientes vinculados a TIC. Para ello, las próximas páginas se estructuran del modo que a continuación se presenta: en un primer apartado, desarrollamos las fuentes de filiales reconocidas por el CCCN, y destacamos la importancia del escenario social en el reconocimiento de una nueva fuente filial: las TRHA. En un segundo eje, sistematizamos las notas distintivas de la filiación por TRHA. En la tercera sección de este trabajo, trazamos un esquema en materia de regulación de las TIC en el derecho compa-

2 Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación. Fundamentos. 2012.

3 En este punto, es de importancia remarcar que, previo a la reforma del CCCN por Ley 26994, fueron sancionadas leyes que constituyeron un avance en la ampliación de las formas familiares reconocidas por el ordenamiento jurídico, entre las que podemos mencionar como hitos la ley de matrimonio igualitario (26.618, de 2010), ley de identidad de género (26.743, de 2012), la ley 26.862 y su decreto reglamentario 956/2013 de acceso integral a las técnicas de reproducción humana asistida. Al respecto, ver Herrera (2016). Sin embargo, el actual CCCN, inspirado en el principio de realidad, aglutina el conjunto de transformaciones que se venían gestando en el plano social y que encontraron expresión normativa en las reformas legales mencionadas, consagrándose así en el corpus normativo fondal el reconocimiento de efectos jurídicos a variadas configuraciones familiares.

4 Es menester remarcar que la omisión de regulación expresa de prácticas tales como la gestación por sustitución y la filiación *post mortem* en las TRHA obedece a una decisión adoptada en el seno del debate legislativo, habida cuenta que el proyecto de reforma del CCCN contenía, en su redacción originaria, una norma expresa (art. 562) que regulaba de manera explícita la gestación por sustitución, mientras que en el art. 563 se estipulaban las disposiciones que regirían en materia de filiación *post mortem* en las TRHA. Con posterioridad a la sanción del Código, se han presentado proyectos de ley para la regulación de tales cuestiones. En el mismo sentido, no es ocioso advertir que la triple filiación ha suscitado no solo numerosos planteos jurisprudenciales, sino también ha sido objeto de debate doctrinario. Así, por ejemplo, es posible mencionar que ya en las XXV Jornadas Nacionales de Derecho Civil, celebradas en Bahía Blanca en 2015, las conclusiones de la Comisión 6 (Familia), sostuvieron que en los casos de pluriparentalidad es posible declarar la inconstitucionalidad del art. 558 del CCCN (mayoría), mientras que, en minoría, se sostuvo que tales casos pueden ser resueltos a partir de una lectura sistémica de todo el código, en particular de los arts. 1 y 2 del Título Preliminar (ver <https://jndcbahia Blanca2015.com/category/conclusiones/>). La cuestión continuó siendo analizada en el marco de las XVIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil realizadas en Mendoza en el año 2022, donde se presentaron numerosas ponencias que abordaron el fenómeno de la triple filiación vinculado a la socioafectividad (ver Krasnow, 2022; Herrera y de la Torre, 2022, por citar algunos ejemplos, en: <https://www.jornadasnacionalesderechocivil.org/ponencias/comisi%C3%B3n-7-familia>).

rado, a la vez que relatamos algunos de los casos judiciales más resonantes a nivel internacional. En el cuarto apartado, recuperamos producciones doctrinarias sobre las TIC, y proponemos un abordaje de los principales nudos problemáticos que se presentan en torno a su regulación, a la vez que planteamos algunos de los interrogantes y advertimos las posibles tensiones que pueden suscitarse en la realidad, frente a la omisión de legislación expresa de las TIC. Por último, presentamos los casos sobre TIC llevados a resolver por los Tribunales, y presentamos un compendio de los principales argumentos sobre los que se estructuró el discurso judicial en la resolución de los mismos.

II. La filiación en el CCCN

La magnitud de los cambios acontecidos como efecto del proceso de constitucionalización del derecho privado –que encuentra, entre sus hitos fundantes, la reforma constitucional de 1994- y los mayores niveles de visibilización de formas familiares diversas que se presentan en la realidad social resuenan con fuerza en el actual CCCN. En ese marco, la reforma consagrada a partir del CCCN impacta de lleno en un instituto medular del derecho de familias: la filiación. De este modo añade, al elemento biológico -fuente filial por antonomasia-, y a la posteriormente reconocida filiación adoptiva, una tercera fuente: las Técnicas de Reproducción Humana Asistida (TRHA).

Tal como se indicó previamente, la nueva legislación en materia de derecho de familias abrega en dos fuentes fundamentales: el principio de realidad –esto es, la vocación de presentarse como un código para una sociedad multicultural, que contempla las múltiples formas de organización familiar-, y el paradigma de derechos humanos que se impone como efecto del proceso de constitucionalización.

Sobre el primer punto, no es ocioso enfatizar que, siguiendo a Kemelmajer de Carlucci, el CCCN regula las relaciones familiares en general y la filiación, en particular, de una premisa clara: el concepto jurídico de familia, al igual que el de filiación y el de matrimonio, no está atado a la naturaleza; sino que se encuentra estructurado por la cultura. De tal modo, la jurista advierte que la pretensión que encierra la nueva legislación es, precisamente: “...regular una serie de opciones de vida propias de una sociedad pluralista, en la que conviven diferentes visiones que el legislador no puede desatender...” (2014, p.4). El esquema trazado respecto a los elementos que convergen en la construcción del actual derecho de familias quedaría incompleto si no se reconociera la influencia del proceso de constitucionalización y convencionalización que ha atravesado esta rama jurídica en particular. El proceso que cristalizó en la modificación del sistema jurídico argentino conllevó un “...avance axiológico y un puente hacia la reformulación de la supremacía constitucional como faro del sistema jurídico argentino...” (Lloveras, 2018, p.109).

Como efecto del proceso descrito en párrafos anteriores, el actual ordenamiento fondal reconoce, entonces, tres fuentes filiales: por naturaleza, por adopción, y por TRHA; a la vez que estipula que, quienes nacieron por las técnicas de reproducción humana asistida son hijos de quien dio a luz y del hombre o de la mujer que también ha prestado su consentimiento previo, informado y libre (art. 562). Los principios consagrados por el ordenamiento convencional-constitucional se proyectan con intensidad en la regulación de la filiación, y se establece así, por imperio de lo dispuesto por el art. 558, el principio de igualdad de las filiaciones.

La distinción entre filiación matrimonial y extramatrimonial es mantenida en el actual

CCCN, que establece diferentes pautas para la determinación de la filiación en cada caso: Así, mientras la filiación matrimonial queda establecida en base a la presunción que establece que son hijos/as del o la cónyuge, los nacidos después de la celebración del matrimonio y hasta los trescientos días posteriores a la interposición de la demanda de divorcio o nulidad del matrimonio, de la separación de hecho o de la muerte. Esta presunción, que no rige para los casos de TRHA si el o la cónyuge no prestó el correspondiente consentimiento previo, informado y libre, admite prueba en contrario (art. 566). Por otra parte, la filiación extramatrimonial queda determinada por el reconocimiento, por el consentimiento previo, informado y libre al uso de las técnicas de reproducción humana asistida, o la sentencia que así lo declare (art. 570).

III. Algunas precisiones sobre las TRHA

Antes de adentrarnos en el análisis de los principales nudos problemáticos que ha señalado la doctrina en relación a la regulación de las TIC, es pertinente, en primer lugar, caracterizar a las TRHA en el ordenamiento jurídico argentino. A tal efecto, es dable apuntar que, conforme la definición que aporta el decreto reglamentario 956/2013, que reglamenta la ley N° 26.862 sobre “acceso integral a los procedimientos y técnicas médico-asistenciales de reproducción médicamente asistida”, se entiende por TRHA a todos los tratamientos o procedimientos para la consecución de un embarazo (art. 2). Asimismo, las TRHA han sido clasificadas doctrinariamente como⁵:

a) homólogas o heterólogas: en las primeras se emplea material genético (gametos) propios de la/s persona/s que han expresado su voluntad procreacional y a quienes se atribuirá jurídicamente la filiación. Por su parte, la TRHA heterólogas son aquellas en las que se utiliza material genético de terceros (dadores o donantes) que no quedarán emplazados en vínculo filial alguno con el nacido.

b) TRHA corpóreas (de baja complejidad), o extracorpóreas (de alta complejidad): las primeras son las que tienen por objeto la unión entre óvulo y espermatozoide en el interior del sistema reproductor, mediante la inseminación intrauterina, técnica que se conoce como inseminación artificial. Por el contrario, las técnicas extracorpóreas o de alta complejidad son aquellas en donde la unión entre óvulo y espermatozoide tiene lugar por fuera del sistema reproductor, lo que incluye la transferencia de gametos a la trompa, fecundación in vitro y transferencia de embriones, criopreservación de ovocitos y de embriones, entre las más practicadas.

Calificadas voces autorales han destacado la especificidad de la filiación por TRHA, celebrando su reconocimiento como nueva fuente filial en el CCCN (Krasnow, 2017; Famá, 2017). De este modo, la estructura normativa erigida en torno a la filiación por TRHA encuentra sus pilares en la voluntad procreacional expresada a partir del consentimiento informado, previo y libre –que debe renovarse cada vez que se proceda a la utilización de gametos o embriones, conforme postulan los arts. 562 y 560 del CCCN-, y en el derecho a la información de las personas nacidas por técnicas de reproducción asistida (art. 563, CCCN).

IV. Las TIC: una aproximación desde el derecho comparado

Señalan Herrera, de la Torre y Fernández (2018) que las TIC constituyen un fenómeno

5 En este punto, se sigue la taxonomía elaborada por FAMÁ, V. (2017, p. 86-87).

que, aunque no es frecuente en nuestro país, sí ha alcanzado gran difusión y despertado importantes debates en otras latitudes, tal es el caso de España. En este esquema, es menester destacar que, del análisis efectuado por las autoras, que rescatan dos precedentes jurisprudenciales del país europeo en casos de TIC realizadas por parejas de mujeres que motivaron diferentes planteos judiciales⁶, surge que la ley de Técnicas de Reproducción Humana Asistida solo regula procedimientos médicamente asistidos, realizados en centros o servicios sanitarios autorizados⁷. Así las cosas, pese a ser una cuestión que despierta gran interés en el país ibérico, lo cierto es que las TIC no cuentan con reconocimiento normativo expreso en España.

En similar sentido, de la labor de sistematización realizada por Vidal Martínez (2019) en su análisis de la regulación de las TRHA en el derecho comparado, no se observa que exista disposición normativa expresa para este tipo de práctica en países como Italia, Bélgica, Francia y Alemania, por citar algunos de los casos examinados por el autor.

En el continente americano, una excepción a lo ausencia de legislación la constituye la regulación que, en la materia, consagra Ontario (Canadá). La singularidad de esta normativa radica en la habilitación de la donación de esperma mediante acto sexual, que exige como presupuesto la instrumentación de tal acuerdo en forma escrita, previa a la concepción. De este modo, las reglas de determinación de la filiación por naturaleza ceden en relación a la persona cuyo esperma se usa para concebir un niño a través de una relación sexual si, antes de la concepción, las partes acuerdan por escrito que la persona no tiene la intención de ser el padre del niño.⁸

En suelo latinoamericano, se destaca en términos de precedentes jurisprudenciales, un caso resonante acontecido en México (Mendoza Cárdenas, 2017; Mendoza Cárdenas y Medina Arellano, 2019; Herrera y de la Torre, 2022), en el que se dirimió la filiación del niño nacido mediante inseminación casera en el que el material genético del donante de semen fue obtenido por vía de una relación sexual oral, sin que existiera acuerdo de donación alguno. La sentencia resolvió –considerando las normas de la filiación por naturaleza y los derechos del hijo nacido–, hacer lugar a la demanda de emplazamiento de la filiación interpuesta por la progenitora. En materia de legislación, los autores que analizaron el caso indican que, si bien las normas de filiación por Técnicas de Reproducción Humana Asistida de Coahuila, en la Ciudad de México, en San Luis Potosí y en Sinaloa, establecen que la donación de células germinales no genera parentesco entre el donante y el ser humano resultante de la utilización de dicha donación (Mendoza Cárdenas, 2017),

6 El primer caso relatado, logró la inscripción en el Registro Civil de Dania, Alicante, del niño nacido mediante TIC como hijo de la pareja de mujeres. El segundo fue resuelto por la Audiencia Provincial de Valencia, en un caso en que, habiendo nacido y siendo inscrita la niña nacida mediante TIC a nombre del matrimonio integrado por dos mujeres, ante la acción de impugnación promovida por el donante a los fines del reconocimiento de su vínculo filial, la Audiencia hizo lugar al planteo de impugnación y a la demanda de filiación promovida por el donante, argumentando que, en el caso, no correspondía la aplicación analógica de las normas referidas a las TRHA (tal como pretendían las demandadas). Ver: Herrera, de la Torre y Fernández, 2018, págs. 595-599.

7 En ese marco, la Ley 14/2006 establece en su art. 4 los requisitos de los centros y servicios de reproducción asistida, a la vez que caracteriza a la donación de gametos como contrato gratuito, formal y confidencial concertado entre el donante y el centro autorizado. Finalmente, la ley prevé que: “Cuando la mujer estuviere casada, y no separada legalmente o de hecho, con otra mujer, esta última podrá manifestar conforme a lo dispuesto en la Ley del Registro Civil que consiente en que se determine a su favor la filiación respecto al hijo nacido de su cónyuge.”

8 En este punto, un precedente interesante del derecho extranjero es el dictado por la Corte de Ontario, en: “R., M.R. vs. M., J”, en un caso en que las partes (gestante y donante) convinieron verbalmente la donación de esperma mediante acto sexual. Posteriormente, una vez nacido el niño, celebraron un acuerdo por escrito. La progenitora entabló, con posterioridad a la instrumentación del acuerdo escrito, demanda de alimentos contra el donante. La Corte entendió que la reforma de la ley que prevé la donación de esperma mediante acto sexual (sancionada mientras se tramitaba el proceso) no sería aplicable al caso porque el acuerdo escrito no se celebró en forma previa al nacimiento del hijo. Ver: <https://www.canlii.org/en/on/onsc/doc/2017/2017onsc2655/2017onsc2655.html>

lo cierto es que el caso comentado más arriba, evidencia el vacío legal existente en dicho ordenamiento en relación a la inseminación casera (Herrera y de la Torre, 2022, p. 187).

De otro costado, el Código de las Familias cubano reconoce, entre las fuentes de la filiación, a la voluntad expresada de las personas comitentes a través del uso de cualquier técnica de reproducción asistida, que da lugar a la filiación asistida (art. 50 inc. c). Sin embargo, la norma merece ser leída en consonancia con lo dispuesto por la Resolución 1151/2022, “Reglamento de la reproducción asistida en seres humanos”, que estipula, en su art. 7.1, que los tratamientos, procedimientos y técnicas se realizan en instituciones certificadas a estos fines. De este modo, no se contempla de manera expresa la posibilidad de filiación por TIC. En similar sentido, la Ley N° 19167 de regulación de las Técnicas de Reproducción Humana Asistida de Uruguay refiere a las prácticas que se realicen en centros de salud públicos o privados autorizados especialmente a tal fin, pero no contiene norma expresamente referida a la posibilidad de inseminación por técnicas caseras. Tal caso, citado a modo ejemplificativo, expresa una realidad que es compartida en materia de legislación de la práctica en el cono sur, caracterizado por el silencio normativo al respecto.

V. TIC: nudos problemáticos y tensiones

Habiendo trazado de esta manera las particularidades que ostenta la filiación por TRHA, y esbozado los elementos más distinguidos en el derecho comparado en materia de TIC, queda preguntarse: En nuestra legislación, ¿Las TIC admiten ser comprendidas como una subcategoría dentro de las TRHA o, en caso de regulación, deben integrar una nueva fuente filial autónoma, con normas específicas? La respuesta, lejos de expresarse en forma lisa y llana por la positiva o la negativa sin más, requiere de un análisis pormenorizado de las posibilidades que pueden presentarse en la reproducción por TIC.

La pregunta que formulamos no es más que una consecuencia de la situación de alegaldad en que, siguiendo a De Lorenzi (2021), se encuentra la filiación por TIC en la actualidad, habida cuenta que, por un lado, tales prácticas no están prohibidas –por imperio del art. 19 de la Constitución Nacional- pero que, por el otro, no reciben previsión ni en la regulación por TRHA, ni en la determinada por naturaleza.

En este marco, es de importancia mencionar que, siguiendo a Natalia de la Torre, las TIC “... son una especie dentro del género inseminación artificial, no considerado dentro de la clasificación de tecnologías reproductivas más avanzadas, que (...) a diferencia de la inseminación intrauterina o cervical que requiere de asistencia médica y, muchas veces, de medicación hormonal, en las TIC la muestra de semen –con ayuda de una jeringa- se introduce en la vagina de la persona de modo similar a lo que ocurre en una relación sexual...” (2017, p.325).

Así las cosas, la autora referida explica que, entre las principales características de las TIC, se pueden mencionar la ausencia de intermediación médica, la posibilidad de que se realice la inseminación en la intimidad y la circunstancia relevante consistente en que las personas que acuden a las TIC –a diferencia de lo que acontece en otros métodos reproductivos-, no presentan problemas en su sistema reproductivo que las incapaciten para lograr un embarazo, sino que recurren a las TIC por razones sociales o estructurales, que las obliga a recurrir a un donante de gametos, siendo éste el caso de proyectos monoparentales integrados únicamente por una persona con útero, o de parejas integradas por personas con útero. Por último, de la Torre destaca que, en las TIC, el consentimiento informado (requerido en forma obligatoria en la TRHA) está ausente.

Antes de continuar con el desarrollo de la cuestión, es menester una aclaración liminar: es que, desde el paradigma de derechos humanos, y considerando la magnitud de reformas tales como la ley de matrimonio igualitario y de identidad de género, es de importancia destacar que la posibilidad de gestar no se limita exclusivamente a las mujeres. Por ello, al emplear la categoría de “personas con útero”, remarcamos que otras identidades pueden tener capacidad de gestar, tales como varones trans y transmasculinidades, personas no binarias, género fluido, entre otras. Al respecto, López et. al. presentan un elenco de las posibilidades que, a partir del entrecruzamiento de una TIC, la ley 26.743 de Identidad de Género y el CCCN, puede conformar diferentes proyectos parentales, integrados por:

1. Mujer cis sola.
2. Pareja de mujeres cis.
3. Varón trans solo.
4. Mujer cis con esperma de su pareja varón cis.
5. Mujer cis con esperma de un tercero que no es su pareja varón cis.
6. Mujer cis con esperma de su pareja mujer trans.
7. Mujer cis con esperma de un tercero que no es su pareja mujer trans.
8. Varón trans con esperma de su pareja varón cis.
9. Varón trans con esperma de un tercero que no es su pareja varón cis.
10. Varón trans con esperma de su pareja mujer trans.
11. Varón trans con esperma de un tercero que no es su pareja mujer trans. (López et. al. 2021)

Sentado lo anterior, cuadra ingresar ahora al examen de la pregunta que nos convoca. Como primera respuesta, es dable destacar que, a poco tiempo de sancionado el actual CCCN, juristas de renombre, tales como Herrera, Caramelo y Picasso (2016), pusieron de relieve que la omisión de regulación de las TIC en el CCCN constituyó una solución que obedece al rol trascendente que desempeña el centro médico en la TRHA, que tiene a cargo recabar el correspondiente consentimiento previo, informado y libre, pieza fundamental que exterioriza la voluntad procreacional sobre la que se asienta el emplazamiento filial de la persona nacida mediante las TRHA. La característica principal de las TIC finca, precisamente, en el carácter de caseras de las mismas, lo que significa que se realizan sin la intervención de centro médico alguno que pueda recabar el consentimiento informado, en los términos de lo previsto por la codificación sustantiva. De este modo, subyace en estos casos una dificultad probatoria de compleja resolución en relación al emplazamiento filial de la persona nacida⁹.

De lo expuesto, se sigue en forma palmaria la complejidad que la regulación de las TIC presenta para el ordenamiento jurídico argentino. Es que, por un lado, la aplicación de las disposiciones que regulan esta la filiación por naturaleza a los casos de nacimientos por TIC podría generar situaciones complejas y derivar en vulneraciones de derechos, atendiendo a la singular realidad que se expresa en tales prácticas: la de personas con útero que integran proyectos monoparentales o biparentales, que se ven obligadas a recurrir a un donante de esperma quien participa en tal procedimiento como tercero dador, únicamente. Optar por las normas de la filiación por naturaleza cuando el donante, en principio, no presenta voluntad procreacional, no resultaría una solución ajustada al superior interés de la persona nacida, que quedaría emplazada en un vínculo filial con quien solo prestó su material genético en un proyecto parental del que no participa, sin ostentar voluntad procreacional alguna.

⁹ Refieren a casos del derecho comparado, en los que quien auspició de aportante de material genético, alegó posteriormente que en realidad su intención no era la de ser donante, sino la de ser padre, y solicitó ser tenido por tal cuando el niño ya estaba viviendo en el marco de una familia integrada con dos mujeres a quienes se les reconocía el carácter de comadres, es decir, ya contaban con doble vínculo filial (HERRERA, M.; CARAMELO, G. y PICASSO, S., 2016, p. 285)

Sin perjuicio de lo dicho, lo cierto es que, tal como advierte Curti (2019), al no existir un consentimiento previo, libre e informado, tampoco es posible abordar las TIC desde las previsiones que el ordenamiento fondal estableció para este tipo filial. Así las cosas, la inscripción de las TIC dentro de una de las fuentes filiales reconocidas por el CCCN –sea dentro de la filiación por naturaleza como dentro de la filiación por TRHA– se presenta como una alternativa que fuerza una situación especial en pos de subsumirla dentro del esquema normativo de las fuentes de la filiación que cuentan actualmente con reconocimiento jurídico, sin atender a la singularidad de las realidades comprometidas en tales casos y a los posibles conflictos que se podrían generar como consecuencia de tal subsunción.

En este orden, de la Torre (2017) enfatiza la importancia de contemplar las diferentes situaciones fácticas que podrían presentarse en torno a las prácticas de inseminación casera. Así, lo que la autora destaca, en primer lugar, es que las TIC pueden ser el método al que recurran personas con útero, en proyecto monoparental; o parejas integradas por personas con útero, unidas o no en matrimonio¹⁰. Este esquema es susceptible de ser ampliado, considerando que, si bien el método más convencional para las TIC es la obtención de gametos donados por un tercero y su incorporación en el en el tracto reproductivo de la persona que llevará adelante el embarazo, generalmente con ayuda de una jeringa (Lopes et. al. 2021), lo cierto es que también podría alegarse –como de hecho aconteció en uno de los casos que se analizan en las páginas siguientes–, que los gametos fueron obtenidos a partir del acto sexual entre la persona que gestó al niño y un tercero que no participa del proyecto parental ni ostenta voluntad procreacional. Las distintas situaciones suscitan, cada una de ellas, interrogantes específicos e invitan a la reflexión.

Respecto a la primera de las posibilidades esbozadas –esto es, proyecto monoparental conformado por una persona con útero–, la autora distingue entre aquellas hipótesis en que el gameto haya sido aportado por una persona conocida, o hubiera sido obtenido en un banco de donantes de gametos, conforme las previsiones de la ley N° 26.862. En ambos supuestos, plantea de la Torre, la filiación *materna*¹¹ respecto del/la niño/a nacido/a queda emplazada en la persona que dio a luz, por imperio de lo normado por el art. 562 del CCCN; empero, en el caso de la TIC practicada con gameto de donante conocido –sin recurrir a un centro de salud reproductiva–, existirá la posibilidad, siempre abierta e incierta, de que el donante pretenda, en un futuro, reconocer a la persona nacida como su hija por ante el Registro de Estado Civil y Capacidad de las Personas.

A la posibilidad expresada por la autora, de que el donante pueda reconocer a la persona nacida mediante el empleo de sus gametos, los que, en principio, habría otorgado en calidad de simple donante, podemos sumar otra casuística. Supongamos que los gametos no fueron obtenidos de un banco de donantes acreditado. En tal caso, existiría solo un emplazamiento filial, por lo que no existiría obstáculo formal legal –salvo que se deje constancia en el legajo base de la inscripción del nacimiento de que se ha producido mediante TIC, de manera similar a lo dispuesto por el art. 563 para las TRHA– que

10 La jurista señala que también sería posible que una pareja integrada por varón y mujer cisgénero recurra a las TIC, pero destaca que, en tal caso, el empleo de la TIC puede ser estructuralmente ocultado, quedando asegurado el doble vínculo filial. No obstante, advierte que la filiación podrá ser impugnada por inexistencia de correspondencia entre el vínculo filial y la identidad genética del niño/a. Similar estructura de análisis se replica en un trabajo en que de la Torre es coautora, que incluye análisis de nuevos casos y nuevos argumentos. Ver: Herrera, M., de La Torre, N. y Fernández, S. (2018).

11 En este punto, es de importancia insistir en que, a la luz de leyes tales como la ley de identidad de género, resulta menester advertir que la denominación de la norma sobre “determinación de la maternidad” no luce exacta, puesto que, tal como se expresó más arriba, la posibilidad de gestar y dar a luz no es una experiencia privativa de las mujeres sino también de otras identidades de género.

impida que, en principio, otra persona (varón cisgénero) pueda reconocer al/la niño/a. Tal supuesto, que configuraría un caso típico de reconocimiento complaciente obligaría, no obstante, al tercero -donante arrepentido- a promover necesariamente un juicio de filiación a fin de ser emplazado como padre de la persona nacida mediante TIC.

La posibilidad descrita, suscita varios interrogantes, tales como: ¿Qué eficacia exhibiría un acuerdo de tal naturaleza y que medios probatorios ostentarían virtualidad convictiva suficiente para acreditar, en sede judicial, la intervención del tercero como mero donante o tercero dador en el marco de un proyecto parental unipersonal?; en caso de que fuera posible acreditar tal extremo, ¿sería admisible la retractación/arrepentimiento del donante?; en consecuencia, ¿prosperaría la acción con pretensión de emplazamiento filial articulada por el donante?.

Otro de los supuestos que advierte de la Torre (2017) es susceptible de configurarse en casos de TIC es el de las parejas conformadas por personas con útero, que necesariamente deben recurrir a un donante de gametos para concretar su proyecto parental. En este aspecto, indica la autora, queda también abierta la posibilidad de que, al no contar con consentimiento informado, incluso en el caso de que se torne operativa la presunción establecida para la filiación matrimonial, el vínculo filial quede sujeto a la posibilidad de que se interponga una acción con pretensión de impugnación de la filiación matrimonial, por la no correspondencia genética entre la/el cónyuge de quien dio a luz y el/la niño/a (Herrera, de la Torre y Fernández, 2018).

Al respecto, no es ocioso señalar que han sido varias las indagaciones doctrinarias tendientes a determinar los carriles procesales por los que podría transitar la pretensión de emplazamiento filial, frente a la posibilidad de resistencia por parte de agentes del Registro Civil que se nieguen a inscribir a la persona nacida mediante TIC como hijo/a de quien dio a luz y también de su cónyuge. En esta línea, de la Torre (2017) plantea que, al/la cónyuge le quedan abierta, entonces, dos vías: acceder a la co-maternidad promoviendo el proceso de adopción de integración o bien, judicializar el caso, demostrando la ocurrencia de una TIC y la existencia de voluntad procreacional.

Desde una perspectiva similar, Famá (2017) advierte sobre el conflicto que se presenta a los fines de la aplicación de la presunción de la filiación matrimonial para aquellos casos de parejas del mismo sexo que han optado por el empleo de una TIC para la concreción del proyecto parental. En este sentido, postula la jurista que de concretarse tal hipótesis sería menester el inicio de una acción judicial, a través de una información sumaria, que acredite el proyecto parental compartido a fin de que se ordene la inscripción pertinente. En el caso de que la TIC haya sido empleada para la materialización de un proyecto parental conformado por dos personas con útero que no están unidas en matrimonio, la dificultad de emplazamiento filial de la pareja de quien dio a luz luce aún más dificultosa. Es que, tal como indican Herrera, de la Torre y Fernández (2018), la filiación extramatrimonial emplazada a partir del acto voluntario y unilateral del reconocimiento queda reservada a aquellos casos de padres de niños/as cuyo nacimiento se produjo como consecuencia de un acto sexual previo, mientras que para el caso de la TRHA, la filiación queda determinada por el consentimiento previo, informado y libre, y no se genera vínculo jurídico alguno entre la persona nacida y el tercero que aporte material genético en el proceso reproductivo.

En esta senda, la doctrina ha sostenido: *"...conociendo que las TIC son un modo de procreación que no puede negarse, es que se considera necesaria su regulación. Con ello no se alienta su uso, pero es una realidad que no se puede silenciar..."* (Visconti, 2022, p. 5). Coincidimos con esta lectura. La variedad de la casuística que se abre en casos de TIC, el tenor de los interrogantes que quedan sin respuestas y la naturaleza de los derechos involucrados en tales casos, entre los que se pueden mencionar el derecho a la identidad del/la hijo/a, tanto desde su faz estática como dinámica, su interés superior, el derecho a la información de la persona nacida mediante TIC, los principios de igualdad y no discriminación, el derecho a la protección de la familia, entre otros, tornan necesaria la regulación de estas prácticas en forma clara, mecanismo imprescindible a los fines de garantizar los derechos de todas las partes involucradas en este tipo de prácticas y de los/as niños/as nacidos/as de ella.

De lo expuesto, se sigue que la necesidad de regulación de las TIC –diagnóstico sostenido por Visconti (2022) y De Lorenzi (2021), entre otras-, se impone. Coincidimos con esta postura, ya que, si bien es cierto que la inexistencia de recepción normativa expresa que contemple a las TIC como fuente de emplazamiento filial encuentra su fundamento en la pretensión de desalentar la práctica, por las evidentes dificultades probatorias que presentan en comparación con las TRHA, donde el consentimiento receptado por el centro de salud es el elemento sobre el que se atribuye la filiación; no es menos cierto que, sin embargo, la práctica es empleada para concretar proyectos monoparentales o de parejas integradas por personas con útero¹². En este orden, el interrogante central que se impone en cualquier proyecto que pretenda encarar la regulación de las TIC, es el que inquiere sobre la posibilidad de que éstas sean comprendidas por las disposiciones previstas para las TRHA o si, por el contrario, requerirían de una regulación específica.

Al respecto, Visconti (2022) recupera un trabajo de Marisa Herrera, anterior a la reforma del CCCN, que destacaba que las CCCN que constituyen un modo o fuente generadora para que muchas personas accedan a la maternidad/paternidad, remarcando la prescindencia del acto sexual de las TRHA como el elemento determinante en la filiación en estos casos, por lo que no resultan aplicables las normas de la filiación por naturaleza o adoptiva, ya que los niños nacidos de TRHA no han pasado por situaciones de vulnerabilidad. De este modo, Herrera postulaba que las TRHA observaban tantas especificidades que requerían un régimen jurídico propio. Visconti observa que todo lo expresado para las TRHA es absolutamente extrapolable y aplicable a la decisión de procrear por TIC, ya que la filiación debe corresponder, en estos casos, a quien quiere llevar adelante un proyecto parental.

Es así que, en pos de aportar algunos lineamientos base para la inscripción de los/as niños/as nacido/as por TIC, Visconti (2022) propone que la inscripción pueda integrarse con una declaración jurada que consigne tanto la voluntad procreacional de quien integra el proyecto procreacional –junto a la persona que dio a luz-, como la ausencia de ésta por parte del donante. Ambas voluntades quedarían, en la propuesta de la autora, instrumentadas de manera formal a través de un instrumento público –ante el funcionario público del registro civil, escribano público o juez de paz-, instrumentación que debería realizarse antes del nacimiento del/la hijo/a (durante el embarazo) y destaca que, para el caso de que las/los declarantes falseen el contenido de lo declarado, se impondrían las penalidades que se establecen en el Código Penal para el tipo penal.

12 En este punto, no es ocioso advertir que, en nuestro país, pese a la ausencia de normativa expresa que regule la práctica, lo cierto es que los casos jurisprudenciales que se analizan en el apartado que siguen dan cuentas de su empleo como método de reproducción. Incluso, centros de salud reproductiva lo ofrecen dentro de sus servicios (ver: <https://inbaby.com.ar/>).

En cuanto al derecho a la información de quien ha nacido por TIC, Visconti enfatiza la importancia de que sea garantizado. De este modo, la copia de la declaración jurada que contiene los datos de quien lleva adelante el proyecto parental y de quien dona, quedaría en el legajo de la inscripción de nacimiento en el Registro Civil.

V. La solución jurisprudencial en casos de TIC en Argentina

Más allá de que no exista regulación legal sobre la filiación en caso de las TIC, lo cierto es que la fuerza de la realidad se impone y ha obligado a la jurisprudencia a adoptar resoluciones en casos de inseminación casera. A continuación, se analizan cuatro casos que, aunque no agotan la totalidad de las situaciones llevadas a resolver por los Tribunales locales en la materia, son los de más reciente data. Todos los casos analizados, comparten como nota en común que llegan a los estrados judiciales ante la negativa de inscripción por el Registro de Estado Civil y Capacidad de las Personas.

En el primer caso¹³, la Cámara Nacional en lo Civil y Comercial, Sala K, resolvió hacer lugar el recurso en contra de la sentencia de primera instancia presentado por las peticionantes de una medida autosatisfactiva (pareja de mujeres), a fin de que se ordene al Registro de Estado Civil y Capacidad de las Personas de la Ciudad de Buenos Aires completar la inscripción del nacimiento del niño S. R., consignando que la señora Y. C. es su co-madre. En este caso, las recurrentes explicaron que ambas querían ser madres a partir de la conformación de su pareja en el año 2015 y ampliar la familia formada junto a las respectivas hijas de cada una. Destacaron que recurrieron a un donante conocido, y se asesoraron para prestar el consentimiento ante escribano público para expresar su deseo procreacional, pero cuando concurren al Registro de Estado Civil y Capacidad de las Personas de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, para anotar a S. como hijo de ambas, se lo denegaron. En primera instancia, la Jueza rechazó la pretensión considerando la ausencia de regulación de las TIC, que impediría –en la exégesis de la magistrada–, la equiparación al tratamiento de las TRHA, puesto que en estas últimas el consentimiento informado, previo y libre otorgado ante el centro médico luce determinante a los fines del emplazamiento filial, elemento que no se presenta –en la hermenéutica de la jueza– en las TIC.

Los argumentos que sustentan la decisión del órgano jurisdiccional en segunda instancia, admiten el siguiente compendio: En primer lugar, el Tribunal advirtió la diferencia entre las TRHA, en que media consentimiento libre, previo e informado, receptado por el centro médico, y las TIC que, al practicarse en la intimidad de la pareja, no cuenta con el requisito del consentimiento otorgado ante el centro de salud. No obstante, consideró que, en el caso de marras, todas las partes, tanto la pareja como el donante, manifestaron ante notario su voluntad –que, en el caso de la pareja quedó plasmado la voluntad procreacional de sus integrantes, mientras que el tercero dador expresó la ausencia de ésta–. Remarcó que la familia integrada por la pareja que integra el proyecto parental, junto a las hijas de cada una respectivamente, constituye una verdadera familia y que, si bien al ser una de las integrantes de la pareja de estado civil casada, elemento que impediría la registración de la unión convivencial por impedimento de ligamen, lo cierto es que tal extremo no configura obstáculo alguno a fin de que se reconozca la familia integrada por ellas y se le otorgue la protección y reconocimiento legal que merece. Por último, destacó que por imperio de lo dispuesto por el art. 19 de la Constitución Nacional, lo que no está expresamente prohibido, está permitido; por lo que las TIC, aun cuando

13 CNCiv. Sala K. “R., G. A. y otra s. Información sumaria”; 05/07/2023; Rubinzal Online. Cita: RC J 2719/23

no cuenten con regulación expresa, no representan una práctica prohibida.

En el segundo de los casos analizados¹⁴, el Juzgado en lo Civil y Comercial de 2ª Nom. de Orán, Salta, resolvió hacer lugar al emplazamiento filial del niño H. K. L., y disponer la adición del apellido "S.", quedando el nombre del niño "H. K. L., como "H. K. S. L.", de conformidad a la voluntad expresada por las progenitoras. Este caso presenta varias particularidades: primero, que la pretensión de las accionantes, dos mujeres unidas en matrimonio, se había planteado en torno a la adopción por integración del niño nacido mediante TIC, por una de las integrantes del proyecto parental. La jueza, por aplicación del principio de no discriminación e igualdad, y a la luz del iura novit curia, hizo lugar al emplazamiento filial del hijo. Otra de las notas singulares del caso estriba en que, a diferencia de los demás analizados, en el presente la concepción del hijo se logró mediante acto sexual entablado entre la progenitora que dio a luz al niño y un tercero que no forma parte del proyecto parental ni tuvo voluntad procreacional¹⁵.

Los pilares argumentales sobre los que se edifica la resolución adoptada por la magistrada, se erigieron en torno a dos aspectos: Primero, la presunción que existe en relación a la filiación matrimonial, de que los/as hijos/as nacidos/as dentro del matrimonio son hijos/as del cónyuge de quien dio a luz. Consideró especialmente que esta presunción cumple con el objeto de que todo niño o niña al momento de nacer, se inscriba inmediatamente con el doble vínculo filial, respetando el derecho a la identidad que prevén los artículos 7º y 8º de la Convención sobre los Derechos del Niño y que reafirma la Ley 26061. En la exégesis de la magistrada, sustentada en posturas de calificadas voces doctrinarias, a partir de la sanción de la Ley 26618 que reconoció a personas del mismo sexo la posibilidad de contraer matrimonio, debe aplicarse la presunción de filiación establecida para los hijos matrimoniales, también a casos de matrimonios integrados por personas del mismo sexo. Destacó, en este sentido, que ninguna norma debe ser interpretada ni aplicada en el sentido de limitar, restringir, excluir o suprimir el ejercicio o goce de los mismos derechos y obligaciones, tanto al matrimonio heterosexual como homosexual. Subrayó que el Decreto de Necesidad y Urgencia 1006 del año 2012, permitió que los hijos de las parejas casadas del mismo sexo que nacieron con anterioridad al matrimonio igualitario, pudieran tener doble vínculo filial. Pues, al momento de su nacimiento existía un impedimento jurídico: la ley de matrimonio igualitario no existía.

En segundo lugar, el Tribunal consideró que, tratándose de dos mujeres casadas cuyo hijo fue inscripto en el Registro Civil con filiación única, el caso ameritaba de la aplicación de la perspectiva de género. En esta senda, destacó que la heteronormatividad del patriarcado conduce a la discriminación e inferiorización de toda orientación sexual disidente, como de cualquier identidad genérica que no respete la dicotomía varón-mujer, e insistió en la importancia de mantener una postura ideológica abierta y respetuosa de las múltiples maneras de vivir, construir y habitar las comunidades denominadas familias, con base en el respeto a la igualdad.

En el tercer caso, el Juzgado de Familia, Niñez y Adolescencia N°1 de Goya, Provincia de Corrientes¹⁶, resolvió hacer lugar a la demanda promovida por las actoras, una pareja de

14 Juzg. CC 2 Nom., Orán, Salta; "S., M. C. s. Acción de emplazamiento filial"; 16/04/2021; Rubinzal Online. Cita: RC J 3105/21

15 No expresa en forma clara la resolución el modo en que se tiene por acreditada la existencia de tal intervención del tercero en el carácter alegado.

16 Juzg. Fam., Niñez y Adolescencia N° 1, Goya, Corrientes; "X. X. s. Autorización judicial"; 08/07/2022; Rubinzal Online. Cita:

mujeres que al momento del nacimiento del niño se encontraban unidas en convivencia registrada -y, posteriormente, contrajeron matrimonio-, y ordenó la rectificación de la partida de nacimiento del niño, disponiendo que en la misma deberá consignarse que éste es hijo de ambas integrantes del proyecto parental. En este caso, la concepción fue realizada mediante TIC, con donante de gametos anónimo.

En prieta síntesis, los fundamentos vertidos por el Tribunal, son susceptibles del siguiente desarrollo: Primero, destacó que los nuevos modelos familiares se alejan del concepto tradicional formado por papá, mamá e hijos, y enfatizó el papel de la ley N° 26618 de Matrimonio Igualitario y del Decreto de Necesidad y Urgencia N° 1006/2012, en la transformación de realidades, y la posibilidad que tales instrumentos generaron de que los niños y niñas que nacen en el matrimonio de dos madres son legalmente reconocidos por ambas. En segundo lugar, consideró una dimensión socio-económica referida a las TIC. Así, explicó que se trata de una alternativa más económica, cuya ejecución puede demandar menos tiempo que el que exigiría afrontar una TRHA frente a un centro de salud registrado. En tercer lugar, estableció la necesidad de interpretar el caso desde una perspectiva constitucional y sistémica, y remarcó que a la luz de precedentes como “Atala Riffo”, registrar al niño como hijo de ambas es el pleno reconocimiento de su identidad y el acceso a otros derechos como el de gozar de los beneficios del seguro social por parte de ambas madres, garantizar la continuidad de su vínculo en caso de separación o muerte de una de ellas, establecer derechos hereditarios, entre otros derechos.

En el cuarto y último caso, el Juzgado Civil en Familia y Sucesiones de Monteros, Tucumán¹⁷; ordenó la inscripción de un niño nacido mediante TIC y con empleo de material de donante anónimo, como hijo de una pareja homoparental de mujeres unidas en convivencia. Las actrices llegan al Tribunal, también como consecuencia de la negativa del Registro Civil a fin de que se inscriba el niño nacido como hijo de ambas, aludiendo asimismo que el mencionado organismo les solicitó que denunciaran el nombre del padre biológico (anónimo), o bien, pormenorizara el procedimiento utilizado para la concepción.

En su resolución, la magistrada contempló especialmente que, aunque la TIC no está contemplada como fuente filial, tampoco está prohibida, por lo que una interpretación armónica de las fuentes del derecho y a la luz del derecho constitucional-convencional, no es posible que el origen o causa de la filiación del niño, y el modelo de constitución familiar homoparental no matrimonial, coloque a estas madres y su hijo en algún plano de desigualdad legal o al margen del sistema jurídico vigente. En esa línea, interpretó que la denegatoria de la inscripción inmediata del niño por parte del Estado Argentino, atenta principalmente contra su dignidad humana, y enfatizó que el Registro Civil y de Capacidad de las personas debió adoptar todas las medidas positivas necesarias para garantizar que el niño, en tanto persona física, pudiera acudir al reconocimiento de su existencia, con la anotación de su nombre y la identificación de sus progenitoras -co-maternidad-, aunque sea de forma provisoria.

A modo de síntesis, se puntualizan los principales aspectos de cada caso en el siguiente cuadro:

RC J 4640/22

17 Juzg. Civil en Familia y Sucesiones Única Nominación de Monteros, Tucumán; “A. M. L. y P. M.S. s/ especiales (residual)”; cita: MJJ-U-M-136000-AR | MJJ136000 | MJJ136000

Caso/Fecha	CNCiv. Sala K. "R., G. A. y otra s. Información sumaria"; 05/07/2023	Juzg. CC 2 Nom., Orán, Salta; "S., M. C. s. Acció de emplazamiento filial"; 16/04/2021	Juzg. Fam., Niñez y y Adolescencia N° 1, Goya, Corrientes; "X. X. s. Autorización judicial, 08/07/2022.	Juzg. Civil en Familia y Sucesiones Única Nominación de Monteros, Tucumán; "A. M. L. y P. M.S. s/ especiales", 02/02/2022
Solicitantes	Unión convivencial integrada por dos mujeres.	Matrimonio de mujeres	Unión convivencial de mujeres (registrada) que posteriormente contrae matrimonio.	Unión convivencial de mujeres.
Existencia de acuerdo escrito con donante	Sí, por instrumento público. Rechaza la inscripción.	No especifica.	No. Recurrieron a donante anónimo.	No. Recurrieron a donante anónimo.
Respuesta Registro Civil	En primera instancia se rechaza la inscripción.	Rechaza la inscripción.	Rechaza la inscripción.	Rechaza la inscripción.
Respuesta Judicial	En instancia de apelación, se revoca la decisión de primera instancia y se hace lugar a lo peticionado.	Autoriza la inscripción.	Autoriza la inscripción.	Autoriza la inscripción.

VI. A modo de cierre

A la luz del principio de realidad y bajo el prisma proyectado por los principios de derechos humanos en que se inspira el actual CCCN, la codificación sustantiva incorpora, a las fuentes filiales por naturaleza y por adopción, una nueva fuente filial: las TRHA. No obstante, algunas prácticas constituyen verdaderos desafíos en el actual derecho de familias. Es el caso de las TIC, que permanecen en una situación de *alegalidad*, ya que, al no estar expresamente prohibidas, están permitidas, pero a su vez, la ausencia de regulación normativa expresa sobre las formas de determinación de la filiación en estos casos, obliga a las personas que recurren a ella a acudir ante los estrados judiciales.

En la valoración de este tipo de prácticas, calificadas voces postulan que la omisión legislativa responde a la opción de nuestro ordenamiento por desalentar la práctica y con la poca ocurrencia de estos supuestos (Herrera, de la Torre y Fernández, 2018, p. 607). En este orden, se ha sostenido que, en la comparación entre beneficios y obstáculos que presentan las TIC y las TRHA, “la balanza se inclina claramente en favor de la segunda” (Herrera, de la Torre y Fernández, 2018, p. 607), destacándose así que en las TRHA la muestra de semen está incluida en la cobertura del sistema de salud, por lo que el argumento de que las TIC son más económicas, no resultaría atendible. Asimismo, se ha puntualizado que, en las TRHA, aunque el principio rector es que la donación es anónima, no existe una prohibición legal que impida recurrir a un donante conocido, a la vez que se ha remarcado que en las TRHA la filiación queda emplazada en cabeza de quien ha prestado su consentimiento informado, previo y libre, lo que elimina la posibilidad de planteos judiciales que pretendan la aplicación de las normas de la filiación biológica, como sucede en las TIC, entre otras cuestiones.

Ahora bien, aunque tales afirmaciones resultan acertadas, lo cierto es que, en rigor de verdad, la existencia de planteos judiciales a los efectos del reconocimiento de la filiación obtenida mediante TIC exige de una respuesta legal, sin que ello importe fomentar o motivar la práctica sino, antes bien, conferir marcos de legalidad a quienes opten por ella y a quienes nazcan como consecuencia de su aplicación.

En este orden, es relevante recordar que Famá, citando a Medina¹⁸, sostiene que, en materia de gestación por sustitución, el silencio legislativo no sirve para solucionar los conflictos que la práctica presenta, que no se pueden definir por los principios generales del derecho, por lo que el tema requiere de una regulación específica. Nos hacemos eco de estas conclusiones que, entendemos, resultan aplicables asimismo al caso de la filiación por TIC. En el esfuerzo de pensar algunas posibles soluciones al asunto, a lo largo de éstas páginas hemos desarrollado los elementos centrales, destacados por la doctrina, y los argumentos nodales en torno a los que la labor jurisprudencial resolvió casos de filiación por TIC, a la vez que recuperamos algunas propuestas doctrinarias a los fines de la inscripción de las personas nacidas mediante estas técnicas.

De este modo, sostenemos que las TIC exigen una regulación expresa que las considere como fuente filial autónoma, en la que la filiación quede determinada –en analogía a lo dispuesto por el actual ordenamiento jurídico- en relación a la persona que dio a luz y a quien expresó su voluntad procreacional, con independencia de quien hubiera aportado los gametos. Subrayamos, en este sentido, la necesidad de una previsión normativa expresa que regule la práctica a los fines del emplazamiento filial de quienes nacen mediante esta técnica en relación a quien expresó su voluntad procreacional, puesto que las normas de la filiación integran el orden público. Por ende, la posibilidad de registración de las personas nacidas mediante TIC a partir de la sola declaración de voluntad de la persona que ostenta voluntad procreacional en sede administrativa (ante el Registro Civil), sin previsión normativa que contemple el caso, no resulta pertinente. Por lo tanto, para la resolución de tales supuestos, es menester el reconocimiento expreso de esta fuente filial y su regulación mediante normas específicas. En tanto no se sancione una legislación en la materia, entendemos que la vía judicial es la única que habilitaría el emplazamiento filial de las personas nacidas mediante TIC con quien expresa voluntad procreacional.

18 MEDINA, G. Gestación por otro. De la ejecución forzada del convenio a la sanción penal. El turismo reproductivo. La situación en el derecho comparado, DFyP, 2012; en: FAMA. V. (2017, p. 205).

La ausencia de intervención médica exigiría necesariamente que la instrumentación de la voluntad procreacional debería cumplir determinadas formalidades. Es así que recuperamos, como posible solución a tales casos, la propuesta de Visconti (2022), esto es, que la inscripción pueda integrarse con una declaración jurada que consigne tanto la voluntad procreacional de quien integra el proyecto procreacional –junto a la persona que dio a luz–, como la ausencia de ésta por parte del donante, voluntades que quedarían plasmadas de manera formal a través de un instrumento público –ante escribano público o funcionario del Registro Civil–, siendo requisito necesario e ineludible que tal instrumento sea otorgado antes del nacimiento del/la hijo/a (durante el embarazo). Asimismo, entendemos que, en tal caso, y también recurriendo a la analogía con lo dispuesto respecto a las TRHA (art. 563 CCCN), la información relativa a que la persona ha nacido por el uso de TIC con gametos de un tercero debe constar en el correspondiente legajo base para la inscripción del nacimiento, en pos del debido resguardo al derecho a acceso a la información de la persona nacida mediante esta técnica, cuyo interés ubicarse en el vértice de cualquier legislación que se sancione al respecto.

En ese sentido, resulta menester la creación de un ente que concentre, conserve y resguarde los datos de los donantes de semen a los fines del debido contralor de la cantidad de embarazos generados a partir del mismo donante, cuestión que no solo aplica a las TIC sino que también incumbe a las TRHA. Por lo tanto, avanzar en el diseño e implementación de mecanismos de registro y contralor a manos del Estado –sin que ello implique alterar el sistema de donación anónima que se implementa en el país– resulta necesario no solo a los fines del control de los embarazos obtenidos a partir de un mismo donante, sino que constituye un instrumento tendiente a garantizar el acceso a la información por parte de las personas nacidas mediante TRHA o TIC, y la conservación de la misma, minimizando así los riesgos de que tal información se pierda.

Finalmente, entendemos que, entre los beneficios comparativos que representan las TRHA por sobre la TIC, es posible mencionar la intervención de centros médicos que garantizan el estado de salud de la persona donante, minimizando así los riesgos de transmisión de enfermedades a quienes nazcan mediante la técnica. Tal cuestión es un punto importante a considerar en las TIC. El mayor desafío en ese orden, estriba en la implementación de mecanismos tendientes a examinar tal aspecto en este caso (esto es, el estado de salud de quien dona), de un modo compatible y respetuoso del derecho a la confidencialidad de los resultados que la Ley Nacional 27.675 prescribe.

Varias son las cuestiones problemáticas que se presentan y que evidencian la necesidad de regulación en la materia. El silencio legislativo, entendemos, puede ostentar algún nivel de eficacia en su pretensión de desalentar la práctica, más arroja a los confines de la alegalidad a las familias o proyectos parentales que optan por estas técnicas, y puede dar lugar a que se generen una serie de situaciones por demás complejas en su resolución que pueden redundar en claras vulneraciones de derechos a los niños nacidos mediante el empleo de tales mecanismos, solo evitables a partir de la regulación precisa y expresa de esta práctica.

Referencias bibliográficas

- Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación. Fundamentos. 2012.
- CURTI, P. (2019). Técnicas caseras de inseminación: ¿De las puertas para adentro?, Publicado en: RDF2019-IV,07/08/2019,88.
- DE LA TORRE, N. (2017). Técnicas caseras de inseminación en argentina: cómo resolver la filiación, en: RJUAM, n.º 35, 2017-I, págs. 323-344.
- DE LORENZI, M. (2021) Pluriparentalidades y reproducciones caseras. Por los andariveles de la inclusión y la pluralidad; en: KEMELMAJER, A.; HERRERA, M. y DURAN, V. Práctica de las relaciones de familia y sucesorias. A un lustro del Código Civil y Comercial. Libro homenaje a la memoria de Nora Lloveras. Ed. Rubinzal Culzoni.
- FAMÁ, V. (2017). Filiación por naturaleza y por técnicas de reproducción humana asistida. Tomos I y II. Buenos Aires: Ed. La Ley.
- HERRERA, M.; CAMELO, G.; PICASSO, S. (2016). Código Civil y Comercial de la Nación. Comentado. Ed. Infojus. Buenos Aires.
- HERRERA, M.; DE LA TORRE, N. y FERNÁNDEZ, S. (2018). Derecho filial. Perspectiva contemporánea de las tres fuentes filiales. Buenos Aires: La ley.
- HERRERA, M.; DE LA TORRE, N. (Dir.). (2022). Código Civil y Comercial de la Nación y leyes especiales comentado y anotado desde la perspectiva de género. Tomo I. Buenos Aires: Ed. Del Sur.
- HERRERA, M.; DE LA TORRE, N. (2022). Socioafectividad como criterio fundante para el reconocimiento de la triple filiación en la argentina. A 7 años del CCyC: ¿Regulación o eliminación de la prohibición?, ponencia presentada en las XXVIII Jornadas de Derecho Civil, Mendoza, 2022.
- HERRERA, M. (2016). Cuando los Derechos Humanos interpelan las relaciones de familia: La legislación civil al banquillo, en: Revista Debate Público. Año 6, Nro. 11.
- KEMELMAJER DE CARLUCCI, A. (2014). Las nuevas realidades familiares en el Código Civil y Comercial argentino de 2014, Publicado en Revista La Ley, 08/10/2014. Cita Online: AR/DOC/3592/2014.
- KRASNOW, A. (2017). Tratado de Derecho de Familias. Tomo III. Buenos Aires: Ed. La Ley.
- KRASNOW, A. (2022) Los efectos del emplazamiento en el triple vínculo filial por naturaleza. Un abordaje en diálogo con la socioafectividad y el interés superior de niñas, niños y adolescentes, ponencia presentada en las XXVIII Jornadas de Derecho Civil, Mendoza, 2022.
- LLOVERAS, N. (Dir.) (2018). Manual de derecho de las familias. Tomo I. Córdoba: Ed. Mediterránea, 2018.
- LOPES, C.; AGUIRRE, C.; PETRICCA, J.; BARNETCHE, F.; SOUBELET, S.; PEÑALVA, M.; DÍAZ, N.; GALLICCHIO, H. (2021). Técnicas de inseminación casera: aportes y posibles soluciones a partir de casos reales. Publicado en: RDF 99, 79. Cita: TR LALEY AR/DOC/772/2021.
- MENDOZA CARDENAS, H. y MEDINA ARELLANO, M. (2019). Inseminación artificial casera: un caso nada ortodoxo para el derecho mexicano, en: ALEGRE, M. (Dir). Libres e iguales. Estudios sobre autonomía, género y religión. México: Ed. UNAM.
- MENDOZA CARDENAS, H. (2017). La voluntad procreacional: un caso de inseminación artificial casera atípico, en: RJUAM, n.º 35, 2017-I, pp. 345-361.
- VIDAL MARTINEZ, J. (2019). Acerca de la regulación jurídica de las técnicas de reproducción humana asistida, en: Actualidad Jurídica Iberoamericana N° 10 bis, junio 2019, págs. 478-51
- VISCONTI, V. (2022). Técnicas de inseminación caseras (TIC). ¿Existen en Argentina? ¿Es necesaria su regulación? Publicado en: RDF 106, 126. Cita: TR LALEY AR/DOC/2508/2022.

Jurisprudencia analizada: _____

- CNCiv. Sala K. "R., G. A. y otra s. Información sumaria"; 05/07/2023; Rubinzal Online. Cita: RC J 2719/23
- Juzg. CC 2 Nom., Orán, Salta; "S., M. C. s. Acción de emplazamiento filial"; 16/04/2021; Rubinzal Online. Cita: RC J 3105/21
- Juzg. Fam., Niñez y y Adolescencia N° 1, Goya, Corrientes; "X. X. X. s. Autorización judicial"; 08/07/2022; Rubinzal Online. Cita: RC J 4640/22
- Juzg. Civil en Familia y Sucesiones Única Nominación de Monteros, Tucumán; "A. M. L. y P. M.S. s/ especiales (residual)"; cita: MJ-JU-M-136000-AR | MJJ136000 | MJJ136000

A pandemia de covid-19, os conflitos federativos e o Supremo Tribunal Federal: Os casos da ADI 6341 e da ADPF 672

The covid-19 Pandemic, Federative Conflicts, and the Federal Supreme Court of Brazil: The Cases of ADI 6341 and ADPF 672

Thauanne de Souza Gonçalves¹; Larissa Borsato da Silva²; Felipe Dutra Asensi³

DOI: [https://doi.org/10.37767/2591-3476\(2024\)11](https://doi.org/10.37767/2591-3476(2024)11)

Fecha de envío: 30.06.2024

Fecha de aceptación: 19.08.2024

RESUMO:

A resolução de conflitos entre os entes federativos é competência do Supremo Tribunal Federal. Durante a pandemia de covid-19, o STF foi palco de disputas importantes entre os estados e o governo federal em relação às medidas de combate à doença. O artigo teve como objetivo analisar a ADI 6341 e a ADPF 672 para compreender como os conflitos ocorridos entre os entes federativos foram tratados pelo STF, no referente às medidas de combate à pandemia e ao direito à saúde. Este é um estudo de abordagem qualitativa composto de revisão de literatura e análise documental. As decisões proferidas firmaram entendimento em prol da autonomia federativa dos estados no gerenciamento de medidas importantes de combate à pandemia. O STF teve protagonismo na garantia da autonomia dos estados na proposição de normas de combate à pandemia.

1 Doutoranda em Saúde Coletiva do Instituto de Medicina Social (IMS) da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Mestre em Ciências pela Escola Nacional de Saúde Pública (ENSP) da Fiocruz. cursando graduação em Direito na Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro (UNIRIO). Enfermeira graduada pela Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ). E-mail: thauannesg@gmail.com. Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-7339-4149>. O presente trabalho foi realizado com apoio da Fundação Carlos Chagas Filho de Amparo à Pesquisa do Estado do Rio de Janeiro – FAPERJ, através do Programa Bolsa Nota 10 de Doutorado, E-26, Proc. N.º 203.036/2023.

2 Doutoranda em Saúde Coletiva no Instituto de Medicina Social - IMS, da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ); Mestre em Direito pela Universidade Católica de Petrópolis (UCP); Pós-graduada em Direito Processual Civil pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-RIO); Graduada em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-RIO); Advogada. E-mail: larissaborsato@gmail.com. Orcid: <https://orcid.org/0009-0004-2380-6995>.

3 Professor de Mestrado/Doutorado da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ), Universidade Católica de Petrópolis (UCP) e Universidade Santa Úrsula (USU), no Brasil, e da Ambra University, nos Estados Unidos. Pós-Doutor em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Doutor em Sociologia pelo Instituto de Estudos Sociais e Políticos (IESP/UERJ). Mestre em Sociologia pelo Instituto Universitário de Pesquisas do Rio de Janeiro (IUPERJ). Advogado formado pela Universidade Federal Fluminense (UFF). Cientista Social formado pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Aperfeiçoamento em Direitos Fundamentais pela University Complutense de Madrid (UCM), em Empreendedorismo pela University of Maryland (UM) e em Coaching pela University of Cambridge (UCA). E-mail: felipedml@yahoo.com.br. Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-7522-7926>.

RESUMEN: La resolución de conflictos entre los entes federativos es competencia del Supremo Tribunal Federal (STF). Durante la pandemia de COVID-19, el STF fue el escenario de disputas importantes entre los estados y el gobierno federal en relación con las medidas para combatir la enfermedad. El artículo tuvo como objetivo analizar la ADI 6341 y la ADPF 672 para comprender cómo los conflictos entre los entes federativos fueron tratados por el STF en lo referente a las medidas de combate a la pandemia y al derecho a la salud. Este es un estudio de enfoque cualitativo compuesto de revisión de literatura y análisis documental. Las decisiones dictadas establecieron una comprensión a favor de la autonomía federativa de los estados en la gestión de medidas importantes de combate a la pandemia. El STF tuvo un papel crucial en la garantía de la autonomía de los estados en la proposición de normas de combate a la pandemia.

ABSTRACT

The resolution of conflicts between federative entities is the responsibility of the Supreme Federal Court (STF). During the COVID-19 pandemic, the STF was the stage for significant disputes between states and the federal government regarding measures to combat the disease. The article aimed to analyze ADI 6341 and ADPF 672 to understand how the conflicts between federative entities were addressed by the STF concerning pandemic control measures and the right to health. This is a qualitative study consisting of a literature review and document analysis. The rulings established an understanding in favor of the federative autonomy of the states in managing important measures to combat the pandemic. The STF played a crucial role in ensuring the states' autonomy in proposing pandemic control regulations.

PALAVRAS-CHAVE: Controle de Constitucionalidade; covid-19; Federalismo; Judicialização; Supremo Tribunal Federal.

PALABRAS CLAVE: Control de constitucionalidad; covid-19; Federalismo; Judicialización; Tribunal Supremo Federal.

KEY WORDS: Constitutional Review; covid-19; Federalism; Judicialization; Federal Supreme Court.

I. Introdução

A covid-19 emergiu no Brasil em março de 2020 e gerou crises sanitárias, políticas e econômicas. O Poder Judiciário não esteve isento de atuação nos conflitos gerados pelas tentativas de manejo das crises (ou pela ausência delas).

A resolução de conflitos entre os entes federativos é competência do Supremo Tribunal Federal (STF) descrito pelo artigo 102, inciso I, alínea f da Constituição Federal de 1988. Essa função tornou-se ainda mais relevante no contexto da pandemia. O STF foi acionado para que fossem resolvidos os conflitos entre as ações do Governo Federal e as propostas divergentes dos demais Governos em relação às estratégias de contenção da pandemia, a mais conflitante delas o distanciamento social. As ações propostas reconheciam sobretudo que o Governo Federal atuou, intencionalmente ou por omissão, contra princípios constitucionais, como o direito à saúde, e contra o modelo de federalismo cooperativo, tentando cercear a autonomia dos demais entes federados (Ramos et al., 2020).

Em abril de 2020, foi julgada a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) de número

6341, requerida pelo Partido Democrático Trabalhista contra a medida provisória do Presidente da República, que transparecia a intenção de centralizar em si as decisões sobre o funcionamento de serviços e a circulação de pessoas, retirando dos estados a autonomia de propor, por exemplo, o isolamento social. Sendo referendada em decisão colegiada após deferimento parcial, o STF reafirmou através desse julgamento, a preservação da atribuição das diferentes esferas de governo em relação às medidas de combate à covid-19.

No mesmo ano, em outubro, a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) de número 672, requerida pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, gerou outra decisão relevante no período da pandemia em relação aos conflitos federativos. Essa Ação relatava os atos comissivos e omissivos do Governo Federal na figura do Presidente da República durante a pandemia e argumentava que sua atuação seria dissidente do proposto pela comunidade científica. Nessa medida, seria relevante garantir a manutenção das ações dos governos estaduais e municipais na mitigação da crise sanitária.

A partir desses dois processos, é possível visualizar um pouco do panorama de como decorreram os conflitos federativos no primeiro ano de pandemia no Brasil. Assim como a análise pormenorizada de seus conteúdos pode elucidar debates relevantes sobre o federalismo brasileiro, a mediação dos conflitos entre os entes federativos no STF e as estratégias utilizadas para combate à pandemia de covid-19.

Este é um estudo de abordagem qualitativa composto de revisão de literatura de artigos sobre a pandemia publicados entre 2020 e 2022 e análise documental do ano de 2020. Por intermédio da revisão de literatura no Google Acadêmico com os termos “covid-19” ou “pandemia” e “conflitos federativos”, verificou-se que o julgamento de duas ações judiciais teve relevância central na mediação dos conflitos federativos, a ADI 6341 e a ADPF 672, ambas propostas e julgadas nos primeiros meses de pandemia no ano de 2020. Essas ações foram selecionadas pela sua repercussão, sendo mencionadas com mais frequência na literatura acadêmica, e pelo seu conteúdo. Pois tratam-se especificamente de responsabilidade governamental e competência dos entes federativos, podendo ser objeto de discussões mais profundas sobre o federalismo e as políticas públicas de saúde. Esses processos foram então coletados na íntegra através do Portal do STF. A análise descritiva foi realizada mediante a leitura temática dos acórdãos buscando identificar os posicionamentos a respeito dos conflitos federativos e as medidas de combate à covid-19. Ressalta-se que o presente trabalho é composto do estudo de dois casos singulares. Para observar um panorama mais amplo das ações que tratam dos conflitos federativos na pandemia recomenda-se os artigos de Leoni (2022) e Sarlet e Barbosa (2022).

Portanto, o presente artigo teve como objetivo analisar a ADI 6341 e a ADPF 672 para compreender como os conflitos ocorridos entre os governos federal, estaduais e municipais foram tratados pelo STF, no referente às medidas de combate à pandemia e ao direito à saúde.

II. Ação Direta de Inconstitucionalidade Nº 6341

A Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) é um dos tipos de processo que pode ser proposto ao Supremo Tribunal Federal com o objetivo de “arguir a inconstitucionalidade de lei, ato normativo federal ou estadual” (Agência Senado, 2022a). A ADI de número 6341 foi requerida pelo Partido Democrático Trabalhista (PDT) em abril de 2020.

O processo teve como relator o Ministro Marco Aurélio, que iniciou a sessão discorrendo sobre a ironia de que ele, que sempre fizera óbice ao julgamento colegiado virtual, era relator do primeiro processo julgado via videoconferência (STF, 2024a). Esse comentário inicial, cuja situação passou a ser vivenciada no cotidiano de muitos serviços no país e por todo o sistema judiciário, parece ser bastante ilustrativo do momento em que a sessão ocorreu. Era o início da pandemia de covid-19, em que predominava a incerteza sobre o comportamento da doença recém emergida e a capacidade dos sistemas de saúde lidarem com seus efeitos. Nesse contexto, a necessidade de criar normas sobre as novas condições de vida também emerge. E considerando as características federativas brasileiras e a conjuntura política nacional, previamente já conflitante, a Suprema Corte retorna às sessões colegiadas durante a pandemia, mediadas pelas novas circunstâncias tecnológicas, para justamente deliberar sobre a disposição conflitante entre os entes federativos e as medidas de combate à covid-19.

O processo foi ajuizado pelo PDT com o objetivo de:

ver declarada a incompatibilidade parcial, com a Constituição Federal, da Medida Provisória nº 926, de 20 de março de 2020, relativamente às alterações promovidas no artigo 3º, cabeça, incisos I, II e VI, e parágrafos 8º, 9º, 10 e 11, da Lei federal nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020 (STF, 2024a).

A Lei nº 13.979, sancionada em fevereiro de 2020, dispunha sobre as medidas que poderiam ser adotadas para o enfrentamento da emergência sanitária causada pela covid-19. E a Medida Provisória nº 926 (MP 926) alterava determinados dispositivos desta lei. A argumentação que apresentava a ação compreendia que a MP 926 pretendia centralizar as decisões sobre medidas de enfrentamento à covid-19, sobretudo no que diz respeito ao isolamento social e a definição dos serviços essenciais, no Governo Federal. O que conflita com os princípios constitucionais relacionados à conformação federativa brasileira e às leis que regulam o Sistema Único de Saúde, que tem a descentralização enquanto princípio organizativo.

O Ministro Alexandre de Moraes, ao proferir seu voto na sessão de referendo à medida cautelar sobre a ADI, diz:

início dizendo que entendo ser importante ressaltar,[...], que o presente julgamento não se refere a questões meramente burocráticas, meramente administrativas - quem pode fazer isso, quem pode ou não fazer aquilo. Esse julgamento [...] refere-se a um dos alicerces do Estado Democrático de Direito. E qual é esse alicerce? O Federalismo e as suas regras de distribuição (STF, 2024a).

Assim, é perceptível a centralidade da discussão sobre as competências dos entes federados para o enfrentamento da pandemia, ainda de dimensão de tempo e tamanho pouco previsíveis, que ocorria naquele momento dentro do Poder Judiciário. As discussões seguiram no ensejo de reafirmar o caráter de cooperação do federalismo brasileiro, em que não se deixa de reconhecer a coordenação da União nas medidas relacionadas a questões de saúde, mas que garanta a autonomia dos estados e municípios em suas próprias competências.

Outra afirmação recorrente no referendo sobre a ADI 6341 teve a seguinte conformidade

no voto do Ministro Edson Fachin: “a emergência internacional, reconhecida pela Organização Mundial da Saúde, não implica, nem menos autoriza, a outorga de discricionariedade sem controle ou sem contrapesos típicos do Estado de Direito Democrático”. Deste modo, os Ministros reafirmavam que a emergência da situação sanitária não poderia dar ensejo a comportamentos normativos que diferissem de preceitos constitucionais, dentre eles a distribuição de competências entre os entes federados. O Ministro Fachin ainda ressalta a necessidade de seguir especificidades técnicas para definir ações da área da saúde e observar a Lei do SUS, que trabalha com as competências concorrentes dos entes para cumprir seus objetivos.

O Ministro Gilmar Mendes, por sua vez, resume no que concerne às discussões em relação à competência dos entes federados:

Estamos em campo bastante aberto, em que, como já vimos, temos competências privativas - inclusive da União, como já falado aqui -, concorrentes, a competência legislativa dos municípios e as competências comuns. Aqui não há nenhuma dúvida, o SUS é a materialização inequívoca daquilo que no Direito alemão se chama federalismo cooperativo. União, estados e municípios se unem para prestar o serviço de saúde (STF, 2024a).

Portanto, novamente evoca-se o instituto da distribuição das competências entre os entes federados. E em relação à saúde pública, o Ministro Mendes reconhece a sua conformação sob o federalismo cooperativo.

Ademais, são mencionadas nos votos outras ações que transitavam à época pela Corte. Os conflitos de competência e o federalismo, confrontados durante a elaboração de medidas de combate à covid-19, foram pauta recorrente no plenário do STF no ano de 2020. O voto da Ministra Rosa Weber evoca outras ações que trataram da mesma temática e em votos de outros Ministros também figuram outros processos, entre eles a mais destacada foi a ADPF 672, próximo processo a ser analisado no presente artigo.

Em seu voto a Ministra Carmen Lúcia faz uma introdução ressaltando o teor jurídico e constitucional da análise do caso e reafirmando a diferença entre a política eleitoral e o conteúdo da jurisdição do STF:

Em primeiro lugar, estamos a cuidar, como é próprio deste Supremo Tribunal, de jurisdição constitucional. Não é esfera política no sentido de política eleitoral, mas política constitucional. Em segundo, o estabelecido nas normas questionadas [...]. É disso que estamos a falar. Nesta lei, dispôs-se exatamente temas que afetam diretamente o desempenho de políticas públicas relativas ao combate ao novo coronavírus. Então, estamos a falar de jurisdição constitucional. [...] Estamos a cuidar deste tema, mediante judicialização determinada por provocação de partido político. Não estamos, portanto, a atuar de ofício, porque não poderíamos. Apenas para deixar esse registro, para que fique clara a atuação deste Supremo Tribunal Federal, tantas vezes reiterada por todos nós, mas não me canso de dizer. É bom que, no início de um julgamento, tenha-se cada vez mais certeza de qual é nossa atuação e o porquê da atuação na jurisdição constitucional (STF, 2024a).

A fala da Ministra permite a visualização da conjuntura política na qual se inseriu o ano

de 2020 e a pandemia do novo coronavírus. O Supremo Tribunal Federal foi acusado, diversas vezes, de incorrer em ativismo judicial, pela base de apoio do Presidente Jair Bolsonaro. A Ministra Carmen Lúcia, em seu voto, também traz a associação entre o federalismo e a democracia, algo anteriormente mencionado pelo Ministro Moraes.

Seguidos pela confirmação do referendo pelos demais Ministros, a decisão confirma que em suma, o Presidente da República pode dispor sobre serviços públicos e atividades essenciais mediante decreto, desde que preservada a atribuição de cada esfera de governo. E essa segunda parte da decisão é que reafirma toda a discussão no teor do acórdão que reconhece a autonomia dos entes federados para lidar com a pandemia de covid-19, mesmo que em descompasso com as medidas (e principalmente a ausência dessas) do Governo Federal.

III. A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental Nº 672

Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental é outra espécie de ação que pode ser proposta ao STF e que possui o “objetivo de evitar ou reparar lesão a preceito fundamental resultante de ato do poder público” (Agência Senado, 2022b). A tramitação da ADPF 672 ocorreu no mesmo momento que a ADI 6341, no entanto o referendo da medida cautelar julgado em tribunal pleno ocorreu em outubro de 2020. Esta ação foi requerida pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (CFOAB).

O pedido da CFOAB foi construído “em face de atos omissivos e comissivos do Poder Executivo federal, praticados no contexto da crise de saúde pública decorrente da pandemia do covid-19” e asseverava que o Governo Federal além de praticar atos de omissão perante a emergência de saúde pública, não fazendo uso de suas prerrogativas para atuar na melhora da situação sanitária, ainda praticou atos “irresponsáveis” e que contrariavam as recomendações da comunidade científica. Enquanto isso, a Advocacia Geral da União argumentava ao contrário (STF, 2020b).

A CFOAB relata que os preceitos fundamentais violados eram o direito à saúde, o direito à vida, o princípio federativo e a independência e harmonia entre os Poderes. E por isso esta ADPF vem sendo destacada como relevante para a compreensão da mediação do STF nos conflitos federativos. Em abril de 2020, o Ministro Relator Alexandre de Moraes proferiu decisão monocrática concedendo parcialmente a medida cautelar da ação pleiteada, assegurando o exercício das competências dos demais entes federativos independente da “superveniência de ato federal em sentido contrário”. O Ministro Moraes reafirmava a autonomia dos Estados e Município na elaboração de normas de combate à pandemia, independente da estratégia adotada pelo Governo Federal.

O Relator destaca que em momentos de crise, deveria ser exacerbada a cooperação entre os três Poderes, em todos os entes federativos, bem como o respeito aos mecanismos constitucionais de “equilíbrio institucional e manutenção da harmonia e independência entre os poderes”. Contudo, ressalta que:

[...] na condução dessa crise sem precedentes recentes no Brasil e no Mundo, mesmo em assuntos técnicos essenciais e de tratamento uniforme em âmbito internacional, é fato notório a grave divergência de posicionamentos entre autoridades de níveis federativos diversos e, inclusive, entre autoridades federais componentes do mesmo nível de Governo, acarretando insegurança, intranquilidade e justificado receio em toda a sociedade (STF, 2024b).

Considerando as solicitações feitas pela CFOAB que foram julgadas procedentes, centraliza-se novamente a garantia da autonomia dos entes federativos, afirma o Relator que:

[...] em respeito ao Federalismo e suas regras constitucionais de distribuição de competência consagradas constitucionalmente, assiste razão ao Requerente no tocante à necessidade de salvaguarda da margem de atuação dos entes subnacionais para a delimitação, in loco, das medidas sanitárias mais adequadas e eficazes para a proteção da saúde de suas populações, observado o menor sacrifício possível para os demais interesses constitucionalmente protegidos, em especial a liberdade econômica (STF, 2024b).

Tanto na ADI 6341, quanto na ADPF 672 dois dispositivos constitucionais centrais nas discussões foram os artigos 23 e 24. O artigo 23, no inciso II, afirma "a existência de competência administrativa comum entre União, Estados, Distrito Federal e Municípios". Enquanto o artigo 24, inciso XII, reconhece a "competência concorrente entre União e Estados/Distrito Federal para legislar sobre proteção e defesa da saúde". Acrescenta-se no artigo 30 a participação suplementar dos municípios caso haja interesse local. E novamente reafirma-se os princípios de descentralização político-administrativa do Sistema Único de Saúde.

Comenta ainda o Relator sobre a situação de conflitos federativos na conjuntura pandêmica:

Lamentavelmente, o transcurso da pandemia no Brasil tem sido marcado por uma relação ruidosa entre os diversos níveis federativos, com reiterados casos de dissenso e irrisignação entre diferentes formuladores de políticas públicas a respeito do alcance, intensidade e duração das medidas de restrição às atividades sociais rotineiras. É o caso do conflito especificamente questionado pelo Conselho Federal da OAB nesta ADPF – em que o Poder Executivo federal se contrapõe aos governos estaduais –, mas também se verifica na relação entre os Estados e seus Municípios, especialmente aqueles que entendem que, por suas características locais, não devam ser alvo de medidas restritivas idênticas às aplicadas nas grandes capitais (STF, 2024b).

A medida cautelar foi confirmada unanimemente pelo tribunal pleno. Novamente, outras ações julgadas previamente, como a ADI 6341, foram mencionadas pelo Relator no acórdão, o que demonstra a atividade do STF na mediação de conflitos federativos relacionados à pandemia. E as resoluções tenderam a reconhecer a autonomia dos Governos Estaduais e Municipais, independente da inércia do Governo Federal, na elaboração de normas. Entretanto, não considerou-se o Governo Federal isento de responsabilidade na coordenação da estratégia de combate ao vírus. E ainda, não receberam os municípios e estados plena liberdade para atuar de forma individual.

IV. O federalismo cooperativo brasileiro e as políticas públicas de saúde

O modelo atual do federalismo brasileiro, que representa a forma em que o Estado se organiza, foi estabelecido pela Constituição Federal de 1988, em um contexto de redemocratização, após um período de duas décadas de regime autoritário que governava o país de forma centralizada. A nova Constituição então considera que democracia e federalismo estão associados, e em seu artigo 60 § 4º insere a forma federativa de Estado como cláusula pétrea. Uma singularidade do modelo federativo adotado no país é a repartição tripartite, que além de considerar a União e os Estados mais o Distrito Federal, inclui os Municípios entre os entes federados (Ribeiro & Moreira, 2016).

As políticas sociais foram inseridas majoritariamente aderindo ao modelo de competência concorrente, significando dentro do modelo federalista cooperativo, que os entes federados devem colaborar para realizá-las. Contudo, essa cooperação enfrenta uma diversidade de questões políticas, administrativas e financeiras que geram conflitos entre as atuações dos governos. As políticas de saúde, organizadas no Sistema Único de Saúde, foram estabelecidas sobre esses pressupostos, e a descentralização é inserida no SUS enquanto princípio organizativo (Ribeiro et al., 2018).

As funções do SUS foram divididas considerando a ampliação da complexidade conforme o aumento da centralização do nível de governo, mas que devem funcionar em rede, o que exige interlocução entre as gestões de cada nível, gerando então a necessidade de governança multipartite. No processo de implementação do SUS, no entanto, foram diversas as modificações nas relações gerenciais entre os entes federados para que se efetivassem as políticas de saúde, iniciando pela edição de normas operacionais, passando pelo “Pacto pela Saúde” e pelo Decreto 7.508 de 2011 (Ribeiro et al., 2018).

É possível perceber a complexidade que as políticas de saúde enfrentam na sua conformação dentro do federalismo cooperativo. No entanto, é notável que existe a necessidade de garantir a interlocução entre os entes federados e a efetivação de suas competências, para que se materializem em ações de saúde. No contexto pandêmico, essa descoordenação entre as ações de saúde foi colocada em evidência pela ausência do estabelecimento de comitês de crise, por exemplo, como mencionado em plenário no STF nos julgamentos das ações aqui apresentadas. Na ausência de gerenciamento multipartite da crise, foi relevante garantir a autonomia dos entes federados dentro de suas competências, considerando as ações e omissões do Poder Executivo Federal.

Na ADI 6341 contestou-se a centralização das decisões sobre medidas de combate à pandemia pelo Governo Federal, argumentando que isso conflitava com os princípios constitucionais de descentralização e cooperação entre os entes federados. O STF reafirmou a necessidade de autonomia dos estados e municípios para implementar suas próprias medidas de saúde, o que ilustra a compreensão de que nesse contexto, a descentralização é crucial para a eficácia das políticas de saúde.

Também retratada constitucionalmente em 1988 foi a definição enquanto competência do Supremo Tribunal Federal processar e julgar “as causas e os conflitos entre a União e os Estados, a União e o Distrito Federal, ou entre uns e outros, inclusive as respectivas entidades da administração indireta”. Considerando que a forma federativa do Estado brasileiro é cláusula pétrea da Constituição, cabe ao STF, que é o guardião dessa Carta, atuar na resolução dos problemas conflitantes entre a atuação desses entes.

Tradicionalmente, aponta-se para a tendência centralizadora nas decisões do Supremo Tribunal Federal, que tende a privilegiar a União em detrimento dos demais entes federativos. Contudo, no contexto da pandemia essa tendência não foi regra nos julgados que resultaram de processos tramitados na Corte (Leoni, 2022). A conjuntura crítica do cenário epidemiológico e sanitário mobilizou o judiciário para repensar como o pacto federativo poderia ser acionado para que se efetivassem as ações de mitigação da crise, mesmo em face de recorrentes más decisões políticas, como instava a ADPF 672.

Ainda, é essencial considerar o contexto de expansão do poder judiciário ou judiciali-

zação da política, no qual o Brasil, assim como todos os países ocidentais que adotaram o constitucionalismo democrático como modelo de Estado, estão inseridos. Vianna et al. (1999) em "A judicialização da política e das relações sociais no Brasil", destaca a transformação do Judiciário de um poder periférico para uma instituição central na democracia brasileira, especialmente após a Constituição de 1988. A expansão do Poder Judiciário ocorreu em um contexto de ampliação dos direitos sociais e de tensões entre a Constituição Cidadã e as demandas do neoliberalismo. Esse fenômeno recente, intensificado nas últimas décadas, reflete as contradições da nova democracia brasileira e a implementação do SUS. Durante a crise da covid-19, a importância do Judiciário entre as disputas políticas tornou-se ainda mais evidente.

V. A pandemia e as medidas de combate à covid-19

A pandemia de covid-19 causou uma das maiores crises sanitárias da história do Brasil e a maior desde a criação do Sistema Único de Saúde. O momento em que a doença emergiu encontrou condições políticas que apontavam para o enfraquecimento do serviço público de saúde brasileiro a partir de ações promovidas pelo Governo Federal, de tendência privatista. Perante a situação sanitária foi preciso reconhecer a essencialidade da existência de um sistema público de saúde eficiente no país. Entretanto, da mesma forma ficaram em evidência as fragilidades que compõem o Sistema Único de Saúde.

Lima et al. (2020) ressaltam condicionantes para a crise federativa do Estado no contexto de pandemia e afirmam que as características constitutivas do arranjo federalista brasileiro "constrangem a atuação do Estado na pandemia, pois configuram um processo decisório complexo e assimétrico, com desigualdades, dificuldades administrativas e forte dependência política e financeira de estados e municípios em relação ao governo federal".

Nessa medida, considerando todo o abordado sobre as dificuldades de efetivação das políticas de saúde no contexto brasileiro, a emergência sanitária tornou-se caótica quando inserida nessa conjuntura e por isso compreende-se a dimensão extremada da covid-19 no Brasil, mesmo com a existência do SUS.

No mesmo artigo citado anteriormente, os autores fazem um breve retrospecto dos primeiros meses do ano de 2020, quando o país começou a enfrentar o novo coronavírus. Inicialmente, reconhecem que em fevereiro e março o Ministério da Saúde atuou de forma relevante, organizando o sistema de vigilância epidemiológica, enquanto o Congresso Nacional aprovou medidas orçamentárias para financiar o combate à doença (Lima et al., 2020).

Em março, diversos governos estaduais adotaram medidas restritivas de serviços e circulação de pessoas, para promover o isolamento social recomendado pela comunidade científica internacional. Contudo, a partir de abril os conflitos começam a se evidenciar. As divergências na definição das estratégias a serem adotadas para o enfrentamento das crises passaram a ser centrais nas discussões políticas e a reverberar entre os três Poderes, alcançando o Poder Judiciário também por meio de ações no STF (Lima et al., 2020). Foi nesse momento que as ações analisadas no presente artigo emergiram, sendo representativas do momento conflituoso que se passava, da dificuldade de manejo da crise sanitária e apresentando conteúdo relevante para pensar sobre as políticas públicas e o pacto federativo brasileiro.

O que se seguiu nos anos de 2020 e 2021 foi a elevação do Brasil ao patamar de segundo país com mais mortes causadas pela covid-19 do mundo. Diversas foram as consequências políticas e sanitárias resultantes dos conflitos sobre as políticas de enfrentamento à covid-19. No estado do Rio de Janeiro, o governador sofreu um impeachment, sendo acusado de fraude na contratação de organizações sociais para gerenciamento de hospitais de campanha para tratamento da covid-19 e alega que seu impedimento é fruto de perseguição política por se afastar da sua base política que o havia elegido, o governo bolsonarista (Barcellos, 2021).

O governador do estado de São Paulo, por outro lado, enfrentou disputas político-ideológicas no concernente à campanha de vacinação contra a covid-19 fazendo oposição ao Governo Federal em diversos momentos (Monari & Sacramento, 2021). Enquanto isso, a CPI da covid-19 demonstrou que o início do processo de vacinação poderia ter se dado com antecedência de meses, o que poderia ter tido grande influência na onda mais mortal da pandemia, ocorrida no início de 2021 (Brasil, 2021).

Todas essas ocorrências evidenciam a complexidade das disputas enfrentadas pela emergência sanitária causada pela covid-19 que resultaram no cenário brasileiro de crise. E o Supremo Tribunal Federal foi mobilizado para ingressar nesse debate intensamente para tentar garantir que os princípios constitucionais fossem considerados no manejo da crise.

VI. Conflitos federativos na pandemia de covid-19

Considerando outros artigos sobre a presente temática, Abrucio et al. (2020) descrevem a diferença entre o modelo federativo instituído pela Constituição de 1988, “com características cooperativas e forte coordenação federal” em oposição ao modelo adotado pelo governo bolsonarista, que é baseado em: “uma visão dualista de relações intergovernamentais, com menor participação da União na redução de desigualdades territoriais e no apoio a governos subnacionais, além da postura centralizadora e hierárquica nas questões de impacto nacional”.

Os autores argumentam que esse modelo federalista adotado pelo governo Bolsonaro, teria tido impacto na descoordenação das ações de saúde relacionadas ao combate à pandemia de covid-19. São destacadas como evidenciadoras desse modelo federativo de confronto entre os entes, as disputas sobre a autoridade para deliberar sobre o isolamento social, objeto de interesse de ambas as ações discutidas no presente estudo. Os autores apontam ainda que o “desarranjo federativo foi uma das principais causas para os péssimos resultados alcançados em relação ao número de doentes e de mortos”.

No mesmo sentido, Ribeiro et al. (2021) também afirmam que o Poder Executivo Federal estabeleceu “um processo de alteração da lógica federativa” no contexto do enfrentamento da pandemia, o que teria levado ao “confronto descoordenado” entre os entes federativos e contribuído para o agravamento da situação sanitária brasileira, que foi tratada no artigo enquanto “caos sanitário”.

Por sua vez, Leoni (2022) partiu da premissa de que a jurisprudência do STF em relação aos conflitos federativos apresentava tradicionalmente, tendência mais centralista, ou seja, priorizando os interesses da União em detrimento dos demais entes federados. A partir de então foram avaliadas as ações dessa temática julgadas pelo STF para observar

se ocorreram mudanças de tendência. As ações foram caracterizadas de acordo com a classificação de sua jurisprudência entre centralizadora ou descentralizadora. Tanto a ADI 6341 quanto a ADPF 672 foram classificadas na segunda categoria e incluíram-se nos casos mencionados pela autora enquanto casos que pontuaram “a relevância da harmonia no exercício de competências comuns pelos entes federativos”. Mas, no geral, verificou-se que o STF manteve sua tendência centralizadora no primeiro ano de pandemia.

Ainda, Gomes et al. (2020) também analisaram a ADI 6341 enquanto estudo de caso, destacando seu caráter de jurisprudência descentralizadora em contrapartida à tradição do STF de manter-se centralista privilegiando a União nos conflitos federativos. E associaram essa mudança de tendência em específico a três situações apresentadas pela conjuntura do início de 2020: a própria preocupação com a pandemia e os efeitos das decisões administrativas para a contenção da doença; a divergência existente entre as estratégias escolhidas entre o Poder Executivo Federal e os demais entes para mitigar a crise sanitária; e a “constante confrontação pública da autoridade do Supremo Tribunal Federal pela Presidência da República e por membros do gabinete federal”.

Por sua vez, Hubner e Reck (2021) também analisaram as decisões do STF no início da pandemia, incluindo as duas tratadas neste texto e naquele momento avaliaram que a Suprema Corte, no tocante à pandemia de covid-19, “buscou estabelecer a observância ao federalismo descentralizado, baseado na cooperação, mantendo a eficácia das decisões tomadas por estados e municípios [...] bem como afastar as tentativas de centralização por parte do Poder Executivo Federal”.

Também Ramos et al. (2020) destacam nas decisões do STF, incluídas as duas do presente estudo, a tendência para garantir a autonomia dos Estados e municípios e afirmam que esses conflitos tiveram influência de disputas político-ideológicas entre o Poder Executivo Federal e os entes subnacionais.

Todos esses artigos parecem convergir ao que se considera também neste estudo: a crise sanitária causada pela covid-19 exacerbou os conflitos entre os entes federativos em relação às decisões sobre as medidas de combate à doença, e coube ao Supremo Tribunal Federal apaziguar as disputas garantindo a autonomia dos entes federados sobre suas competências, na tentativa de assegurar que as medidas fossem de fato implementadas, à despeito da inércia do Governo Federal e das demais disputas políticas associadas.

VII. Considerações finais

O Supremo Tribunal Federal foi um dos protagonistas na garantia da autonomia dos entes federados na proposição de normas de combate à pandemia, mesmo que em dissonância com as expectativas do Governo Federal. Ocorreram conflitos decorrentes das diferentes formas de se enfrentar a pandemia: de um lado o Governo Federal que priorizou a manutenção das atividades econômicas e do outro, governos que tentaram implementar medidas de distanciamento social.

A judicialização na Suprema Corte das políticas de saúde de emergência sanitária parecem ser apenas um reflexo do que se evidencia há tempos dentro do Sistema Único de Saúde. A coordenação federativa é complexa e altamente vulnerável às disputas políticas, o que reverbera na dificuldade de efetivação das políticas sociais.

Na CPI da pandemia chegou-se ao entendimento de que o Governo Federal tanto deixou de atuar quanto atuou ativamente para promover a tese da intitulada “imunidade de rebanho”. A adoção dessa estratégia de espalhamento do vírus para promover uma imunização da população pela contaminação esteve completamente em desacordo com a comunidade científica nacional e internacional. Além da ausência de compreensão ampla sobre os efeitos da doença em curto, médio e longo prazo, havia a incerteza sobre a duração da imunidade ativa após a contaminação, que acabou por ser muito menos eficiente do que se imaginava quando descoberta a recontaminação (Brasil, 2021).

Essa estratégia ainda utilizou como meio de estimular a população a circular a despeito das recomendações de isolamento social, a utilização de medicamentos sem evidências concretas de eficácia e com graves efeitos colaterais. Tudo isso demonstra a gravidade da crise política que permeou as decisões sobre a pandemia no país. O que reverberou no Supremo Tribunal Federal, foram os processos judiciais que visassem garantir que, a despeito das ações do Poder Executivo Federal, os Estados e Municípios pudessem garantir a mitigação da crise sanitária. Para isso foi necessário suscitar amplos debates sobre a conformação do federalismo cooperativo brasileiro e seu impacto nas políticas sociais e na garantia dos direitos fundamentais. Assim, observar, analisar e discutir o ocorrido entre os três Poderes durante a pandemia pode ampliar a percepção sobre como a fundamentação legislativa e administrativa do Estado brasileiro funciona de fato em momento de crise, e sobre como garantir que os direitos fundamentais sejam efetivados à despeito de más decisões políticas.

Referências

- Abrucio, F. L., Grin, E. J., Franzese, C., Segatto, C. I., & Couto, C. G. (2020). Combate à COVID-19 sob o federalismo bolsonarista: Um caso de descoordenação intergovernamental. *Revista de Administração Pública*, 54(4), 663–677. <https://doi.org/10.1590/0034-761220200354>
- Agência Senado. (2022a). Ação Direta de Inconstitucionalidade (Adin)—Senado Notícias. Senado Federal. <https://www12.senado.leg.br/noticias/glossario-legislativo/acao-direta-de-inconstitucionalidade-adin>
- Agência Senado. (2022b). Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF)—Manual de Comunicação. Senado Federal. <https://www12.senado.leg.br/manual-decomunicacao/guia-juridico/arguicao-de-descumprimento-de-preceito-fundamental-adpf>
- Barcellos, R. (2021, abril 30). Entenda o processo de impeachment que resultou na cassação de Wilson Witzel. *CNN Brasil*. <https://www.cnnbrasil.com.br/politica/entenda-o-processo-de-impeachment-que-resultou-na-cassacao-de-wilson-witzel/>
- Brasil. (2021). Relatório Final—CPI da Pandemia—Senado Federal. http://estaticog1.globo.com/2021/10/26/relatorio_final_26102021_12h40.pdf?_ga=2.184994665.1740362579.1635889202-144123621.1518222760
- Gomes, J. M. W., Carvalho, E., & Barbosa, L. F. A. (2020). POLÍTICAS PÚBLICAS DE SAÚDE E LEALDADE FEDERATIVA: STF AFIRMA PROTAGONISMO DOS GOVERNADORES NO ENFRENTAMENTO À COVID-19. *Direito Público*, 17(94), Artigo 94. <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/view/4395>
- Hübner, B. H., & Reck, J. R. (2021). As decisões do Supremo Tribunal Federal referentes

à pandemia do covid-19 e a cooperação entre os entes federados. *Revista Videre*, 13(28), Artigo 28. <https://doi.org/10.30612/videre.v13i28.13279>

• Leoni, F. (2022). O papel do Supremo Tribunal Federal na intermediação dos conflitos federativos no contexto da Covid-19. *Cadernos Gestão Pública e Cidadania*, 27(87), Artigo 87. <https://doi.org/10.12660/cgpc.v27n87.83851>

• Lima, L. D. de, Pereira, A. M. M., & Machado, C. V. (2020). Crise, condicionantes e desafios de coordenação do Estado federativo brasileiro no contexto da COVID-19. *Cadernos de Saúde Pública*, 36(7), e00185220. <https://doi.org/10.1590/0102-311x00185220>

• Monari, A. C. P., & Sacramento, I. (2021). A “vacina chinesa de João Doria”: A influência da disputa política-ideológica na desinformação sobre a vacinação contra a Covid-19. *Revista Mídia e Cotidiano*, 15(3), Artigo 3. <https://doi.org/10.22409/rmc.v15i3.50945>

• Ramos, E. M. B., Ramos, P. R. B., & Costa, L. L. S. (2020). PANDEMIA E FEDERALISMO: REFLEXÕES SOBRE AS DECISÕES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NA APRECIÇÃO DE CONFLITOS DE COMPETÊNCIA ENTRE OS ENTES FEDERATIVOS NO ENFRENTAMENTO À COVID-19. *Revista de Ciências Jurídicas e Sociais - IURJ*, 1(1), Artigo 1. <https://doi.org/10.47595/2675-634X.2020v1i1p46-61>

• Ribeiro, J. M., & Moreira, M. R. (2016). A crise do federalismo cooperativo nas políticas de saúde no Brasil. *Saúde em Debate*, 40, 14-24. <https://doi.org/10.1590/0103-11042016S02>

Ribeiro, J. M., Moreira, M. R., Ouverney, A. M., Pinto, L. F., & Silva, C. M. F. P. da. (2018). Federalismo e políticas de saúde no Brasil: Características institucionais e desigualdades regionais. *Ciência & Saúde Coletiva*, 23(6), 1777-1789. <https://doi.org/10.1590/1413-81232018236.07932018>

• Ribeiro, K. D., Lima, L. C., Souza, S. M. C. de, & Pimentel, K. E. (2021). O caos sanitário da crise por COVID-19 no Brasil e o direito à saúde na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. *Cadernos Ibero-Americanos de Direito Sanitário*, 10(Suplemento), Artigo Suplemento. <https://doi.org/10.17566/ciads.v10iSuplemento.852>

• Sarlet, I. W., & Barbosa, J. F. (2022). O combate à Covid-19 e o papel do Supremo Tribunal Federal: Entre direito à saúde e conflitos federativos. *Suprema - Revista de Estudos Constitucionais*, 2(1), Artigo 1. <https://doi.org/10.53798/suprema.2022.v2.n1.a148>

• STF. (2020a, abril 15). Pesquisa de jurisprudência—STF - ADI 6341 MC-Ref. Portal STF. <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur436466/false>

• STF. (2020b, outubro 13). Pesquisa de jurisprudência—STF - ADPF 672 MC-Ref. Portal STF. <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur435113/false>

• Vianna, L. W., Carvalho, M. A. R. de, Melo, M. P. C., & Burgos, M. B. (1999). *A Judicialização da Política e das Relações Sociais no Brasil* (1ª edição). Revan.

El derecho a decidir en torno a los cuidados y apoyos en la legislación mexicana: un análisis sociojurídico desde la perspectiva del movimiento disca y loco

The right to decide on care and support in Mexican law: a socio-legal analysis from the perspective of the disca y loco movement

Grecia Guzmán Martínez¹

DOI: [https://doi.org/10.37767/2591-3476\(2024\)12](https://doi.org/10.37767/2591-3476(2024)12)

Fecha de envío: 30.06.2024

Fecha de aceptación: 18.08.2024

RESUMEN:

El derecho a decidir ha sido histórica y actualmente vulnerado para las personas con discapacidad psicosocial. En respuesta, se han generado acciones, alianzas y conocimientos colectivos que han repercutido en el ámbito jurídico en distintos Estados, particularmente a partir de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CDPD) de Naciones Unidas. En términos de capacidad jurídica, la legislación mexicana es actualmente considerada la más armónica con su mandato. En este contexto, realizo un análisis sociojurídico del *Decreto por el que se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones de la Ley General de Salud, en Materia de Salud Mental y Adicciones* (DOF 16-05-22) y parte del *Código Nacional de Procedimientos Civiles y Familiares* (DOF 07-06-2023), de reciente aprobación en México. Identifico tres principios que se corresponden con demandas históricas del colectivo de personas con discapacidad psicosocial sobre el derecho a decidir en relación a los apoyos y cuidados: la posibilidad de elección, la reformulación de criterios de excepcionalidad, y la autonomía con apoyos.

ABSTRACT

The right to decide has been historically and currently violated to people with psychosocial disabilities. In response, actions, alliances and collective knowledge have been generated and have had an impact on the legal field in different States, particularly since the Convention on the Rights of Persons with Disabilities (CRPD) of United Nations. In terms of legal capacity, Mexican legislation is currently considered the most harmonious with its mandate. In this

¹ Universidad Nacional Autónoma de México. Programa de Becas Posdoctorales de la UNAM. Centro de Investigaciones Interdisciplinarias en Ciencias y Humanidades, asesorada por la doctora Teresa Ordorika Sacristán.

context, I carry out a socio-legal analysis of the Decree by which various provisions of the General Health Law are reformed, added and repealed, regarding Mental Health and Addictions (DOF 05-16-22) and part of the National Code of Civil and Family Procedures (DOF 07-06-2023), recently approved in Mexico. I identify three principles that correspond to historical demands of the group of people with psychosocial disabilities regarding the right to decide in relation to supports and care: equality before the law; the reformulation of exceptionality criteria, and autonomy with supports.

PALABRAS CLAVE: salud mental, capacidad jurídica, movimiento de la discapacidad, movimiento loco, México.

KEY WORDS: mental health, legal capacity, disability movement, mad movement, Mexico.

I. Introducción²

En un texto del año 2007 titulado *¿La voz de quién? ¿La elección de quién? ¿El poder de quién?*, Judi Chamberlin, reconocida activista del movimiento de personas usuarias, exusuarias y sobrevivientes de la psiquiatría/movimiento loco, decía:

“La coerción psiquiátrica se deriva de la desigualdad histórica entre el psiquiatra y la persona designada como “paciente”, a pesar de que ella puede no haber elegido ese papel, y puede no verse a sí misma como que necesita atención psiquiátrica. El psiquiatra tiene el poder de definir a un individuo como “enfermo mental”, y luego confinarlo y tratarlo según esa denominación. El movimiento de personas usuarias/sobrevivientes surgió del deseo de escapar del papel de “paciente” de quienes han sido obligadas por la psiquiatría, y de redefinir sus experiencias de manera que tengan un sentido personal” (Chamberlin, 2007: 1).

En ese mismo año se abrió a firmas la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CDPD) de Naciones Unidas (2006): un tratado internacional en cuyo proceso de elaboración se había concretado jurídicamente una alianza entre el movimiento de la discapacidad y el movimiento de personas usuarias y sobrevivientes de la psiquiatría. Durante las negociaciones y redacción del tratado, hubo una participación activa y sin precedentes del colectivo a quien se dirigía la CDPD (personas con discapacidad), lo que materializaba el emblemático lema adoptado por el International Disability Cactus durante estas negociaciones: Nada sobre nosotres sin nosotres (Ryan, 2022; Pérez-Pérez, 2023).

En este proceso, la World Network of Users and Psychiatry Survivors (WNUPS) representó a las organizaciones de usuarias/sobrevivientes (Minkowitz, 2012), cuyas demandas históricas se concretaron en tres ejes que convergieron en el principio de igualdad ante la ley: 1) capacidad legal para tomar las propias decisiones, 2) prohibición de la detención discriminatoria (por motivos de discapacidad), y 3) prohibición de intervenciones/tratamientos no consensuados (Pérez-Pérez, 2023; Minkowitz, 2015). Dichos ejes/demandas quedaron incorporados de manera transversal en los artículos de la CDPD. Esta alianza que podríamos llamar disca-loca, permitió la incorporación del colectivo de personas usuarias y sobrevivientes al paraguas de protección política y jurídica de la CDPD, lo que

² Agradezco a Teresa Ordorika, Beatriz Pérez-Pérez y Tonatiuh Kinich Guarneros García, así como a las personas que anónimamente revisaron este manuscrito, por su amable lectura y comentarios a las versiones previas.

representaba una estrategia inédita para hacer frente a las violencias psiquiátricas. La categoría de discapacidad psicosocial emerge entonces como una propuesta del propio colectivo para hacer efectivos los derechos de la CDPD en su favor (ibidem).

Como procesos de incidencia, estas acciones colectivas han tenido el efecto de promover cambios legislativos hacia una modificación radical del marco estructural que delimita en lo formal determinadas opciones y respuestas, en este caso en materia de derechos humanos, de discapacidad, y de salud mental. Además, dichas acciones repercuten en la producción de conocimiento en tanto promueven el cambio de paradigmas a nivel no solo legislativo sino también epistémico: personas que han atravesado la locura, la psiquiatría y/o la discapacidad se posicionan como expertas sobre sus propias experiencias, transgrediendo y transformando conocimientos hegemónicos acerca de dichos procesos, incluyendo cuestiones sobre los cuidados y apoyos que se quieren. Si bien estos movimientos de la discapacidad y la locura remiten históricamente al norte global, han repercutido amplia y progresivamente en distintos contextos socioculturales como una de las estrategias para responder a la expansión colonial de los modelos manicomiales y sus violencias (Mills y Fernando, 2014; Mills, 2017).

En este artículo analizo el escenario legislativo mexicano, recientemente reconocido como el que más se armoniza con el mandato de la CDPD en materia de capacidad jurídica (o el derecho a decidir). Estudio en concreto la reforma del 2022 a la Ley General de Salud (*Decreto por el que se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones de la Ley General de Salud, en Materia de Salud Mental y Adiciones [DOF 16-05-22]*) (en adelante, Decreto en Salud Mental). Así mismo, parte del *Código Nacional de Procedimientos Civiles y Familiares (DOF 07-06-2023)* aprobado en 2023 (en adelante, CNPCF). Ambas legislaciones han sido en parte impulsadas por la sociedad civil, incluyendo personas usuarias, ex usuarias, sobrevivientes de la psiquiatría o con discapacidad psicosocial, e implican una necesaria y urgente revisión de lo que tradicionalmente se ha entendido como cuidados y apoyos en el ámbito. Desde ahí, el objetivo de este trabajo es analizar de qué manera los postulados de estas legislaciones se corresponden con demandas históricas del colectivo en cuanto al derecho a decidir, particularmente en relación a los cuidados y apoyos.

El estudio se estructura en cinco partes. En la primera explico la metodología empleada. En la segunda me aproximo históricamente a algunos debates y alianzas entre el movimiento de la discapacidad y el movimiento loco. En la tercera, desarrollo en qué medida las legislaciones estudiadas son, en parte, producto de la acción colectiva. En la cuarta, presento tres principios sociojurídicos que he identificado como orientadores en cuanto al derecho a decidir para el colectivo de personas con discapacidad psicosocial. Por último, ofrezco algunas reflexiones sobre diferentes implicaciones de esto en la discusión sobre los cuidados y apoyos.

II. Metodología

En este artículo desarrollo un análisis sociojurídico partiendo de la pregunta sobre cómo en las recientes legislaciones mexicanas se concretan cambios normativos en correspondencia con demandas históricas discas-locas. Es decir, utilizo métodos de las ciencias sociales para el estudio del Derecho en un amplio abanico de propuestas y perspectivas (Orler, 2021) que en última instancia estudian la realidad social y buscan su transformación (Bernal, Díaz y Padilla, 2018), en este caso en el ámbito de la salud mental. En concreto estudio el Decreto en Salud Mental del 2022 y el CNPCF del 2023 del contexto

mexicano, recurriendo a la construcción cualitativa de categorías analíticas a través de software para el procesamiento de datos Atlas.ti v24.

La perspectiva jurídica desde la que me aproximo se basa en el mandato de la CDPD, especialmente en cuanto al derecho a la capacidad jurídica. Al mismo tiempo, me aproximo desde una perspectiva sociohistórica y crítica de la salud (mental). Esta última basada en dos principales fuentes. Por un lado, procesos de incidencia y determinados conocimientos producidos por movimientos sociales en torno a la locura y la discapacidad, con los que me he involucrado tanto desde la experiencia personal como desde la investigación y el activismo, particularmente en el contexto español y el mexicano. Por otro lado, recorro a diferentes fuentes bibliográficas relevantes para el tema de estudio: investigaciones académicas, artículos de prensa que recogen voces expertas por experiencia y procesos de organización colectiva, documentos y tratados del derecho internacional (en especial la CDPD y la Observación General No. 1 del 2014 del Comité de Derechos de Personas con Discapacidad sobre el Igual reconocimiento como persona ante la ley -en adelante OG1-).

Aunque en el transcurso del análisis identifiqué 12 categorías analíticas principales, en este artículo me centraré solo en la categoría del derecho a decidir como uno de los elementos que ha emergido como clave. Lo desarrollo en estrecho vínculo con dos de los recursos representativos: el consentimiento y los apoyos.

III. Disputas y alianzas discas-locas por el derecho a decidir

Los procesos de desarrollo y articulación de los movimientos sociales son complejos, varían en cada contexto sociocultural y se transforman constantemente. Históricamente, el movimiento loco y el movimiento de la discapacidad han compartido algunas reivindicaciones, pero también han diferido en perspectivas y posicionamientos políticos. Además, cada uno ha desarrollado a nivel interno sus propios debates y han dialogado con otros movimientos sociales, instituciones, sectores de la sociedad civil, etcétera. Partiendo de esta consideración, en este apartado sigo particularmente los trabajos genealógicos de Beatriz Pérez-Pérez (2023; 2024) por su relevancia, precisión y actualidad en el estudio de la trayectoria histórica y diferencial entre el movimiento loco y el movimiento de la discapacidad.

Uno de los debates más representativos identificados por la autora es el que ocurre en torno a las categorías identitarias. En los inicios anglosajones de ambos movimientos, en la década de los 70's, la categoría de 'discapacidad' fue reapropiada como identidad política por personas con 'deficiencia física', dando lugar al movimiento genérico de la discapacidad. No obstante, fue rechazada por 'expacientes/expresas de la psiquiatría' por su vínculo con el modelo biomédico y con la categoría de 'enfermedad mental', consideradas como opresoras. Desde su perspectiva, la 'discapacidad' se entendía como consecuencia de las intervenciones forzosas de efectos irreversibles contra las que se luchaba (no como una identidad política).

De acuerdo con Pérez-Pérez (2023), a mediados de los 80's, cuando se introducen las políticas participativas de los servicios de salud mental, emerge la categoría de personas 'consumidoras'. Ésta fue considerada por una parte del movimiento como una vertiente más alineada a una falsa 'libre elección' en el mercado, que se alejaba del reconocimiento de la experiencia de recibir 'tratamientos' forzosos potencialmente dañinos para la integridad personal. En respuesta, surge la categoría de 'sobrevivientes' de la psiquiatría, con la que se identificaban varias de las antiguas 'expacientes' y 'expresas' psiquiátricas. En

este contexto, la lucha por el consentimiento en salud mental supuso un motivo de disputa, pues en parte se derivaba de un principio de elección que para algunas personas suponía una distancia de “la utopía más radical y libertaria: la abolición de la psiquiatría” (Pérez-Pérez, 2023: 626). No obstante, la misma lucha recogía demandas históricas de abolición de la desigualdad legal (incluido el internamiento involuntario), por lo que el consentimiento libre e informado devino también como frente común de lucha por el derecho al reconocimiento como igual persona ante la ley, en el plano internacional. Actualmente, el consentimiento libre e informado se encuentra en la CDPD en los artículos tanto de salud (art. 25) como de protección contra la tortura (art. 15) y está vinculado de manera insoluble con el derecho a la capacidad jurídica (OG1, parr. 31), aunque resulta transversal en otros, como el derecho a vivir de forma independiente y a ser incluido en la comunidad (art. 19), etc.

Continuando con la genealogía trazada por Pérez-Pérez (2023), a inicios de los 90’s surge la categoría de ‘usuarias’ como preferible a la de ‘consumidoras’, en un sub-congreso celebrado en la Ciudad de México que resultó constituyente de la primera organización internacional de personas psiquiatrizadas: la World Federation of Psychiatric Users (posteriormente llamada WNUSP). En paralelo surgía en Estados Unidos y Canadá la categoría de ‘discapacidad psiquiátrica’, que resultó políticamente estratégica con el creciente reconocimiento de los Estados, y posteriormente de la ONU, de la discapacidad como expuesta ilegítimamente a la discriminación. A inicios de los 2000, en el proceso de negociaciones de la CDPD, la WNUSP abandona esta última y defiende la de ‘discapacidad psicosocial’ en su lugar, como una categoría que permite ir más allá del dispositivo médico y que representa una oportunidad para hacer frente a la desigualdad legal en el marco de la CDPD. Cabe señalar que, de acuerdo con la autora, el mandato de abolición de la desigualdad legal resulta el más transformador de la CDPD con respecto a las normativas previas de derechos humanos en materia de discapacidad y salud mental.

No obstante, la vigencia global de dicha desigualdad se mantuvo y se mantiene hasta nuestros días. Por ejemplo, durante la firma y ratificación de la CDPD, el artículo 12 (sobre capacidad jurídica) y el derecho al consentimiento libre e informado fueron dos de los puntos en los que más se centraron las reservas establecidas por distintos Estados firmantes (United Nations, 2024). Si revisamos el análisis comparativo realizado en el Informe Regional de la RedEsfera Latinoamericana (2023) sobre la legislación y políticas actuales, podemos apreciar que por lo menos 10 de los Estados de la región continúan estableciendo excepciones legales al pleno ejercicio de derechos de personas usuarias, sobrevivientes de la psiquiatría o con discapacidad psicosocial. De acuerdo con el informe, una de las excepciones que está particularmente presente en las leyes generales de salud y las leyes de salud mental se aplica al consentimiento libre e informado. Esta última también constituye una vulneración del derecho a la capacidad jurídica (OG1, parr. 31).

En este sentido, la incorporación y defensa del principio de elección representa otro punto de alianza entre el movimiento de la discapacidad y el movimiento loco en el plano internacional. Así lo han sido también algunos debates acerca de los cuidados. La comunidad de personas con discapacidad ha mantenido una postura crítica con respecto a la idea tradicional de los cuidados, que ha tratado a las personas con discapacidad como una ‘carga’ para la familia y la sociedad, y como objetos pasivos o receptores, en lugar de como titulares activos de derechos (Asamblea General de Naciones Unidas, 2016).

Esta idea de la 'carga' vinculada a la discapacidad y la locura tiene también trayectorias históricas. Siguiendo nuevamente a Pérez-Pérez (2023), encontramos que algunas propuestas fundamentadas en la psiquiatría biologicista durante el primer exterminio nazi, llamaron a la 'eutanasia forzosa' de 'estúpidos incurables' por representar una carga excesiva o innecesaria de cuidados, que a su vez mermaba la vida de quienes asumían esas cargas³. Se trató de políticas eugenésicas justificadas a través del reconocimiento de una vida 'con valor' (la de quien se suponía que asumía la 'carga' del cuidado), mientras se atribuía una 'vida sin valor' o 'indigna' a la persona que lo recibía. Se centralizaba así el problema de la 'carga' en esta última, en lugar de ubicarla en un nivel más estructural que interpelase a la comunidad o al Estado y las dificultades impuestas de redistribución o dignificación de la relación de cuidados. Es representativo, además, que las mismas políticas se basaron en parte en el argumento de que la persona 'incurable' carece de voluntad, incluida la voluntad de vivir, por lo que la 'eutanasia forzosa' resultaba éticamente justificable⁴.

En la actualidad, si seguimos a la misma autora, advertimos que la aspiración de 'humanización de los cuidados en salud mental' ha constituido un proceso inacabado que en parte ha terminado por dar continuidad a dichas lógicas, pues sigue reproduciendo la desigualdad legal subyacente en éstas, permitiendo el ejercicio impune de la violencia en nombre del cuidado y la protección a través de las prácticas coercitivas o involuntarias en el ámbito jurídico-psiquiátrico⁵. Al presentarse como prácticas de cuidado o de protección, las vulneraciones de derechos que ocurren son difícilmente reconocidas como tales. Además, y paradójicamente, el cuidado no está reconocido estructuralmente como un valor y práctica central para el sostenimiento de la vida en nuestras sociedades patriarcales y neoliberales (Pérez Orozco, 2006), por lo que aparte de carecer en ocasiones de una necesaria perspectiva de derechos (Center for Inclusive Policy *et al.*, 2023), suele ejercerse en condiciones que precarizan las vidas de quienes se encuentran en esa relación de cuidados.

En parte por todo esto, el movimiento de la discapacidad y el movimiento loco han ido desarrollando la noción de 'apoyos' como una estrategia para superar la connotación fuertemente individualizada y asociada al modelo médico-rehabilitador del concepto de 'cuidados' (Romañach, 2012). En el ámbito de la discapacidad psicosocial, un ejemplo son los trabajos de Tina Minkowitz (2023), centrados en re-pensar el apoyo en crisis desde una perspectiva desmedicalizada y desjudicializada que tome como base el modelo social de la discapacidad, particularmente los artículos 12, 13, 14 y 19 de la CDPD. Así mismo, las *Directrices sobre la desinstitutionalización, incluso en situaciones de emergencia*, del Comité de Derechos de Personas con Discapacidad (2022). Además, desde perspectivas locas-diskas y feministas, los cuidados han sido re-prensados y reactivados a través de prácticas de apoyo mutuo, donde el respeto de la voluntad entendida en el marco de lo colectivo y de la reciprocidad es imprescindible (Plaza, 2020; Guzmán Martínez, *et al.* 2020).

3 La autora desarrolla como ejemplo las ideas presentes en el libro/tratado ampliamente difundido y comentario en círculos médico-psiquiátricos alemanes, 'La libertad de destruir la vida indigna de ser vivida' (1920) del jurista Karl Binding y el psiquiatra Alfred Hoche.

4 En el contexto mexicano, Laura Suárez (2005) analiza la racionalidad eugenésica vinculada a los conceptos de 'raza', 'locura', 'deficiencia mental' y 'criminalidad', entre otros. Menciona estrategias como la 'eugenesia negativa' (impedir la reproducción), promovidas en la década de 1930 por especialistas del derecho y la medicina, así como algunos vínculos entre el sistema penal y psiquiátrico.

5 Los trabajos de Cristina Sacristán (2022; 2024) dan cuenta de la trayectoria histórica de esta desigualdad legal en el contexto mexicano, en particular analizando la figura de la interdicción en vínculo con la psiquiatría.

Así pues, el respeto del consentimiento en el ámbito sanitario se vuelve crucial, en tanto otorga un sentido ético a las prácticas de cuidado mediante el reconocimiento de la autonomía, la voluntad y la integridad de la persona como sujeto de derechos (Bautista-Espinell, et al., 2017). Desde una perspectiva alineada con el movimiento de personas usuarias y sobrevivientes de la psiquiatría, el consentimiento libre e informado es aquello que diferencia una intervención médica legítima de una vulneración grave de los derechos humanos (Pérez-Pérez, 2023; Minkowitz, 2012). Pero, más allá del sistema sanitario, el consentimiento como principio y práctica relacional resulta imprescindible para la organización de cualquier servicio o sistema de apoyos (y de cuidados), que de acuerdo con la CDPD siempre deben ser voluntarios.

IV. Transformaciones en la legislación mexicana en materia de salud mental y de capacidad jurídica

“Históricamente, las personas con discapacidad se han visto privadas en muchas esferas, de manera discriminatoria, de su derecho a la capacidad jurídica, en virtud de regímenes basados en la sustitución en la adopción de decisiones, como la tutela, la curaduría y las leyes sobre la salud mental que permiten el tratamiento forzoso. Esas prácticas deben ser abolidas, a fin de que las personas con discapacidad recobren la plena capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás.” (OG 1, parr. 7)

La aprobación en mayo del 2022 del Decreto de Salud Mental supuso en el contexto mexicano la activación de un debate entre la sociedad civil organizada por la desinstitucionalización psiquiátrica y algunas trayectorias de la lucha feminista por el cuidado como un derecho. Frente a determinadas posturas que resultaron defensoras de la lógica manicomial, así como valorando procesos previos de proyectos de ley en México, las activistas exusuarias de la psiquiatría Víctor Lizama e Ilse Gutiérrez (2022, parr. 9), decían: “En los últimos años, la prevalencia de malas prácticas en los servicios de salud mental y los intentos fallidos por construir legislación que terminaba siendo discriminatoria en nuestro país, llevó a organizaciones de la sociedad civil, activistas y personas con discapacidad psicossocial a conformar el colectivo #SaludMentalConDerechos”.

#SaludMentalConDerechos es descrita como una coalición plural que generó el proceso de incidencia para la construcción de una legislación que tuviese como referencia la CDPD y que dio como resultado dicha reforma. Actualmente, esta reforma es internacionalmente reconocida como una de las más avanzadas en la materia (World Health Organization y United Nations Human Rights Office of the High Commissioner, 2023), en tanto establece explícitamente algo que las reformas psiquiátricas en otras regiones aún no han hecho: el internamiento en los establecimientos de salud mental sólo podrá llevarse a cabo de manera voluntaria (art. 75). Es decir, establece la abolición legal del internamiento involuntario, entre otras cuestiones relacionadas con el consentimiento libre e informado y con la prestación de apoyos para la toma de decisiones, tal como explicaré en los siguientes apartados.

Por otro lado, en junio de 2023 se aprobó el CNPCF, que supuso otro avance en México en cuanto a una legislación respetuosa de los derechos de las personas con discapacidad, y que se suma a otros procesos similares en la región (como Colombia, Costa Rica y Perú). Con este código se deroga la figura de la interdicción y se regula la designación

de apoyos extraordinarios para la realización de actos jurídicos, con base en el principio del respeto de la voluntad y preferencias alineado con la CDPD⁶. La aprobación de este Código supone "(...) un logro fundamental para las personas con discapacidad y las personas mayores en México, que a menudo se ven despojadas de su capacidad jurídica. En primera línea de este éxito estuvo Decidir es mi derecho, una coalición de organizaciones de personas con discapacidad, organizaciones de personas mayores, otras organizaciones de derechos humanos y representantes de sector académico" (Ríos, 2023, parr. 1).

En este sentido, ambos procesos legislativos dan continuidad a las trayectorias de organización colectiva de las que el movimiento loco ha formado parte en cuanto a la abolición de la involuntariedad o de la desigualdad legal como paradigma que ha sentado bases de la práctica jurídico-psiquiátrica, a veces en nombre de los cuidados y del interés superior de la persona. Si bien, para el colectivo de personas con discapacidad psicosocial en México todavía se mantiene la excepción al derecho de acceso a la justicia (art. 13 de la CDPD), y por extensión al derecho a la capacidad jurídica (art. 12), a través de figuras como la inimputabilidad y las medidas de seguridad.

V. Tres principios sociojurídicos para la toma de decisiones

A partir del análisis realizado identifiqué tres principios sociojurídicos relativos al derecho a la toma de decisiones para las personas con discapacidad psicosocial, particularmente en cuanto a intervenciones médicas (el consentimiento libre e informado) y en cuanto a la designación de apoyos. En primer lugar, desarrollo el paso del *principio de coerción al principio de elección*, después la reformulación del *principio de excepcionalidad*, y finalmente, explico el *principio de elección relacional o de autonomía con apoyos*.

1. Del principio de coerción al principio de elección (o de igualdad ante la ley)

A través del principio jurídico del "interés superior" se han justificado distintas "medidas de protección" que resultan sustitutorias de la toma de decisiones y que sitúan el problema de la discapacidad en una "limitación" de la persona (Porxas, 2019), en lugar de identificar y erradicar barreras presentes en los entornos que impiden el ejercicio de derechos (incluyendo el abuso de poder y la influencia indebida). Por eso, estas medidas han terminado por justificar el ejercicio de prácticas coercitivas (aquellas que fuerzan la voluntad o la conducta de una persona). En este sentido, de acuerdo con la OG1 (parr. 21), el principio del "interés superior" no es una salvaguardia que cumpla con el artículo 12 de la CDPD en relación con los adultos y el paradigma de "la voluntad y las preferencias" debe reemplazarlo para que las personas con discapacidad disfruten del derecho a la capacidad jurídica en condiciones de igualdad con las demás.

Distintas disposiciones presentes tanto en el Decreto de Salud Mental como en el CNPCF se corresponden con este mandato de pasar del paradigma del interés superior al del respeto de la voluntad y preferencias. Siguiendo el recorrido histórico y político antes desarrollado, podríamos traducir éste en un paso a nivel formal o normativo del *principio de coerción al principio de elección o de igualdad ante la ley*.

A. El consentimiento en salud como núcleo y garantía

En primer lugar, el Decreto en Salud Mental establece que el consentimiento informa-

⁶ En Mendoza, C., Ríos Espinoza, C. y Rosas Barrientos, E. (En Prensa) se encuentra un análisis reciente sobre la expansión del derecho a decidir y el reconocimiento de la interdependencia humana en el procedimiento para la designación extraordinaria de apoyos en el CNPCF.

do constituye el núcleo del derecho a la salud, entendiendo el consentimiento como la conformidad expresa de una persona, manifestada por escrito, para la realización de un diagnóstico o tratamiento de salud (art. 51 Bis 2). Es decir, ni el diagnóstico ni el tratamiento pueden ser otorgados o prescritos sin la aprobación expresa de la persona, lo que sitúa la manifestación de la voluntad como un principio fundamental del derecho a la salud. Además, el mismo artículo establece que "(...) una vez garantizada la información a través de los medios y apoyos necesarios, la población usuaria de los servicios de salud tiene el derecho de aceptarlos o rechazarlos". Garantizar legalmente la posibilidad de rechazar cualquier procedimiento médico es también una de las disposiciones que se corresponden con este cambio de paradigma y con demandas históricas del colectivo en cuanto al consentimiento.

B. Prohibición del internamiento involuntario

Por otro lado, se establece expresamente el derecho al consentimiento informado en relación con el tratamiento a recibir (art. 74 Ter. III y art. 75Bis) y se explicita que el internamiento de la población usuaria de los servicios de salud mental y personas con consumo problemático de sustancias psicoactivas y adicciones sólo podrá llevarse a cabo de manera voluntaria (art. 75). La prohibición expresa del internamiento involuntario supone la consumación a nivel normativo/jurídico de una lucha histórica de la que el movimiento de personas usuarias, exusuarias y sobrevivientes de la psiquiatría, como población directamente afectada, ha sido la principal protagonista. Además, el mismo artículo establece que "Por ningún motivo el internamiento puede ser indicado o prolongado si tiene el fin de resolver problemas familiares, sociales, laborales o de vivienda y de cuidado del paciente". Esto se suma a las disposiciones en leyes de otros países de la región (como Argentina o Uruguay), si bien en comparación con éstas no se especifica en el decreto mexicano la cantidad máxima de días que se puede mantener un internamiento.

C. El derecho al discernimiento

También en línea de pasar del principio de coerción al principio de elección, el decreto establece que, en la medida en que la persona usuaria de los servicios de salud mental tiene derecho a consentir o denegar el permiso para cualquier tratamiento médico, "deberá presumirse que todos los pacientes tienen capacidad de discernir (...)" (art. 75Bis). La construcción y comprensión del discernimiento como una "capacidad" o "competencia mental" que algunas personas tienen y otras no, ha sido uno de los criterios que han justificado legalmente la sustitución en la toma de decisiones y la implementación de medidas coercitivas (OG1, par. 15). No obstante, comprender el discernimiento no como una pre-condición sino como un proceso (Minkowitz, 2023), que realizamos de distinta manera todas las personas al momento de ponderar una decisión, con la posibilidad de equivocarnos, puede ampliar las posibilidades de construir medidas de apoyo a la toma de decisiones respetuosas de la voluntad y preferencias, a la vez que se corresponde con el mandato de igual reconocimiento como persona ante la ley.

Además, el presumir que todas las personas podemos discernir es un aporte hacia la erradicación de la errónea equiparación entre "capacidad mental" y "capacidad jurídica", y por lo tanto hacia el respeto de la capacidad jurídica universal. Partir del hecho de que todas las personas discernimos, entendiendo este como un proceso diverso y no solo personal-cognitivo sino social-relacional, convierte en innecesaria la evaluación de una forma supuestamente "correcta" de tomar decisiones como crite-

rio condicionante para el ejercicio de derechos o para la prestación de apoyos. A su vez, supone el reto de construir mecanismos para evaluar ya no la capacidad de una persona, sino el contexto social y relacional donde las decisiones tienen lugar, para así evitar, por ejemplo, abusos de parte de terceros o influencia indebida.

El mismo Artículo 75Bis continúa diciendo: “(...) y deberán agotarse los esfuerzos para permitir que una persona acepte voluntariamente el tratamiento o el internamiento”. Siguiendo el análisis realizado a lo largo de este estudio, resulta importante que esta disposición continúe considerando que los esfuerzos por facilitar la manifestación y el ejercicio de la voluntad no se limitan a buscar la aceptación de un tratamiento o internamiento, sino que incluyen la posibilidad de rechazarlos. Es decir, los esfuerzos deben orientarse no tanto a lograr la “aceptación voluntaria” como a facilitar la manifestación de la voluntad y preferencias y asegurar el ejercicio de derechos.

2. Reformulación del principio de excepcionalidad

El establecimiento de excepciones para personas con discapacidad psicosocial en razón de una categoría diagnóstica y/o por su asociación a un criterio de riesgo, peligrosidad, o incapacidad, sigue siendo parte de del ordenamiento jurídico de distintos Estados (Porxas, 2019), aun tratándose de un acto discriminatorio por motivos de discapacidad de acuerdo con la CDPD (OG1, parr. 15).

Tal como explica el Informe Regional de la RedEsfera Latinoamericana (2023), en varios países de la región, el establecimiento de excepciones para el ejercicio de derechos del colectivo de personas con discapacidad psicosocial continúa vigente en distintas legislaciones. En la mayoría de las leyes de salud y salud mental, el principio de excepcionalidad se aplica al consentimiento libre e informado y se justifica por criterios como “peligrosidad”, “urgencia”, “emergencia médica”. En Códigos Civiles se aplica al ejercicio de la capacidad jurídica y se justifica por criterios como “personas con enfermedad mental” o “personas dementes”. En Códigos Penales se aplica a través de figuras como las medidas de seguridad y la inimputabilidad, y se justifica en razón de un diagnóstico de trastorno mental, uso de tratamiento psiquiátrico, o criterios como “peligrosidad” o “falta de maduración mental”. En todos los casos, se prevé que dichos criterios sean evaluados de manera unilateral por personal médico, familiares y/o jueces.

En contraste, la OG1 establece un principio de excepcionalidad cuyo criterio de aplicación no es la discapacidad (psicosocial, en este caso), sino que se plantea con base en criterios diferentes que apelan directamente a una responsabilidad del entorno: “Cuando, pese a haberse hecho un esfuerzo considerable, no sea posible determinar la voluntad y las preferencias de una persona, la determinación del “interés superior” debe ser sustituida por la “mejor interpretación posible de la voluntad y preferencias” (parr. 21), incluso en situaciones de crisis y de influencia indebida. El criterio del “esfuerzo considerable”, en términos de ofrecer y proporcionar los ajustes razonables y los apoyos necesarios (los medios) para permitir que la voluntad y las preferencias sean expresadas, está ausente en las legislaciones que continúan enfocadas desde el modelo médico-rehabilitador y el principio del interés superior, y que al aplicar la excepcionalidad por motivos de discapacidad siguen siendo discriminatorias.

Algunas disposiciones del Decreto de Salud Mental y el CNPCF se corresponden con la reformulación del principio de excepcionalidad en la línea de la CDPD, que en última

instancia implica la derogación del criterio del interés superior y de la coerción. En el artículo 51 Bis 2 del decreto, se determina que el prestador de servicios de salud procederá a preservar la vida frente a un riesgo inminente o la exposición a un daño irreversible de la integridad física de la persona, siempre y cuando por *ningún medio* (énfasis mío) ésta haya podido dar su consentimiento y siempre que no haya dejado un documento de voluntad anticipada. Si bien no se explicita el criterio del “esfuerzo considerable” para conocer la voluntad y preferencias, el criterio del agotamiento de los medios para facilitar el consentimiento puede corresponderse o aplicarse con el mismo fin.

Además, el mismo artículo establece dos cuestiones que potencialmente representan la erradicación del principio discriminatorio de excepcionalidad por motivos de discapacidad. Lejos de condicionar el derecho a la toma de decisiones a un criterio médico de evaluación de la “capacidad mental” (incluyendo por extensión la valoración del discernimiento, la voluntad o la conciencia), dice lo siguiente: 1) “No se entenderá que la persona no puede dar su consentimiento cuando se estime que está en un error o que no tiene conciencia de lo que hace.” (art. 51Bis); y 2) (...) deberá presumirse que todos los pacientes tienen capacidad de discernir (...) (75Bis).

Por su parte, el CNPCF también determina, para la celebración de actos jurídicos, que las únicas excepciones en las que se pueden designar de manera obligatoria apoyos para la toma de decisiones (apoyos extraordinarios) son cuando “(...) no se pueda conocer su voluntad por ningún medio, y no hayan designado apoyos ni hayan previsto su designación anticipada” (art. 446). En el mismo artículo se explicita que esta es una medida que sólo procede “después de haber realizado esfuerzos reales, considerables y pertinentes para conocer una manifestación de voluntad de la persona, y de haberle prestado las medidas de accesibilidad y ajustes razonables, y la designación de apoyos que sea necesaria para el ejercicio y promoción de sus derechos.”. El CNPCF también dice que, si se hubiere realizado una designación anticipada de apoyos, se estará a su contenido. Esto implica un cambio en la forma en la que se entienden a nivel formal o normativo la autonomía en el contexto de la discapacidad, tal como explicaré en el siguiente apartado.

3. El principio de elección relacional (o de autonomía con apoyos)

El mandato de la CDPD sobre el ejercicio de la capacidad jurídica se basa en un principio de elección que, si bien reconoce la autonomía de las personas con discapacidad, no plantea ésta como un hecho puramente individual. A través de las disposiciones relativas a la construcción de sistemas de apoyos y la prestación de ajustes razonables, dicho mandato reconoce el ejercicio de tomar decisiones como un proceso que tiene lugar en un marco contextual, estructural y relacional. Es decir, en momentos y circunstancias determinadas, donde las condiciones del entorno pueden facilitar u obstaculizar ese mismo proceso, y que son modificables y/o que pueden ser transitadas con distintas formas de apoyo. En este sentido, la defensa del derecho a decidir se acerca a la noción de autonomía relacional y a la ética del cuidado desarrollada desde perspectivas feministas, en cuyo centro se encuentra el reconocimiento de la vulnerabilidad en un amplio escenario de relaciones y conexiones interpersonales (Porxas, 2019). Como explica Tinat (2012), también desde una perspectiva feminista, el consentimiento como acto de autorización/conformidad, no se reduce a un papel escrito. Es una práctica relacional y comunicacional que forma parte de la vida cotidiana, y las modalidades de la aceptación se ven determinadas por el estado de las relaciones sociales, la posición de dominación o las relaciones de poder, y el campo de alternativas de acción posibles.

Lo anterior representa una distancia importante del modelo de sustitución de la capacidad jurídica, que comprende la toma de decisiones como un ejercicio puramente individual y racional, que puede o no llevarse a cabo dependiendo de la “capacidad mental” de la persona según la valoración de terceros. En el plano jurídico, la idea de autonomía personal/liberal alrededor de las nociones de capacidad o competencia mental, que no incorpora las nociones de autonomía relacional y el modelo social, resulta en la legitimación de formas de dominación sobre las personas consideradas “no competentes” (Porxas, 2019). En este sentido, en sus trabajos sobre distintas tradiciones jurídico-filosóficas en torno a la noción de “autonomía”, María Angels Porxas (2019) explica que el modelo social adoptado por la CDPD apuesta por una *autonomía con apoyos*, que no es esencialmente paternalista pero tampoco reproduce la idea liberal del individuo.

Considerando lo anterior, identifiqué en el Decreto de Salud Mental y en el CNPCF diferentes disposiciones que se corresponden con este *principio de elección relacional o de autonomía con apoyos*, también en la línea de lo que se plantea en la OG1: “Los Estados partes no deben negar a las personas con discapacidad su capacidad jurídica, sino que deben proporcionarles acceso al apoyo que necesiten para tomar decisiones que tengan efectos jurídicos.” (par. 16).

En primer lugar, el Decreto de Salud Mental (art. 51 Bis) establece la obligatoriedad de los prestadores de servicios, ya sean públicos o privados, de garantizar el consentimiento informado a través del principio de accesibilidad (brindando información de manera accesible, oportuna y en lenguaje claro) y del derecho a la información (art. 21 de la CDPD), ya que ésta debe ser veraz y completa, incluyendo los objetivos, beneficios, posibles riesgos y alternativas. Una vez garantizada la comprensión de la información, se establece que la población usuaria puede aceptarlos o rechazarlos. En línea con esto, el subapartado no. II del Artículo 74 Ter establece el derecho a contar con mecanismos de apoyo en la toma de decisiones, incluyendo directrices de voluntad anticipada. Si bien está ausente en el decreto la disposición de ofrecer alternativas de apoyo no médicas, establecida por la OG1 (parr. 42).

Por su parte, el CNPCF establece expresamente la derogación de la figura de interdicción y dispone que todas las personas mayores de edad tienen capacidad jurídica plena. En línea con esto, la designación de apoyos (que puede aplicar para cualquier acto jurídico y puede realizar cualquier persona que los necesite, tenga o no una discapacidad [Mendoza, Ríos Espinoza, Rosas Barrientos, En Prensa]), debe ser voluntaria (con posible excepción según los criterios analizados en el apartado previo):

Artículo 445 (del CNPCF) .- Todas las personas mayores de edad tienen capacidad jurídica plena (...). Puede ser objeto de apoyo cualquier acto jurídico, incluidos aquellos para los que la ley exige la intervención personal del interesado. Nadie puede ser obligado a ejercer su capacidad jurídica mediante apoyos (...).

También el CNPCF (art. 445) establece la regulación de distintas modalidades de apoyo para facilitar el ejercicio de derechos, incluyendo apoyos en la comunicación, la comprensión de actos jurídicos y sus consecuencias, para la manifestación de la voluntad y las preferencias, y para participar en audiencias (art. 141). Como desarrollé en el apartado anterior, el haber agotado las posibilidades de prestación de ajustes y apoyos para la manifestación de la voluntad, constituye el criterio de excepcionalidad por el que podría

realizarse una solicitud de designación judicial de apoyos extraordinarios. Aun así, de acuerdo con el artículo 447 del mismo Código, dicha designación de personas o persona de apoyo por parte de la autoridad jurisdiccional se determina sobre la base de la manifestación anticipada de la voluntad y preferencias, o bien, en caso de no existir, se determina considerando la relación de convivencia, confianza, amistad, cuidado o parentesco entre la persona apoyada y las de apoyo. Por último, en caso de no existir ninguna de estas es posible proceder a la designación de una persona física o moral del registro de personas morales que provén apoyos.

En el mismo sentido, tanto en el CNPCF y el Decreto de Salud Mental, se establecen las directivas anticipadas como un recurso (la *designación anticipada de apoyos* -art. 446 del CNPCF- y la elaboración de *voluntades anticipadas* -art. 75 Ter del Decreto de Salud Mental). Esto se corresponde también con el mandato de respeto de la capacidad jurídica o de igual reconocimiento como persona ante la ley. De acuerdo con la OG1, se trata de un mecanismo de apoyo que consiste en la posibilidad de planificar anticipadamente la voluntad y preferencias. Cabe destacar que, en el Decreto de Salud Mental, se cumple con otras disposiciones de la OG1 relativas a las directivas anticipadas; por ejemplo, que el momento en que una directiva entra en vigor y deja de tener efecto debe ser decidido por la persona. Si bien no se explicita en el mismo decreto que la elaboración de la directiva no debe basarse en una evaluación de la capacidad mental, tampoco se establece este criterio que resulta contrario al igual reconocimiento como persona ante la ley, según la misma Observación General.

VI. Consideraciones finales

El derecho a decidir ha sido históricamente vulnerado para las personas usuarias, exusuarias, sobrevivientes de la psiquiatría, y con discapacidad psicosocial (entre otras). Algo que ha sido particularmente motivo de vulneración es el ejercicio de la capacidad jurídica o el igual reconocimiento como persona ante la ley, y dentro de éste el respeto del consentimiento libre e informado y la designación de apoyos respetuosos de la voluntad y preferencias. Frente a esto, el mandato de la CDPD recoge demandas históricas del colectivo de personas usuarias, sobrevivientes de la psiquiatría, y con discapacidad psicosocial, concretando en lo normativo un cambio de paradigma tanto a nivel jurídico (hacia la abolición de la desigualdad legal) como en un sentido epistémico: implica desplazar el ámbito sanitario como garante de saber-poder por excelencia sobre las vidas y cuerpos considerados locos; y situar el conocimiento experto por experiencia como legítimo y potencialmente transformador en términos estructurales.

En el contexto jurídico-psiquiátrico dominante, el concepto y ejercicio del cuidado ha estado cargado de sentidos paradójicos y contradictorios. Se ha reconocido como legítimo y necesario si se utiliza para justificar el ejercicio de la coerción o la desigualdad legal en determinados cuerpos (“por su propio bien”), mientras se desconoce o niega sistemáticamente como un valor que sostiene y dignifica la vida en las sociedades en general. Así pues, los cuidados en salud mental han estado tradicionalmente centrados en la persona que los recibe, pero sin la persona (sin necesariamente reconocerla como sujeto de derechos). Desde una perspectiva feminista (disca y loca), la desigualdad legal resulta contraria al sentido y ejercicio de cuidar y de sostenimiento de la vida.

Los sistemas de apoyos, desde el punto de vista de las alianzas discas-locas aquí desarrolladas, se corresponden con ese sentido del cuidado como dignificación de la vida en

su diversidad, en tanto se sostienen en el reconocimiento de las personas como sujetos activos, y en la defensa de la autonomía en un sentido relacional. Su establecimiento en este ámbito invita a abandonar los criterios discriminatorios de excepcionalidad a los derechos humanos que se basan en la discapacidad psicosocial. También la necesidad aparente de una evaluación de la capacidad mental para permitir o negar el ejercicio de derechos, y en su lugar diseñar herramientas o mecanismos que más bien evalúen si efectivamente los entornos agotan los medios y realizan los esfuerzos posibles/pertinentes para la manifestación y ejercicio de la voluntad, y para detectar y no permitir influencia indebida o abusos de poder. En este mismo sentido, la implementación de dichos sistemas implica diseñar y ofrecer diversas y amplias opciones de apoyos (no únicamente médicos), así como salvaguardias para atravesar las situaciones de crisis, para la toma de decisiones, y para la vida independiente en la comunidad, entre otras cosas. Esto último también como estrategia para la dignificación de la relación de cuidados en beneficio de todas las partes implicadas.

Los principios sociojurídicos señalados a lo largo de este estudio en torno al derecho a decidir (la posibilidad de elección, la reformulación de los criterios de excepcionalidad, y la autonomía con apoyos), dan continuidad a varias de las demandas históricas del movimiento de personas usuarias, sobrevivientes de la psiquiatría y con discapacidad psicosocial reflejadas en el mandato de la CDPD y son una oportunidad para el diseño y la implementación de sistemas de apoyos y de cuidados plenamente respetuosos de la capacidad jurídica. Si bien esto no implica que ya se haya alcanzado el pleno reconocimiento como igual persona ante la ley en la legislación mexicana, pues aún se mantienen excepciones para las personas con discapacidad psicosocial en el ámbito penal. Además, al paso de los años, la armonización de otras normativas y la implementación efectiva de las cuestiones aquí planteadas continúa siendo un reto y una tarea pendiente para el Estado y la sociedad mexicana.

Los movimientos sociales en torno a la discapacidad y la locura han sido claves para generar estas transformaciones legislativas. No obstante, aunque resultan un avance importante para el respeto de las vidas discas-locas, no son suficientes en términos de generar cambios culturales, económicos y sociales que vayan más allá de lo normativo. El gran desafío es, ahora, pasar del marco legal a la realidad social particular y concreta del contexto mexicano.

Referencias Bibliográficas

- Asamblea General de Naciones Unidas (2016). Informe de la Relatora Especial sobre los derechos de las personas con discapacidad. A/HRC/43/49. https://digitallibrary.un.org/record/3870734/files/A_HRC_43_49-ES.pdf
- Bautista-Espinel, G., Ardila-Rincón, N., Castellanos-Peñaloza, J. y Gene-Parada, Y. (2017). Conocimiento e importancia, que los profesionales de enfermería tienen sobre el consentimiento informado aplicado a los actos de cuidado de enfermería. *Rev Univ. Salud*, 19(2), 186-196. <http://dx.doi.org/10.22267/rus.171902.81>
- Bernal, D.R., Díaz, E. y Padilla, A. (2018). Retos éticos de la investigación sociojurídica: una revisión a partir de buenas prácticas en artículos publicados. *Estudios socio-jurídicos*,

- 20(1), 107-131. <http://dx.doi.org/10.12804/revistas.urosario.edu.co/sociojuridicos/a.6043>
- Center for inclusive policy; ACIJ; Sociedad y Discapacidad; Asociación Azul; A.L.C.E; Disability Rights Advocacy Fund; NDF; Luchando contra viento y marea; y Documenta (2023). La necesidad de incorporar la perspectiva de derechos de las personas con discapacidad al contenido y alcance del derecho al cuidado. Observaciones a la solicitud de Opinión Consultiva presentada por Argentina “El contenido y alcance de derecho al cuidado y su interrelación con otros derechos”.
 - Chamberlin, J. (2007). “Whose voice? Whose choice? Whose power?”, *BMC Psychiatry*, 7(Suppl 1): S5. <http://dx.doi.org/10.1186/1471-244X-7-S1-S5>
 - Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (2014). Observación General N° 1. Artículo 12: Igual reconocimiento como persona ante la ley. CRPD/C/GC/1. <http://www.convenciondiscapacidad.es/wp-content/uploads/2019/01/Observaci%C3%B3n-1-Art%C3%ADculo-12-Capacidad-jur%C3%ADdica.pdf>
 - Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (2022). Directrices sobre la desinstitucionalización, incluso en situaciones de emergencia. CRPD/C/5. <https://bitly.com/LaQAD>
 - Guzmán Martínez, G., Pujal i Llobart, M., Mora, E. y García-Dauder-Dau (2021). Antecedentes feministas de los grupos de apoyo mutuo en el movimiento loco. *Salud Colectiva*, 17:e3274. <http://dx.doi.org/10.18294/sc.2021.3274>
 - Lizama Sierra, V. y Gutiérrez Ramírez, I. R. (24 de junio 2022). Los pacientes ¡fuera de los psiquiátricos! *Yo también*. <https://www.yotambien.mx/opinion/los-pacientes-fuera-de-los-psiquiatricos>
 - Mendoza, C., Ríos Espinosa, C. y Rosas Barrientos, E. (En Prensa). Hacia la expansión del derecho a decidir y el reconocimiento de la interdependencia humana. El procedimiento para la designación de apoyos extraordinaria de apoyos en el CNPCF. *Revista del Colegio de Notarios de la Ciudad de México*.
 - Mills, C. (2014). *Decolonizing Global Mental Health*. The psychiatrization of the majority world. Routledge.
 - Mills, C. y Fernando, S. (2014). Globalising Mental Health or Pathologising the Global South? Mapping the Ethics, Theory and Practice of Global Mental Health. *Disability and Global South*, 1(2), 188-202.
 - Minkowitz, T. (18 de septiembre de 2012). *CRPD Advocacy by the World Network of Users and Survivors of Psychiatry: The Emergence of an User/Survivor Perspective in Human Rights*. https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2326668
 - Minkowitz, T. (16 de diciembre de 2020). Intervención de Tina Minkowitz [Discurso principal]. *Para una legislación libre de cuerdismo*. Encuentro virtual en primera persona Coalición ActivaMent-Hierbabuena, España.
 - Minkowitz, T. (2023). *Reimaginar el apoyo en crisis. Matriz, hoja de ruta y políticas*. Lilith's Warrior Press.
 - Organización de las Naciones Unidas (2006). Convención sobre los Derechos de Personas con Discapacidad y Protocolo Facultativo. Organización de las Naciones Unidas.
 - Orlor, J. (2021). Investigación y métodos de investigación socio-jurídicos. Aproximaciones en M. González (coord.). *Cuadernos de Sociología Jurídica* (pp. 37-46). Universidad Nacional de la Plata.
 - Pérez Orozco, A. (2006). *Amenaza tormenta: la crisis de los cuidados y la reorganización del sistema económico*. *Revista de Economía Crítica*, 5, 7-37.
 - Pérez-Pérez, B. (2023). *Una genealogía de la matriz de poder moderna. Lo humano, el derecho y la locura*. [tesis doctoral inédita]. Universidad Autónoma de Barcelona. <http://hdl.handle.net/10803/689645>

- Pérez-Pérez, B. (2-3 de marzo 2024). *Sobre el derecho (humano) al recurso y la reparación de las víctimas y supervivientes de la violencia psiquiátrica* [Ponencia]. Jornadas sobre Opre-
sión psiquiátrica y autogestión de la locura, Pamplona, España.
- Plaza, M. (03 de junio de 2020). Vulnerabilidades y cuidados: grupos de apoyo mutuo
no mixtos en salud mental. *Pikara Magazine*. [https://www.pikaramagazine.com/2020/06/
vulnerabilidades-y-cuidados-grupos-de-apoyo-mutuo-no-mixtos-en-salud-mental/](https://www.pikaramagazine.com/2020/06/vulnerabilidades-y-cuidados-grupos-de-apoyo-mutuo-no-mixtos-en-salud-mental/)
- Porxas, M. À. (2019). El dogma de las capacidades y la racionalidad: un análisis crítico so-
bre el tratamiento jurídico de las personas diagnosticadas con problemas de salud men-
tal. [Tesis doctoral, Universitat de Girona]. <https://www.tdx.cat/handle/10803/672193>
- RedEsfera Latinoamericana por las Culturas Locas, la Diversidad Psicosocial, la Justicia,
el Buen Vivir y el Derecho al Delirio. (2023). *Informe Regional: Hacia la Justicia Loca y la Re-
paración*. RedEsfera Latinoamericana por las Culturas Locas, la Diversidad Psicosocial, la
Justicia, el Buen Vivir y el Derecho al Delirio.
- Ríos Espinosa, C. (11 de julio de 2023). Entrevista: Victoria para las personas con disca-
pacidad y las personas mayores en México. Cuando las personas se unen, suceden cosas
buenas. *Human Rights Watch*. [https://www.hrw.org/es/news/2023/07/11/entrevista-victoria-
para-las-personas-con-discapacidad-y-las-personas-mayores-en](https://www.hrw.org/es/news/2023/07/11/entrevista-victoria-para-las-personas-con-discapacidad-y-las-personas-mayores-en)
- Romañach, J. (2012). Ética y derechos en la práctica diaria de la atención a la dependencia:
autonomía moral vs. autonomía física. En A. Pie Balaguer (coord.). *Deconstruyendo la de-
pendencia: propuestas para una vida independiente* (pp. 47-74). Barcelona: Editorial UOC.
- Ryan, B. (24 de agosto 2022). *Nothing about us without us*. <https://acortar.link/Syd1KI>
- Sacristán, C. (2022). El juicio de interdicción como fuente para la historia: pistas y rutas para
su análisis. En T. Ordorika Sacristán y A. Alejandra Golcman (coords.). *Locura en el archivo. Fuentes y metodologías para el estudio de las disciplinas psi* (pp. 131-162). México: UNAM.
- Sacristán, C. (2024). *El ruido y el velo. Perder los derechos civiles en el México liberal. El caso Raigosa, 1872-1879*. México: Fondo de Cultura Económica.
- Suárez, L. (2005). Eugenesia y racismo en México. México: UNAM.
- Tinat, K. (2012). Del consentimiento. *Debate feminista*, 23(4), 232-238.
- United Nations. (12 de junio 2024). *Declarations and Reservations, Convention on the Rights of Persons with Disabilities*. United Nations. Recuperado 12 junio 2024 de [https://treaties.
un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=iv-15&chapter=4&clang=_en](https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=iv-15&chapter=4&clang=_en)
- Vázquez Sixto, F. (1996). El análisis de contenido temático. *Objetivos y medios en la inves-
tigación social* [Documento de trabajo]. Pp. 47-70. Universitat Autònoma de Barcelona.
- World Health Organization y United Nations Human Rights Office of the High Com-
missioner (2023). *Mental Health, human rights and legislation: guidance and practice*
[Archivo PDF]. [https://iris.who.int/bitstream/handle/10665/373126/9789240080737-eng.
pdf?sequence=1](https://iris.who.int/bitstream/handle/10665/373126/9789240080737-eng.pdf?sequence=1)

Proteção à saúde no meio ambiente digital: o princípio da precaução e as neurotecnologias

Protection to health on digital environment: the precautionary principle and neurotechnologies

Aurea Maria de Carvalho¹; Ricardo Libel Waldman²

DOI: [https://doi.org/10.37767/2591-3476\(2024\)13](https://doi.org/10.37767/2591-3476(2024)13)

Fecha de envío: 30.06.2024

Fecha de aceptación: 20.08.2024

RESUMO:

Esse artigo reflete sobre o avanço das tecnologias da informação e da comunicação (TIC), especialmente a neurotecnologia, a tecnologia aplicada ao ramo da Medicina chamado Neurologia, seus benefícios e a incerteza dos riscos que podem advir de sua implementação. Assim, são abordadas a necessidade de observância da ética e da dignidade da pessoa humana, como pressupostos de condutas médicas, além do respeito aos dados neuronais obtidos. Em se tratando de TIC, aborda-se a proteção do meio ambiente digital no Brasil como elemento da proteção ambiental na Constituição Federal brasileira. Conclui que nesse contexto, o princípio da precaução é relevante, já que não há certeza do impacto causado pela neurotecnologia podendo eles gerarem danos importantes a direitos fundamentais: exemplo é o caso da Neuralink, que comprovou ter procedido a implante de microchip neuronal em paciente humano. O método de aproximação é o hipotético dedutivo e a pesquisa é de natureza bibliográfica.

RESUMEN: En este artículo se reflexiona sobre el avance de las tecnologías de la información y la comunicación, especialmente la neurotecnología, la tecnología aplicada a la rama de la Medicina denominada Neurología, sus beneficios y la incertidumbre de los riesgos que pueden derivarse de su aplicación. Así, se aborda la necesidad de observar la ética y la dignidad humana, como presupuestos de la conducta médica, además del respeto a los datos neuronales obtenidos. En lo que respecta a las tecnologías de la información y la comunicación, la protección del entorno digital en Brasil se considera un elemento de protección del medio ambiente en la Constitución Federal brasileña. Concluye que el principio de precaución es relevante en este contexto, considerando que no

1 Doutoranda em Direito Político e Econômico pela Universidade Presbiteriana Mackenzie (UPM); Mestre em Direito do Trabalho pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP; Mestre em Direito da Sociedade da Informação pela FMU; Membro dos Grupos de Pesquisa em Meio Ambiente Digital e Direito Humanos da UPM; Autora de artigos científicos; Advogada; aureamaria.adv@gmail.com; 11 96378-2600; <https://orcid.org/0000-0001-7901-8147>.

2 Doutor em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS). Mestre em Direito do Estado pela UFRGS. Realizou estudos de Pós-Doutorado na Universidade de Salerno. Professor Doutor da Faculdade de Direito da UPM. O presente artigo é parte da pesquisa realizada no âmbito do Grupo de Pesquisa Meio Ambiente Digital e Direitos Humanos da UPM. Advogado; ricardolibelwaldman@yahoo.com; <https://orcid.org/0000-0002-5437-648X>

hay certeza sobre el impacto causado por la neurotecnología y pueden causar daños importantes a los derechos fundamentales: por ejemplo, este es el caso de Neuralink, que demostró haber implantado un microchip neuronal en un paciente humano. El método de aproximación es hipotético-deductivo y la investigación es de carácter bibliográfico.

ABSTRACT

This article reflects on the advancement of information and communication technologies, especially neurotechnology, the technology applied to the branch of Medicine called Neurology, its benefits and the uncertainty of the risks that may arise from its implementation. So, the need to observe ethics and human dignity are addressed, as presuppositions for medical conduct, in addition to respect for the neuronal data obtained. When it comes to information and communication technologies, the protection of the digital environment in Brazil is considered as an element of environmental protection in the Brazilian Federal Constitution. It concludes that precautionary principle is relevant in this context, considering that there is no certainty about the impact caused by neurotechnology and they may cause important damages to fundamental rights: for example, this is the case of Neuralink, which proved to have implanted a neuronal microchip in a human patient. The approximation method is hypothetical-deductive and the research is of a bibliographic nature.

PALAVRAS-CHAVE: neurotecnologia, ética, meio ambiente digital, dignidade da pessoa humana, princípio da precaução.

PALABRAS CLAVE: neurotecnología, ética, entorno digital, dignidad humana, principio de precaución.

KEY WORDS: neurotechnology, ethics, digital environment, human dignity, precautionary principle.

Introdução

O presente estudo chama a atenção para o avanço das tecnologias da informação e da comunicação (TIC), notadamente a inteligência artificial (IA) na área da neurologia. O primeiro tópico aborda os benefícios que a IA pode trazer, como a inclusão social e econômica do indivíduo com deficiência, a superação das dificuldades. Em contrapartida também atenta para o risco de lesão aos direitos do ser humano, introduzindo a análise do tópico seguinte. A partir dessas constatações, por meio do método hipotético-dedutivo analisa a hipótese de uma regulamentação desta tecnologia com base no princípio da precaução. A pesquisa é de natureza bibliográfica.

Nesse sentido, a seção a seguir assevera a importância da observância da ética e do respeito a dignidade humana no uso da neurotecnologia, destacando a necessária preservação da igualdade no tratamento dos indivíduos.

Na sequência, o estudo mostra que a Organização Mundial da Saúde (OMS) está atenta ao avanço tecnológico e sua ingerência na medicina. Ver-se-á que inquietação da OMS culmina na implementação de princípios norteadores das atividades ligadas à neurotecnologia, de forma a preservar a saúde e integridade humana.

Na seção seguinte, discute-se a aplicabilidade do princípio da precaução para a inteli-

gência artificial no direito brasileiro, a partir do conceito de meio ambiente digital, o qual implica, de acordo com a Constituição Federal (CF), na incidência dos princípios do direito ambiental para as novas TIC.

O tópico cinco apresenta uma análise sobre a incidência do princípio da precaução, emergido a partir do artigo 225 da CF de 1988, diante da incerteza do impacto a ser causado pelas neurotecnologias.

Na sequência, é feita uma breve análise do caso da empresa Neuralink e seus objetivos de pesquisa científica, com apontamento da experiência de implante de chip neuronal em paciente humano, bem como, as práticas existentes com experimentos em animais.

I. A IA no campo Neurológico

O uso da IA para auxílio no tratamento de pessoas com deficiências cognitivas, de linguagem e comprometimento motor, teve lugar de discussão em 1956. A partir de então, a exploração do tema, do ponto de vista ético, foi ganhando maior alcance, especialmente, no tocante à autodeterminação do indivíduo e sua integridade psíquica (MELO, 2024, pp. 69-80).

Na realidade atual, com a evolução constante da IA aplicada no setor da saúde, os principais beneficiários do avanço tecnológico são aquelas pessoas com algum grau de deficiência física e doenças neurodegenerativas, através da utilização de programas potentes que viabilizem sua capacidade cognitiva, permitindo sua interação social, e desenvolvimento de aprendizagem com participação ativa (BELLONI, 2024).

A história tem demonstrado que a utilização de softwares educacionais e de mídias eletrônicas tem propiciado verdadeira inovação na área educacional, permitindo a inclusão através do ensino, e a geração de oportunidades no mercado de trabalho, de pessoas com deficiência (WARSCHAUER, 2005).

Justamente pelo seu caráter inovador, a neurotecnologia, tecnologia aplicada ao estudo neurológico, tem despertado o interesse de investidores interessados nos resultados advindos de sua utilização, após a divulgação de resultados que comprovam ser possível o desenvolvimento de aparelhos capazes de conectar a mente humana a computadores. Por um lado, para a medicina, essa interface cérebro-máquina oferece uma oportunidade de as pessoas com lesões neurodegenerativas serem inseridas na sociedade, através da supressão de suas dificuldades e limitações, mediante a potencialização do desenvolvimento de habilidades cognitivas (FIANI, REARDON, AYRES, CLINE e SITTO, 2021: e14192). Às pessoas com lesões na medula espinhal, distúrbios neurodegenerativos e deficiências neurobiológicas, tem sido viabilizado o desenvolvimento de diversas habilidades mediante a conexão com dispositivos avançados de IA, projetados para serem conectados ao seu cérebro e ligados a computadores, de forma a lhes propiciar o controle aos movimentos de seu corpo, além de contribuir para elidir crises em quadros epiléticos (MELO, 2024, pp. 69-80).

Nesse sentido, vale citar que a *brain-computer interface*, ou interface cérebro computador, que se perfaz em uma comunicação entre o cérebro e as máquinas (VAUGHAN, 2003, pp. 94-109) trouxe muitos investimentos em neurotecnologia, através de exames do movimento dos olhos de usuários de computadores, tablets, óculos de realidade aumentada, smartphones e smartwatch, e robôs domésticos que atendem a um comando

de voz do usuário. Também há uma interação mais invasiva através de implante de microchip intracraniano, se configurando com a incorporação do dispositivo ao tecido vivo, de forma a viabilizar a superação de limitações causadas por deficiências neurodegenerativas e neurológicas, e fomentação do desenvolvimento de habilidades de pessoas com transtornos sensoriais e cognitivos (POMPERMAYER, VILAÇA e DIAS, 2021: 57-87).

Efetivamente, a evolução tecnológica permite a inclusão social e econômica do indivíduo com deficiência, e viabiliza uma vida de acordo com sua dignidade como ser humano, dotando-o de autonomia e independência. Radabaugh (1993) entende que “Para as pessoas sem deficiência, a tecnologia torna as coisas mais fáceis, para as pessoas com deficiência a tecnologia torna as coisas possíveis”.

Conforme um estudo efetuado pelo Fundo das Nações Unidas para a Infância – UNICEF (2021), realizado em 2021, aproximadamente 240 milhões de crianças tem algum tipo de deficiência. Em meio a esse quadro alarmante, a neurotecnologia pode oferecer a dignidade para essas crianças, e fomentar sua na sociedade, através, elidindo as barreiras existentes no acesso à educação da eliminação de qualquer barreira ao acesso à educação.

A neurociência, através do uso da tecnologia como instrumento, pode implantar chips e etiquetas inteligentes no cérebro humano, para rastreá-lo e mapeá-lo, identificando e influenciando hábitos, alterando a percepção humana e sua psiquê, dando um novo contorno à sua autonomia. Nesse sentido, o cérebro humano passa a ser controlável e subordinado a uma manipulação externa, passível de aferição econômica por empresas de tecnologia, sendo considerado verdadeiro ativo financeiro (RODOTÀ, 2008).

Vale atentar ao fato de que, segundo Lee, na década de 1950, os primeiros entusiastas da IA ambicionaram a recriação da inteligência humana em uma máquina. Desde então a história mostrou à humanidade os avanços da tecnologia, permitindo tratamentos invasivos com a estimulação cerebral em pacientes com a doença de Parkinson, utilizando implante de eletrodos em áreas específicas do cérebro, viabilizando impulsos elétricos de alta frequência (LEE, 2019: 19).

Além disso, a evolução da IA tem permitido o desenvolvimento das neurotecnologias, a tecnologia aplicada ao estudo neurológico, notadamente na área da medicina, registrando atividades neuronais de forma precisa e permitindo diagnósticos específicos e de maneira precoce, através do registro e processamento de imagens (WALTZ, 2019: 978-987). Preocupada com esses traços ambiciosos das empresas de tecnologia, e a possibilidade de controle da mente humana por máquinas, a Organização das Nações Unidas (2024), por meio do Alto Comissariado dos Direitos Humanos, pediu que fosse dada especial atenção ao tema, especialmente quanto a utilização de aplicativos inteligentes em desacordo com as normas internacionais de proteção aos direitos humanos. Isso porque apesar dos avanços tecnológicos que as novas tecnologias podem trazer para a ciência, por outro lado é necessário primar pelo respeito aos direitos humanos, e ao arcabouço legal protetivo à privacidade do ser humano, estabelecido nacional e internacionalmente.

Conforme Melo (2024: 69-80), à medida que a evolução tecnológica acontece, aumenta o risco de lesão ao direito de privacidade e ao direito de proteção de dados das pessoas, devendo, pois, ser maior a atenção do Estado a essa questão, quanto a edição de normas regulamentadoras e protetivas à ascensão da atuação algorítmica, uma vez que os

dados neurais do ser humano não podem ser comercializados. Os direitos fundamentais devem ser respeitados, dentre eles a personalidade, a privacidade e a proteção de dados pessoais.

Partindo dessa questão, a seguir o estudo abordará a necessidade de observância da ética e do respeito à dignidade da pessoa humana, no uso de tecnologias inovadoras para melhoria da saúde das pessoas.

Perez Luño (2003) leciona sobre o reconhecimento pela doutrina, acerca do direito à privacidade dos dados neurais, como sendo um direito fundamental de status positivo, por se consubstanciar em dever estatal. Assim, a criação e implantação de políticas públicas que viabilizem o arcabouço protetivo dos dados neurais, deve ser garantida pelo Estado, com a edição de lei específica.

Atualmente, a sociedade mundial vive em meio às mudanças trazidas pelas novas TIC. A geração, o processamento e a distribuição da informação são as atividades centrais do desenvolvimento econômico e social. (CASTELLS, 2005 p. 51, nota 30) Nesse sentido, Castells (2003) assente que: “a história da criação e do desenvolvimento da Internet é a história de uma aventura humana extraordinária. Ela põe em relevo a capacidade que têm as pessoas de transcender metas institucionais, superar barreiras burocráticas e subverter valores estabelecidos no processo de inaugurar um mundo novo.”

Em razão disso, é necessário fiscalizar o uso e tratamento responsável da tecnologia da informação, de forma a minimizar eventuais efeitos danosos advindos de seu uso indiscriminado e indevido, notadamente, os danos provenientes de utilização indevida de dados neurais do ser humano, e práticas discriminatórias advindas do conhecimento de tais dados. O tema é de tamanha relevância que o Governo Americano em 2013 considerou por bem aprovar um projeto – BRAIN (Brain Research through Advancing Innovative Neurotechnologies) – visando o mapeamento de atividade neurológica para auxiliar na cura de deficiências neuronais (MELO, 2024: 69-80).

Bariffi (2024) destaca que a Europa também tem se preocupado com uso de dados neuronais, e em 2014 reuniu-se o conselho desse continente, para uma conferência internacional, com o objetivo de debater sobre o avanço tecnológico e os direitos humanos. Considerando o impacto causado pela tecnologia, e a necessidade de criação de uma estrutura interdisciplinar e ética.

O autor supracitado também traz, além desses dois pontos mencionados, a transparência e a responsabilidade como princípios informadores da ética e da guarda protetiva dos dados neuronais utilizados. O autor destaca o princípio da prevenção.

Barcarollo (2021) destaca o despreparo dos cientistas na aplicação da IA como instrumento de mapeamento do cérebro humano e eliminação ou minimização de limitações, representando, isto sim, verdadeiro risco de manipulação indevida, a ser regulado pelo Estado.

O tema é de tamanha relevância que a Organização Mundial da Saúde está atenta aos possíveis impactos causados na Medicina, pelo uso das tecnologias avançadas, e experimentos científicos, objeto de nosso próximo tópico.

II. A Preocupação da OMS

A OMS (2024) demonstrou preocupação com os contornos que podem ser assumidos da exploração neuronal pela IA nas mãos da comunidade científica e empresas investidoras, e emitiu uma orientação sobre Ética e Governança da IA para a Saúde, através de um levantamento de dados. Foi formulado um relatório que identificou quais os desafios éticos ligados ao uso indevido das tecnologias na saúde, e seis princípios éticos foram formulados para implementação a toda a comunidade internacional. Esses princípios servem como orientadores para o uso da tecnologia e garantem a proteção, em razão do impacto que pode ser sofrido pelas pessoas, em consequência aos desafios e riscos éticos associados à utilização da IA na saúde. Nos termos do relatório, a ética e os direitos das pessoas sobre seus corpos devem ser priorizados.

Os princípios divulgados pela OMS (2024) no relatório alhures mencionado são seis, e se consubstanciam no fundamento para a governança e regulamentação: proteção da autonomia da pessoa humana, permanecendo o indivíduo livre para tomar suas decisões médicas, sendo que sua privacidade deve ser protegida; a promoção do bem-estar e a segurança humana e o interesse público, devendo ser atendidos os requisitos para a segurança no uso da IA, e que sua indicação seja muito bem definida, com a disponibilidade de medidas de controle da qualidade e sua melhoria; transparência, explicabilidade e inteligibilidade, no sentido de que toda tecnologia aplicada seja documentada, desde o projeto até sua implantação, e que a documentação seja disponibilizada para debates e consulta pública; promoção da responsabilidade e prestação de contas, sendo necessário seu uso por pessoas habilitadas e capacitadas, ao mesmo tempo que garante sua responsabilização pelo mau uso da tecnologia. Tais princípios devem nortear o trabalho da OMS, que objetiva utilizar todo o potencial da IA, em benefício de todos.

O relatório preconiza ainda a garantia da inclusão e equidade, como forma de tratamento igualitário a todos os seres humanos, e acesso a tecnologia na saúde a todos, sem qualquer tratamento discriminatório; além de buscar a promoção responsiva e sustentável no uso da IA, de forma a minimizar consequências ambientais e aumentar a eficiência energética, sendo esse o compromisso a ser assumido por governos e empresas, aliado a capacitação dos profissionais de saúde.

Inobstante, é imprevisível a forma como a interface entre o homem e a IA irá se desenvolver no futuro, em que pese, ser imperioso o planejamento de medidas regulatórias que sirvam como freios ético-jurídicos hábeis a garantir a proteção dos direitos da personalidade e autodeterminação dos indivíduos (RUSSELL, 2019: xi).

Nota-se que o tratamento dos dados neurais carece de proteção efetiva, sendo essa uma das principais questões do século XXI, sendo necessário que uso das tecnologias no corpo humano se constitua em aliada para a melhoria e benefícios da saúde, e não acarrete um retrocesso na proteção da pessoa humana em todas as suas acepções (HARARI, 2016).

Para se ter uma ideia da importância do debate, a Universidade de Stanford (2023), nos Estados Unidos, publicou em abril de 2023 uma edição do relatório "Artificial intelligence index Report 2023", constituído por uma análise feita anualmente sobre as tendências e impactos da IA. Dentre outras questões, o estudo apontou que a quantidade de incidentes causados pelo uso indevido da IA tem aumentado exponencialmente.

O banco de dados do “Algorithmic and Automation Incidents and Controversies” – AIAAIC (2024) efetua o rastreamento dos incidentes mencionados, e indica que essas ocorrências aumentaram 26 vezes desde 2012. Importante ressaltar que os dados do “AIAAIC Repository of AI, algorithmic, and automation incidents and controversies” são públicos e sua apuração é feita de forma independente.

Diante dos evidentes riscos que podem surgir do mau uso ou uso indiscriminado da IA, notadamente à saúde, objeto do presente estudo, cumpre trazer à baila o princípio da precaução e o dever de cuidado, que devem ser observados.

A IA tem se mostrado importante aliada na medicina, permitindo a realização de procedimentos menos invasivos, minimizando o tempo de recuperação e auxiliando na detecção de patologias. Mas, seu uso deve ser criterioso, uma vez que seus impactos na sociedade ainda são desconhecidos.

Nesse sentido, é necessária uma proteção efetiva contra os danos que podem ser causados, sendo imperioso falar sobre a incidência do princípio da precaução nas atividades relacionadas a IA.

III. Da aplicabilidade do princípio da precaução à IA no Brasil

Conforme Vigliar, Waldman e Lima, (2023, p.165-166):

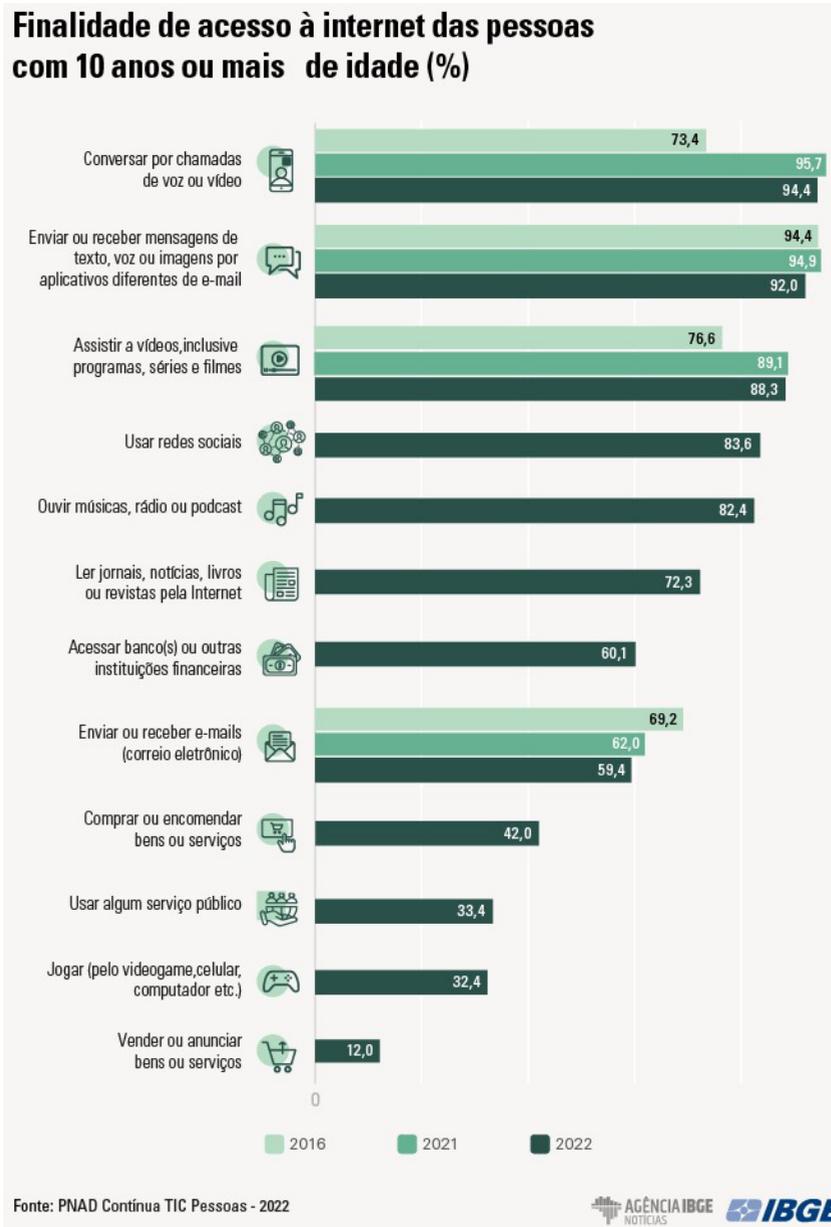
A conformação da vida na sociedade atual inclui a existência de um ambiente digital, o ciberespaço. O direito brasileiro protege este ciberespaço enquanto meio ambiente cultural, nos termos do artigo 216, II, da CF, embora não mencione a palavra “ciberespaço” como se descreverá a seguir.

O meio ambiente é uno, ainda que possa ser dividido em meio ambiente natural, cultural, artificial e do trabalho, sendo tais divisões meramente didáticas, de modo que o ciberespaço é, de acordo com o artigo 225 da Constituição brasileira um bem de uso comum do povo, isto é, os bens que os compõe são bens ambientais. Nesse sentido, os dados pessoais são bens ambientais, portanto sujeitos a um regime adequado a esta natureza e a proteção deste regime é um direito difuso na sociedade. Portanto, a proteção de dados pessoais para além de um direito individual de seus titulares, é um direito de titularidade difusa, permeando toda a sociedade.

Assim, o ciberespaço pode ser entendido como o conjunto de relações, equipamentos, dados (pessoais e outros), pessoas e software (incluindo big data, internet das coisas, IA e outros algoritmos), que se encontram por meio da rede mundial de computadores (LEVY, 2008 e LEVY, 2010).

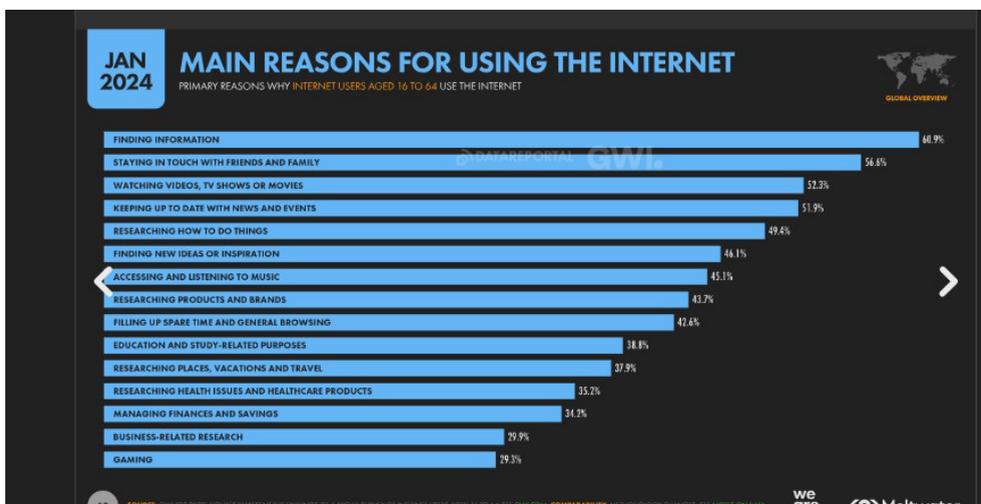
Já há 20 anos, mas com um incremento importante após a pandemia do COVID-19, em 2020 e 2021, as pessoas vivem partes importantes de sua vida no ambiente do ciberespaço. De acordo com TIC domicílios 2023, 84% dos domicílios brasileiros tem acesso à internet. Mesmo nas classes D e E, a percentagem é de 67%. São 156 milhões de usuários de Internet. (CETIC, 2023). No âmbito internacional, o número de usuários de Internet cresceu 1,8% (97 milhões) nos últimos 12 meses, totalizando o total global de 5,35 bilhões de usuários, em um total de 8,08 bilhões de habitantes no planeta (KEMP, 2024, s.d.).

Voltando ao Brasil, a seguinte figura, ilustra a variedade de usos da Internet pelos brasileiros, em 2022, acima de 10 anos:



De acordo com Nery (2023, n.p.), pesquisa do IBGE identificou que 14,3% dos 68,9 milhões dos domicílios com Internet utilizavam dispositivos de internet das coisas, como ar-condicionado e geladeiras.

No plano internacional, temos a seguinte distribuição dos usos (KEMP, 2024):



Estes dados demonstram, com clareza, o fato de que o modo de vida atual, considerando relacionamentos pessoais, estudo, pesquisa, trabalho, transações financeiras e comerciais, é uma vida, em grande parte, no ciberespaço.

Agora, quando examinamos o art. 216 de Constituição da República Federativa do Brasil (CF), temos o seguinte:

“Art. 216. Constituem patrimônio cultural brasileiro os bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, nos quais se incluem:

(...)

II - os modos de criar, fazer e viver;

(...)”

O patrimônio cultural é objeto de proteção do meio ambiente cultural (FIORILLO, 2015, loc. 2054-2080). Pois bem, o ciberespaço abrange formas de criar, fazer e viver da população brasileira, e, assim, é um aspecto do patrimônio cultural ou meio ambiente cultural. Este por sua vez é um aspecto do meio ambiente enquanto bem de uso comum no povo no contexto do art. 225 da CF (FIORILLO, 2015, loc. 2763):

“Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações”.

Nesse sentido, as regras e princípios decorrentes deste dispositivo, aplicam-se também ao meio ambiente cultural, como reconhece relevante decisão do Supremo Tribunal Federal:

“A incolumidade do meio ambiente não pode ser comprometida por interesses empresariais nem ficar dependente de motivações de índole meramente econômica, ainda mais se se tiver presente que a atividade econômica, considerada a disciplina constitucional que a rege, está subordinada, dentre outros princípios gerais, àquele que privilegia a

"defesa do meio ambiente" (CF, art. 170, VI), que traduz conceito amplo e abrangente das noções de meio ambiente natural, de meio ambiente cultural, de meio ambiente artificial (espaço urbano) e de meio ambiente laboral. Doutrina. Os instrumentos jurídicos de caráter legal e de natureza constitucional objetivam viabilizar a tutela efetiva do meio ambiente, para que não se alterem as propriedades e os atributos que lhe são inerentes, o que provocaria inaceitável comprometimento da saúde, segurança, cultura, trabalho e bem-estar da população, além de causar graves danos ecológicos ao patrimônio ambiental, considerado este em seu aspecto físico ou natural." (ADI 3540 MC, Relator(a): CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, julgado em 01-09-2005, DJ 03-02-2006 PP-00014 EMENT VOL-02219-03 PP-00528)

Assim, entende-se que a distinção entre meio ambiente natural, artificial, cultural e do trabalho é meramente didática (TRENNEPOHL, 2024: 16-19 e 21) eis que o meio ambiente é uno. Trata-se de um conceito amplo de meio ambiente, adotado pela doutrina e jurisprudência brasileiras (SARLET; FENSTERSEIFER, 2023: 167). Meio ambiente, portanto, é bem uno, diferente dos elementos que o compõe, dos rios, dos mares, das áreas de preservação permanente ou do patrimônio cultural (BENJAMIN, 1993: 74-76).

Decorrência lógica do desenvolvido até o momento é que os princípios de direito ambiental se aplicam ao meio ambiente cultural e, portanto, ao meio ambiente digital, ou ciberespaço.

Por fim, quanto ao princípio da precaução dentre muitos outros documentos, aparece no Princípio 15 da Declaração do Rio:

"Com o fim de proteger o meio ambiente, o princípio da precaução deverá ser amplamente observado pelos Estados, de acordo com suas capacidades. Quando houver ameaça de danos graves ou irreversíveis, a ausência de certeza científica absoluta não será utilizada como razão para o adiamento de medidas economicamente viáveis para prevenir a degradação ambiental."

Assim, o princípio da precaução, ao contrário do princípio da prevenção, aplica-se a situações em que há incerteza sobre a ocorrência de um dano grave ao meio ambiente (D'ORNELLAS e WALDMAN, 2018: 656). O princípio da precaução surge no contexto da sociedade do risco, causada pelo desenvolvimento tecnológico. Este cria situações em que graves riscos podem vir a se concretizar sem que se possa prever exatamente quando e como. (D'ORNELLAS e WALDMAN, 2018: 656).

O meio ambiente digital também traz riscos graves, apesar de incertos, por exemplo quanto aos efeitos das redes sociais na democracia. Sabe-se que riscos existem (RODOTÁ, 2004; WALDMAN e NOGUEIRA, 2023: 2247-2266), mas não se pode determinar com certeza quais as suas consequências. De fato, as democracias vão desaparecer, se não houver regulação? Devemos ter mais regulação das redes? Quais as consequências para democracia? Quais as consequências para a economia?

Outro risco no âmbito do meio ambiente digital é o uso da IA, cada vez mais comum, trazendo uma série de desafios éticos e jurídicos (SICHMAN, 2021: 27-49), em especial pensado nos seus efeitos para direitos fundamentais, por exemplo no processo civil (REICHEL, 2021:387-408).

É necessário, portanto, fazer uma análise aprofundada do tema de modo extrair todas as consequências do caráter ambiental do ciberespaço, ou meio ambiente digital

IV. O princípio da precaução

No que diz respeito ao princípio da precaução, este é tradicionalmente encontrado no Direito Ambiental, possuindo conotação bem precisa expressa no já mencionado Princípio 15 da Declaração do Rio (ONU, 1992). Também surge na Convenção da Diversidade Biológica (ONU, 1992) e da mesma forma, encontra lugar na Convenção-Quadro das Nações Unidas acerca da Mudança do Clima, no art. 3º, princípio 3 (ONU, 1992).

É, ainda, “orientador do processo de decisão política nas áreas do ambiente e da defesa dos consumidores” nos Tratados de Maastricht e Amsterdam da União Europeia.

O princípio da precaução tem incidência no meio ambiente digital por exemplo no art. 5º, XVII da LGPD: “XVII - relatório de impacto à proteção de dados pessoais: documentação do controlador que contém a descrição dos processos de tratamento de dados pessoais que podem gerar riscos às liberdades civis e aos direitos fundamentais, bem como medidas, salvaguardas e mecanismos de mitigação de risco”.

Entretanto, esse documento e outros semelhantes relacionados com a IA, por exemplos, deveriam ser apresentados pelo empreendedor antes iniciar sua atividade, em especial quando atingem grande número de pessoas e/ou afetam de maneira importante direitos fundamentais. Isso tendo em vista o art. 225 §1º, IV da CF:

“Art. 225. (...)

IV - exigir, na forma da lei, para instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente, estudo prévio de impacto ambiental, a que se dará publicidade;”.

Para Canotilho e Leite (2012), o princípio da precaução atua de forma *in dubio pro ambiente*, ou seja, havendo dúvidas, a decisão será a favor do meio ambiente. O que significa que a responsabilidade pelos riscos que exsurgem dos resultados científicos obtidos, é atribuída a que interessa o seu desenvolvimento. Essa responsabilização surge pelo fato de se ignorar os efeitos danosos da atividade.

Já Silva (2004: 75-92) apregoa que o princípio da precaução impõe uma mudança de conduta, ante aos riscos e incertezas científicas que podem surgir.

Nodari e Guerra (2003: 105-116) preconizam a relação de respeito do homem com a natureza, tratando a precaução como um conjunto de medidas antecedentes que visem a proteção da saúde das pessoas e ecossistemas existentes. Nesse sentido, a precaução seria o princípio que norteia as atividades do homem, e no qual estão inseridos os conceitos de justiça, equidade, respeito, senso comum e prevenção.

De qualquer forma, é consenso que dentre os conceitos existentes sobre o princípio da precaução, tem se destacado quanto a incerteza do dano ambiental. Nesse diapasão, para Machado, o princípio tem aplicação enquanto paira a incerteza, a dúvida quanto ao impacto a ser causado pelo dano.

Silva (2004: 75-92) adverte que implicará em infração ao disposto constitucionalmente, o desrespeito ao princípio da precaução, ou seja, “o não afastamento do perigo que um conjunto de atividades possa vir a causar, para as gerações presentes quanto para as gerações futuras, comprometendo o direito de todos ao meio ambiente ecologicamente equilibrado”.

O princípio da prevenção, ao contrário do princípio da precaução, considera que há conhecimento científico sobre as consequências de uma atividade. Para Milaré (2015, p. 264) o primeiro visa evitar danos ambientais por meio da exigência de que o responsável por empreendimentos e atividades efetiva ou potencialmente poluidoras tome determinadas medidas capazes de impedir tais danos.., Já a precaução remete a uma decisão em condição de incerteza, quando os possíveis danos são inaceitáveis considerando o padrão de proteção adotado pelo Estado.

Assim, o princípio da prevenção exige a tomada de medidas que evitem danos ambientais que, se sabe, irão acontecer se tais medidas não forem tomadas. Tal princípio, portanto, aplica-se para situações em que a ciência vigente consegue estabelecer relações de causa e efeito (CARVALHO, 2013, loc.1397). Exemplo de aplicação no âmbito do meio ambiente digital é o vazamento de dados pessoais, gerando uma série de danos para seus titulares (RUARO, 2015, p. 32).

A precaução diz respeito, como dito, a situações nas quais os possíveis danos são grave, mas a análise científica não permite uma verificação segura da relação de causalidade (CARVALHO, 2013, loc.1397).

Essa distinção tem relevância no caso das TIC, especialmente em cenário no qual elas têm avançado cada vez mais, uma vez que seus impactos ainda não são conhecidos, o que impende a necessidade de revisão dos padrões utilizados e das condutas adotadas, de forma a minimizar a predisposição a exposição aos riscos.

Nesse sentido, Defur e Kaszuba (2002: 155-165) apregoam que o princípio da precaução compreende quatro pontos: uma ameaça de danos, a ausência de certeza científica, relações de causa e efeito ainda não comprovadas e a necessidade ou dever de agir ante a falta de segurança, de modo que os responsáveis devem proteger o meio ambiente ou a saúde humana.

Milaré e Setzer (2006), em estudo sobre a exposição a campos eletromagnéticos gerados por estações de radiocomunicação, atentam para o fato de que a comunidade científica e representantes da sociedade civil têm utilizado o princípio da precaução a fim de questionar e impor restrições para a instalação de antenas transmissoras de radiocomunicação, dada a incerteza científica das consequências advindas da atividade para a saúde humana.

É importante entender, no contexto de tantas incertezas, é a tomada de decisão precisa ser, o mais possível democratizada. Nesse contexto, a precaução pode ser vista com um processo, no qual uma série de atos precisam ser praticados, permitindo inclusive a participação popular, para a tomada de decisão em matéria onde há a incerteza sobre riscos de danos graves (D’ORNELLAS e WALDMAN, 2018:653-681). O processo de decisão deve ser organizado de modo a atribuir ao público decisões que lhe são pertinentes, decisões

sobre ações que estejam de acordo com a constituição, não sobre a verificação de fatos, que deve caber à ciência. Nesse sentido, pode ser utilizado o seguinte procedimento:

“Antecedentes: análise de risco, considerando dúvida relevante, existência de evidências científicas, gravidade do dano, probabilidade do mesmo e ainda a existência de processos de consulta pública. É relevante dizer que, no limite, todos os elementos da análise podem ser expostos ao escrutínio público a partir de dados fornecidos pelos experts. A necessidade de justificar e convencer os cidadãos pode contribuir, e muito, para que as decisões técnicas sejam racionais e menos sujeitas às distorções decorrentes de pontos de vista parciais.

Decisão: deve ser tomada pelo órgão competente, motivada e provisória.

Acompanhamento: novas análises de risco com base em novos conhecimentos, se existentes, e continuidade das consultas à população.”

Em se tratando de IA, essas fases são completamente aplicáveis. Considerando o impacto que pode gerar aos direitos fundamentais, o uso da IA, o mesmo deve sofrer uma avaliação prévia e, sempre, provisória do poder público. Importante lembrar que o aprendizado automático de máquina (machine learning) por meio do qual o algoritmo encontra padrões sozinho, para além das instruções que recebe do programador (O'NEIL, 2020: 86) e são processos que não são completamente conhecidos pelos próprios desenvolvedores.

Sem entrar na discussão das especificidades da regulação, a política da União Europeia (2024) adota exatamente este critério approach: os chamados sistemas de IA de alto risco devem passar por um “procedimento de verificação de conformidade, antes de serem vendidos ou usados na União Europeia”.

Como o presente estudo demonstra, o princípio analisado tem grande impacto na aferição dos danos causados pela IA. O capítulo a seguir traz caso emblemático a respeito, envolvendo a empresa Neuralink.

V. O caso da Neuralink

A Neuralink é uma empresa fundada por Elon Musk em 2016, que se dedica ao desenvolvimento de tecnologia de interface neuronal, através da implantação de microchips no cérebro humano, capaz de registrar e estimular a atividade cerebral (NEURALINK, 2024). Em janeiro de 2024 Musk divulgou publicamente que o primeiro ensaio clínico com um paciente humano havia sido um sucesso. A experiência demonstrou que é possível controlar o mouse de um computador utilizando apenas os comandos cerebrais humanos (HAMILTON e NOLAN, 2024).

A empresa afirma que há benefícios capazes de auxiliar a medicina para que sejam beneficiadas as pessoas com doenças neurodegenerativas, restaurando conexões neuronais perdidas, como o Alzheimer, através do monitoramento das habilidades cognitivas dos indivíduos, e prevenção de crises epiléticas (PISARCHIK, MAKSIMENKO e HRAMOV, 2019).

A Neuralink também ambiciona implementar uma IA capaz de competir com o cérebro humano, através do acompanhamento das funções cerebrais (KULSHRESHTH, ANAND e LAKANPAL, 2019: 105-109). O desafio seria ter uma interface entre o cérebro humano e

a máquina, a fim de restaurar a capacidade motora das pessoas como distúrbios neuronais (MUSK, 2019).

Segundo divulgado pela empresa, a experiência com o indivíduo humano consiste em um microchip de tamanho similar ao de uma moeda, implantado cirurgicamente no crânio do paciente, por um robô projetado para essa atividade pela Neuralink. Cada fio de eletrodo tem a espessura 20 vezes mais fina que o fio de um cabelo humano, e são equipados com cerca de 1024 eletrodos capazes de acompanhar a atividade cerebral, estimulando-a através da transmissão de dados sem fio, permitindo aos pesquisadores analisar em tempo real a atividade de cada neurônio, de forma precisa.

Essa quantidade de eletrodos possibilita o aumento na precisão, classificação e interpretação da atividade elétrica cerebral, e maior transferência do volume de dados neuronais, permitindo que sejam enviados a uma máquina para sua análise, e que estímulos sejam também enviados ao cérebro, auxiliando assim no tratamento de distúrbios neuronais (KULSHRESHTH, ANAND e LAKANPAL, 2019: 105-109).

De acordo com o estudo efetuado, os dados neuronais se apresentam como padrões de picos, podendo ser convertidos por algoritmos e mantidos em armazenamento externo em dispositivo da empresa, sendo possível a análise até mesmo através de aplicativo da Neuralink para iPhone (FIANI, REARDON, AYRES, CLINE e SITTO, 2021: e14192).

Estes dados, entretanto, com o desenvolvimento da tecnologia, podem ser utilizados de forma inadequada. Uma possibilidade é, subrepticiamente, influenciar as decisões do paciente – quais decisões serão realmente do paciente e quais são tomadas pela IA? Além disso, os benefícios podem ser distribuídos de forma desigual, reforçando o abismo entre pobres e ricos. O acesso aos pensamentos e memórias do paciente também pode ser ampliado, colocando em questão a privacidade dos indivíduos (WAISBERG, ONG e LEE, 2024).

Além destes problemas mais específicos do meio ambiente digital, existem os problemas tradicionais das pesquisas com seres vivos.

Em 2020 foi exibido pela Neuralink uma porca chamada Gertrude, com um microchip implantado em seu crânio, permitindo registrar sua atividade neuronal na busca por alimentos. Com relação a esse episódio, especialistas concordam que se trata de tecnologia inovadora, enquanto parte da sociedade científica considera os riscos dos danos que a atividade pode causar ao bem-estar dos animais testados, considerando que a maioria das interfaces neurais utilizadas nas experiências, envolvem fios saindo da pele (HAMILTON e NOLAN, 2024).

Outra experiência divulgada pela empresa envolvia um macaco chamado Pager, jogando vídeo game, apenas com os impulsos cerebrais. O animal jogava em troca de recompensas, controlando o cursor através do uso de sinais cerebrais.

Em fevereiro de 2022 um grupo de defesa da causa animal chamado Comitê de Médicos pela Medicina Responsável, denunciou a Neuralink em razão dos maus tratos aos macacos utilizados nos experimentos científicos, após terem acesso a mais de 700 páginas de documentos sobre os animais utilizados em experimentos científicos da empresa,

incluindo prontuários veterinários e laudos de necropsia. A documentação indicou sofrimento extremo dos animais como resultado de cuidados inadequados e implantes cranianos experimentais altamente invasivos (HAMILTON e NOLAN, 2024).

Em que pesem todas as polêmicas envolvendo animais, os estudiosos entendem que ainda há dúvidas quanto ao potencial da Neuralink na prática em cirurgias neurológicas, dos benefícios que podem ser levados aos pacientes (FIANI, REARDON, AYRES, CLINE e SITTO, 2021: e14192).

Percebe-se, portanto, a necessidade da aplicação do princípio da precaução. Por se tratar de tratamento de dados pessoais por tecnologias da informação e comunicação, a IA é um elemento do meio ambiente digital, sujeitando-se aos princípios do direito ambiental. Dentre tais princípios, destaca-se o da precaução por se tratar de um caso em que existe o risco de danos gravíssimos sem que se possa afirmar com certeza científica de que eles se concretizarão.

Isso exige um procedimento específico para além das autorizações da área da saúde em que questões sobre tratamento de dados, segurança de dados, autonomia e equidade na distribuição de ônus e bônus da aplicação da IA. Elementos deste procedimento devem ser a participação popular, a transparência e a temporariedade das decisões. Considerações finais

O crescente avanço de novas tecnologias da informação e de IA tem-se apresentado como um dos principais instrumentos de emancipação de pessoas com deficiência, propiciando-lhes o desenvolvimento de potencialidades e a sua inclusão social. Mas, é certo que deve haver uma cautela, tendo em vista a necessidade de prevalência dos direitos fundamentais, e à dignidade da pessoa humana.

Há ainda que se perceber que este avanço, no Brasil, incide no âmbito da proteção do meio ambiente, já que a IA é elemento do meio ambiente digital, o qual, por sua vez, é elemento do meio ambiente cultural nos termos do art. 216, II da CF. O meio ambiente é uno, sendo que as regras e princípios do art. 225, da Constituição também se aplicam ao meio ambiente cultural. Nesse sentido, que se preconizar a importância do princípio da precaução, considerando que há várias implicações éticas que envolvem o tema debatido, além de serem ainda desconhecidos os potenciais danos a serem causados pela interface IA e cérebro humano.

É irrefutável a conciliação necessária da evolução neurotecnológica trazida à baila, com os princípios da precaução e da proteção da autodeterminação do indivíduo. Se de um lado há uma série de benefícios, inclusive tendentes à inclusão das pessoas, por outro lado há perigos, dentre os quais, o livre acesso a dados neuronais e dados pessoais do indivíduo, que podem trazer impactos ainda desconhecidos.

Procedimentos específicos, com base no princípio da precaução, para além dos referentes à saúde, devem ser desenvolvidos, considerando, inclusive, a participação popular.

Referências

- AIAAIC. *Algorithmic and Automation Incidents and Controversies*. Disponível em <https://www.aiaaic.org/>, acesso em 02 de abril de 2024.
- Alexy, R. Direitos Fundamentais no Estado Constitucional Democrático: para a relação entre direitos do homem, direitos fundamentais, democracia e jurisdição constitucional. *Revista de Direito Administrativo (RDA)*, 217: 55-66.
- Barcarollo, F. (2021). *Inteligência Artificial: Aspectos Ético-Jurídicos*. Lisboa: Grupo Almedina.
- Bariffi, F. (2024) *Artificial Intelligence, Human Rights and Disability*. Disponível em [file:///Users/joyceanebezerdemenezes/Downloads/12704-texto%20do%20Artigo-49299-48685-10-20210804%20\(2\).pdf](file:///Users/joyceanebezerdemenezes/Downloads/12704-texto%20do%20Artigo-49299-48685-10-20210804%20(2).pdf).
- Belandi, C. (2023). 161,6 milhões de pessoas com 10 anos ou mais de idade utilizaram a internet no país, em 2022. *Agência IBGE Notícias. PNAD Contínua*. 09 nov. 2023. Disponível em: <https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-noticias/2012-agencia-de-noticias/noticias/38307-161-6-milhoes-de-pessoas-com-10-anos-ou-mais-de-idade-utilizaram-a-internet-no-pais-em-2022>.
- Belloni, M. L. (2024). *Educação a Distância mais aprendizagem aberta*. Disponível em <http://www.portalsaofrancisco.com.br/alfa/artigos/educacao-a-distancia-mais-aprendizagem.php>.
- Benjamin, A. H. V. (1993). Função ambiental. *Dano ambiental*. Disponível em: <https://core.ac.uk/download/pdf/79061973.pdf>.
- Carvalho, D. W. de. (2013). *Dano ambiental futuro: a responsabilização civil pelo risco ambiental*. 2ªed. rev., atual e amp. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora.
- Castells, M. (2000). *La era da información: economía, sociedad y cultura*. Vol. I La sociedad red. Segunda edición. Madrid:Alianza Editorial.
- Castells, M. (2003). *A galáxia da internet: reflexões sobre a internet, os negócios e a sociedade*. Tradução de Maria Luiza X. de A. Borges; revisão Paulo Vaz. Rio de Janeiro: Zahar.
- Castells, M. (2010). *The rise of the network society: information age v.1*. 2nd ed. with new pref. West Sussex: Wiley,Blackwell.
- CENTRO REGIONAL DE ESTUDOS PARA O DESENVOLVIMENTO DA SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO (2023). TIC domicílios 2023: coletiva de imprensa. 16 de novembro de 2023, @NIC.br, São Paulo:@NICbr. Disponível: https://cetic.br/media/analises/tic_domicilios_2023_coletiva_imprensa.pdf.
- D'ornellas, M. C. G. Da S.; Waldman, R. L. (2018). Precaução como processo na Organização Mundial do Comércio: análise da compatibilidade da legislação europeia sobre organismos geneticamente modificados. *Novos Estudos Jurídicos*, Itajaí (SC), v. 23, n. 2: 653-681, 2018. Disponível em: <https://doi.org/10.14210/nej.v23n2.p653-681>.
- Convenção sobre Diversidade Biológica. (1992) Disponível: <https://www.gov.br/mma/pt-br/assuntos/biodiversidade-e-ecossistemas/convencao-sobre-diversidade-biologica>
- Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre Mudança do Clima. (1992). https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d2652.htm.
- Canotilho, J. J. G.; Leite, J. R. M. (Org.) (2012) *Direito Constitucional Ambiental Brasileiro*. 5.ed. Rio de Janeiro: Saraiva.
- Defur, P. L., Kaszuba, M. (2002). Implementing the precautionary principle. *Science of the Total Environment* 288 (1-2), 155-165.
- Fiani, B. et al. (2021) An examination of prospective uses and future directions of Neuralink: the brain-machine interface. *Cureus*; 13 (3): e14192. Disponível em <https://www.cureus.com/articles/55684-an-examination-of-prospective-uses-and-future-directions-of-neuralink-the-brain-machine-interface.pdf>.
- Fiorillo, C. A. P. (2015). Princípios constitucionais do direito da sociedade da informação:

a tutela do meio ambiente digital. São Paulo: Saraiva.

- Fundo das Nações Unidas para a Infância (2024), disponível em <https://news.un.org/pt/story/2021/11/1769892>.
- Future of Life. (2024) *Pause Giant AI Experiments: an open letter*. Disponível em <https://futureoflife.org/open-letter/pause-giant-ai-experiments/>.
- Habermas, J.(2012). *Sobre a Constituição da Europa: Um Ensaio*. Tradução Denilson Luis Werle, Luiz Repa e Rúrion Melo. São Paulo: Editora UNESP.
- Hamilton, I. & Nolan, B. (2024) Neuralink's first human patient has been revealed. Here's how we got here. *In Business Insider* – AI. Disponível em <https://www.businessinsider.com/neuralink-elon-musk-microchips-brains-ai-2021-2#neuralink-went-a-step-further-with-its-animal-demos-in-april-2021-when-it-showed-off-a-monkey-playing-video-games-with-its-mind-6>.
- Harari, Y. N. (2016) *Homo Deus: Uma breve história do amanhã*. São Paulo: Companhia das Letras.
- Kemp, S. (2024). *Digital 2024: Global Overview Report*. 31 jan. 2024. Singapore: Kempios Ltd. Disponível em: <https://datareportal.com/reports/digital-2024-global-overview-report>.
- Kulshreshth A. et al. (2019). Neuralink- an Elon Musk start-up achieve symbiosis with artificial intelligence. 2019 *International Conference on Computing, Communication, and Intelligent Systems (ICCCIS)*. 105-109. Disponível em <https://ieeexplore.ieee.org/document/8974470>.
- Lee, K. F. (2019) *Inteligência artificial: como os robôs estão mudando o mundo, a forma como amamos, nos comportamos e vivemos*. Tradução Marcelo Barbão. Rio de Janeiro. Globo Livros.
- Lopes, A. M. D. (2001). *Os direitos fundamentais como limites ao poder de legislar*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris.
- Melo, J. O. de C. (2024) A neurotecnologia e os direitos da personalidade: uma análise dos avanços e potenciais riscos do uso da interface cérebro-máquina na autodeterminação da pessoa. LOPES, A. M. D. Lópes et al. (Orgs.). *Desafios da Interface Neurodireito e Inteligência Artificial* (pp. 69-80). Livraria do Advogado: Porto Alegre.
- Milaré, É.(2015) *Direito do ambiente*. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais.
- Milaré, É. & Setzer, J. (2006) Aplicação do princípio da precaução em áreas de incerteza científica: exposição a campos eletromagnéticos gerados por estações de radiobase. *Revista de direito ambiental*, vol. 41: 7-25.
- Mirra, Á. L. V. (2019) Responsabilidade civil ambiental e a jurisprudência no STJ. *Cadernos Jurídicos*, ano 20, nº 48: 47-71.
- Musk, E. (2019). An integrated brain-machine interface platform with thousands of channels. *Journal of Medical Internet Research*. vol. 21, n. 10. Disponível em <https://www.jmir.org/2019/10/e16194/>.
- Neuralink. Disponível em <https://neuralink.com/>, acesso em 15 de maio de 2024.
- Neuralink. *Journal of Medical Internet Research*. vol 21, n. 10. Disponível em <https://www.jmir.org/2019/10/e16356/>.
- Nodari, R. O.; Guerra, M. P.(2003) Plantas transgênicas e seus produtos: impactos, riscos e segurança alimentar. *Revista de Nutrição*, v.16, n.1, p.105-116.
- Novelino, M. (2014) *Direito Constitucional*. 9ª ed. São Paulo: Método.
- O'NEIL, Cathy. *Algoritmos de destruição em massa: como big data aumenta a desigualdade e ameaça a democracia*. Santo André: Editora Rua do Sabão, 2020.p. 86.
- Organização Mundial da Saúde. (2024). *Ética e governança da inteligência artificial para saúde*. Disponível em <https://www.who.int/publications/i/item/9789240029200>.
- Organização Mundial da Saúde. (2024). *Ética da Saúde Global*. Disponível em <https://>

www.who.int/health-topics/ethics-and-health#tab=tab_1,

- Organizações das Nações Unidas. (2024). *Chefe de direitos humanos da ONU pede moratória para inteligência artificial*. Disponível em <https://brasil.un.org/pt-br/103544->.
- Organização das Nações Unidas. (1992). Declaração sobre o meio ambiente e desenvolvimento. *Rio Declaration. United Nations Conference on Environment and Development*, Rio de Janeiro, Brasil, 3-14 de junho de 1992. Disponível em <https://www.un.org/en/conferences/environment/rio1992>.
- Perez Luño, A. E. (2003) *Derechos humanos, estado de derecho y constitución*. 8. ed. Madrid: Tecnos.
- Pisarchik, A. N. *et al.* (2019). From novel technology to novel applications: comment on "an integrated brain-machine interface platform with thousands of channels" by Elon Musk and Pompermyer, F.C.L. *et al.*(2021). Aprimoramento cognitivo: técnicas e controvérsias. *ethic@. Revista internacional de filosofia da moral*. v. 20, n. 1, 57-87.
- Radabaugh, M. P. (1993). *Study on the financing of assistive technology devices of services for individuals with disabilities*. . Disponível em <https://eric.ed.gov/?id=ED355696>.
- Reichelt, L. A. (2021). Inteligência artificial e direitos fundamentais processuais no âmbito cível: uma primeira aproximação. *Revista de Processo*. vol. 312. ano 46:387-408. Disponível em: https://meriva.pucrs.br/dspace/bitstream/10923/19405/2/Inteligencia_artificial_e_direitos_fundamentais_processuais_noambito_cvel_uma_primeira_aproximao.pdf.
- Rodotà, S. (2008). *A vida na sociedade da vigilância: a privacidade hoje*. Rio de Janeiro: Renovar.
- Ruaro, R. L. (2015). Direito fundamental à liberdade de pesquisa genética e à proteção de dados pessoais: os princípios da prevenção e da precaução como garantia do direito à vida privada. *Revista do Direito Público*. Londrina, v.11, n.2: 9-38. Disponível em: <http://doi.org/10.5433/1980-511X.2015v11n2p9>.
- Russell, S. (2019). *Human compatible: artificial intelligence and the problem of control*. New York: Viking.
- Sarlet, I. W. (2021). *A Eficácia dos Direitos Fundamentais - Uma Teoria Geral dos Direitos Fundamentais na Perspectiva Constitucional*. Porto Alegre: Editora do Advogado.
- Sarlet, I. W.; Fensterseifer, T. (2023). Curso de Direito Ambiental. São Paulo: Grupo GEN. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559648603/>.
- Sichman, J. S. (2021). Inteligência Artificial e sociedade: avanços e riscos. *Estud. av.* 35: 101: 27-49. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/s0103-4014.2021.35101.004>
- Silva, S. T. (2004) Princípio da precaução: uma nova postura em face dos riscos e incertezas científicas. M.D. VARELLA, M. & A. F. B PLATIAU. (Org.) *Princípio da Precaução* (p.75-92). Belo Horizonte: Del Rey.
- Siqueira Junior, P. H. (2010). *Direitos Humanos e Cidadania*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais.
- Supremo Tribunal Federal (2006). ADI 3540 MC, Relator(a): CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, julgado em 01-09-2005, DJ 03-02-2006. P. 00014.
- Takahashi, T. (2000). *Sociedade da informação no Brasil*: Livro Verde. Brasília: Ministério da Ciência e Tecnologia.
- Trennepohl, T. (2024). *Manual de direito ambiental*. São José dos Campos. SRV Editora LTDA.
- União Europeia. (2024) *Artificial Intelligence Act*. Briefing: EU legislation in progress. Bruxelas: União Europeia Disponível em <https://www.iisf.ie/files/UserFiles/cybersecurity-legislation-ireland/EU-AI-Act.pdf>.
- Universidade de Stanford. (2023) *Artificial intelligence index report 2023*. Stanford: • Universidade de Stanford. Disponível em https://aiindex.stanford.edu/wp-content/uploads/2023/04/HAI_AI-Index-Report_2023.pdf

- Vaughan, T. M. (2003) Guest Editorial: Brain-computer interface technology: a review of the second international meeting. *IEEE Transactions on Neural Systems and Rehabilitation Engineering*, vol. 11, n. 2, june: 94-109. <https://doi.org/10.1109/TNSRE.2003.814799>
- Vigliar, J. M. M. ; Waldman, R. L. ; Lima, F. R. S. (2023). A proteção de dados com direito difuso no direito brasileiro. *Revista Justiça do Direito*, v. 37:135-170.
- WAISBERG, E., ONG, J. & LEE, A.G.(2024) Ethical Considerations of Neuralink and Brain-Computer Interfaces. *Ann Biomed Eng* 2024. <https://doi.org/10.1007/s10439-024-03511-2>.
- Waldman, R. L, & Nogueira, C.R. (2024). Respeitável público, com vocês, a política do espetáculo! *Revista Quaestio Iuris*, 16(4): 2247–2266. Disponível: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/quaestioiuris/article/view/72415>
- Waltz, E. (2019). Os hackers do cérebro. *Nature Biotechnology*, 37: 978-987.
- WARSCHAUER, Cecília. As diferentes correntes de autoformação. In *Revista Educação online*. São Paulo: Editora Segmento, 2005, disponível em https://www.academia.edu/download/95313724/As_diferentes_correntes_de_autoformacao.pdf
- Xerez, R. M. (2017). Contribuições para construção do conceito de direitos fundamentais. N.S. Siqueira e R.M. XEREZ (org.). *Desafios à concretização dos Direitos fundamentais na sociedade da informação* (p. 199-213). Rio de Janeiro: Lumen Juris.

Diseño institucional y problemas funcionales de la coordinación intergubernamental en materia de salud en Argentina. Los consejos federales sanitarios

Institutional Design and Functional Issues in Intergovernmental Coordination in Health Matters in Argentina: The Federal Health Councils.

Marcelo Bernal¹; Romina Verri²

DOI: [https://doi.org/10.37767/2591-3476\(2024\)14](https://doi.org/10.37767/2591-3476(2024)14)

Fecha de envío: 30.06.2024

Fecha de aceptación: 05.09.2024

RESUMEN:

En el presente trabajo se aborda la problemática de la coordinación intergubernamental sectorial en los sistemas políticos federales y su relevancia para un funcionamiento cooperativo y balanceado de las competencias de los diferentes niveles de gobierno. En Argentina, este tipo de coordinación está a cargo de los denominados consejos federales, existiendo en el ámbito de la salud pública varios de ellos que operan de manera paralela, siendo el más significativo el Consejo Federal de Salud.

Desde el marco teórico de las salvaguardas federales proponemos analizar la posibilidad de que este tipo de consejos se conviertan en un mecanismo adecuado de balances de poder entre el gobierno federal y los gobiernos subnacionales, apelando al desarrollo de categorías e indicadores funcionales propuestos recientemente por la catedrática ale-

1 Abogado por la Universidad Nacional de Córdoba. Magister en Relaciones Internacionales del Centro de Estudios Avanzados de la UNC. Magister en Dirección y Gestión Pública Local por la Universidad Carlos III de Madrid. Doctor en Derecho por la Universidad Nacional de Cuyo. Profesor de Derecho Constitucional y Derecho Público Provincial en la Facultad de Derecho y de Derecho Constitucional y Administrativo de la Facultad de Ciencias Económicas de la UNC. Profesor Titular de Derecho Público Provincial y Municipal en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Catamarca. Es investigador de la Universidad Siglo21. Director de proyectos de investigación en la Universidad Nacional de Córdoba y en la Universidad Siglo 21 y miembro de equipos de investigación el extranjero sobre temáticas vinculadas con el federalismo y la coordinación intergubernamental. Autor de numerosas publicaciones especializadas. Correo electrónico: marcelo.bernal@unc.edu.ar <https://orcid.org/0000-0001-7103-2243>

2 Abogada por la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Córdoba. Máster en Justicia Constitucional y DDHH por la Universidad de Bologna. Profesora de Derecho Constitucional en las Facultades de Derecho y de Ciencias Económicas de la Universidad Nacional de Córdoba y de Derecho Constitucional y Derecho Público Provincial y Municipal en la Universidad Siglo21. Es investigadora de la Universidad Siglo21. Miembro titular de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional y del Instituto de Federalismo de la Academia Nacional de Derecho. Participa en proyectos de investigación en materia de federalismo y RIG. Posee publicaciones en el área de las investigaciones antes referidas. Correo electrónico: romina.verri@unc.edu.ar. <https://orcid.org/0009-0002-5898-6143>

mana Johanna Schnabel, y que han contado con un alto grado de reconocimiento en la literatura especializada.

A partir de ello analizamos el funcionamiento de los actuales ámbitos de coordinación sanitaria existentes en el país, trazando un diagnóstico acerca de su nivel de institucionalización, capacidad de generar acuerdos vinculantes o de resolver conflictos interjurisdiccionales, como sucede en las experiencias federales más consolidadas del planeta.

ABSTRACT

This paper addresses the problem of intergovernmental sectoral coordination in federal political systems and its relevance for a coordinated and balanced functioning of the powers of the different levels of government. In Argentina, this type of coordination is the responsibility of the so-called federal councils, and in the field of public health there are several of them that operate in parallel, the most significant being the Federal Health Council.

From the theoretical framework of federal safeguards, we propose to analyze the possibility that this type of councils become an adequate mechanism for the balance of power between the federal government and subnational governments, appealing to the development of functional categories and indicators recently proposed by the German professor Johanna Schnabel, and which have had a high degree of recognition in the specialized literature.

Based on this, we analyze the functioning of the current areas of health coordination existing in the country, making a diagnosis of their level of institutionalization, capacity to generate binding agreements or resolve interjurisdictional conflicts, as occurs in the most consolidated federal experiences on the planet.

PALABRAS CLAVE: Federalismo argentino. Coordinación intergubernamental. Consejos Federales. Consejo Federal de Salud.

KEY WORDS: Argentine federalism. Intergovernmental coordination. Federal Councils. Federal Health Council.

I. Introducción

Los sistemas federales son, por definición, organizaciones políticas complejas en donde coexisten dos o más niveles de gobierno dotados de diferentes grados de autonomía y con capacidad legislativa en el marco de sus competencias propias o conservadas. Ello implica que en un mismo territorio operan diferentes niveles gubernamentales orientados al cumplimiento de objetivos comunes de políticas públicas.

Los federalismos modernos han mutado progresivamente de aquellos diseños duales iniciales (cada nivel de gobierno se ocupa de sus competencias y consigue para ello sus propios recursos), a los actuales federalismos cooperativos o entrelazados en donde las competencias son crecientemente compartidas (exigen la decisión común de dos o más niveles de gobierno) o concurrentes (dos o más niveles de gobierno operan en un mismo territorio sobre la misma problemática).

Este esquema en el que múltiples agencias especializadas de diferentes esferas gubernamentales se ocupan paralelamente en un mismo espacio territorial de determinadas políticas sectoriales, conlleva el riesgo de la duplicación de las políticas públicas, de la

excesiva burocratización, del derroche de los recursos públicos (por naturaleza escasos) y de un probable solapamiento de estas funciones. Por ello, la coordinación intergubernamental y el diseño de las normas, instituciones, procesos y actores que la llevan adelante, campo disciplinar comúnmente denominado relaciones intergubernamentales (en adelante RIG), es un tema central en la agenda actual de los estudios del Estado descentralizado alrededor del planeta.

Una de las herramientas de coordinación de aquellas políticas que se gestionan en común, o que han sido parte de procesos de descentralización o devolución de competencias, son los consejos intergubernamentales. Los mismos tienen un alto grado de desarrollo e institucionalización en la mayoría de las experiencias federativas en el planeta. En nuestro país se originan en la etapa desarrollista y se multiplican entre los años setenta y noventa del siglo pasado, en el marco de fuertes procesos de reformas estatales. Actualmente son más de cuarenta, no todos funcionan de manera continuada y cuentan con diseños institucionales heterogéneos y disímiles resultados en materias de coordinación sectorial. El propósito de este trabajo es analizar el diseño institucional y las principales características funcionales de los consejos que coordinan la materia sanitaria en el país, con especial énfasis en el estudio de los Consejos Federales de Salud y Legislativo de Salud.

Para ello, y luego de una somera descripción del sistema de salud argentino y sus principales actores, tomaremos como referencia los estudios que lleva adelante Johanna Sch-nabel (2016-2020-2022-2023), destacada catedrática de la Universidad de Libre de Berlín, que ha propuesto a los consejos intergubernamentales como una salvaguarda federal, o mecanismo de balance de poder en un Estado federal, describiendo aquellos aspectos institucionales, operativos y decisorios que hacen que estas instancias de intermediación cuenten con altos grados de éxito en materia de coordinación de políticas interjurisdiccionales en federalismos altamente consolidados como el alemán, australiano, suizo o canadiense.

Intentaremos a lo largo de este breve trabajo evidenciar si aquellos elementos que vuelven útiles y eficaces a los consejos intergubernamentales propuestos por dicha autora se reflejan en la dinámica de funcionamiento de nuestros consejos de coordinación de la salud pública en el país.

II. Breve descripción de nuestro sistema sanitario

En los comienzos de la organización nacional, la provisión de servicios de salud se desarrolló alrededor de un grupo de prestadores que comprendían establecimientos de asistencia pública, hospitales públicos especializados, mutuales y establecimientos privados, sin intervención del Estado en la organización del sector y en la definición de una política de salud nacional (Cetrángolo y Devoto, 2002: 4).

Con la llegada de un modelo de Estado intervencionista y centralista, a mediados de la década del cuarenta del siglo pasado, el sector público comenzó a ocupar un rol preponderante, tanto en su carácter de prestador como de encargado del diseño y desarrollo de políticas específicas para el sector. Durante el gobierno de Perón, el ministro Carrillo impulsó la expansión de un sistema de salud pública centralizado con un amplio programa de construcciones hospitalarias a lo largo del territorio nacional. En los setenta, con el desarrollo de las obras sociales (instituciones de salud de la seguridad social), el siste-

ma amplió rápidamente la cobertura, aunque con una gran fragmentación³. En los años setenta, asimismo, comienza a delinearse el proceso descentralizador. De tal modo, el sector público, con el refuerzo del sistema de obras sociales (mayoritariamente de origen sindical) y el progresivo crecimiento del sector privado, se fue paulatinamente reorientando para responder a las demandas de sectores de menos recursos o sin ningún tipo de cobertura. Este modelo permitió también la concentración de poder político y económico en manos de los sindicatos (Cetrángolo y Gatto, 2002:15). Llegados los noventa, un nuevo proceso descentralizador llevado a cabo en salud implicó, de acuerdo con Cingolani y Lardone (2006: 160-161), la transferencia de los últimos hospitales de la Nación a las provincias y el inicio de cierta descentralización microeconómica impulsada por el Estado central hacia el nivel de los hospitales bajo la figura de hospitales de autogestión. Algunas provincias descentralizaron y trasladaron también competencias y funciones a los niveles locales (En Bernal y Verri, 2023: 38-39).

En cuanto a su organización, en la actualidad el sistema de salud está compuesto por tres grandes subsistemas: público, de la seguridad social y privado. Asimismo, la fragmentación antes aludida se proyecta en cada uno de los subsectores señalados. El subsistema público se subdivide en los niveles nacional, provincial y municipal; considerando como mínimo el ámbito nacional, los provinciales y CABA tenemos veinticinco jurisdicciones diferentes operando en la materia. A ello se añaden decenas de gobiernos locales que brindan servicios sanitarios de mediana y alta complejidad, y el conjunto de los municipios del país que están en mayor o menor medida vinculados con la atención primaria de la salud (Bernal y Verri, 2023: 38).

Por su parte, el subsistema de la seguridad social está integrado por un importante número de obras sociales privadas a las que se suman las existentes en los niveles nacional y provincial, como así también las que se sustentan en regímenes específicos (universitarias, militares, etc.). El subsector, a su vez, se diversifica en no menos de cuatro universos diferentes:

1. Obras sociales nacionales (292 en total, con cobertura para una población de 14.000.000 de personas) y, entre ellas, una de especiales características: el Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados (INSSjyP), habitualmente conocido como PAMI, siglas del Plan de Atención Médica Integral, y que cubre a 4.800.000 afiliados.

2. Obras sociales provinciales: 24 obras sociales (una por cada provincia y por la CABA) que dan cobertura a cerca de 7.000.000 de personas.

3. Obras sociales de las Fuerzas Armadas y de Seguridad, cubriendo aproximadamente 800.000 personas.

4. Obras sociales de las universidades nacionales y de los poderes Legislativo y Judicial, con 320.000 beneficiarios⁴.

³ La expansión de las obras sociales se convirtió en el pivote articulador del desarrollo global del sector, en especial de su componente privado; orientando su demanda hacia prestadores privados, empresas químico-farmacéuticas y productores de equipamiento médico, lo que fue determinante en el crecimiento del subsector privado (Cetrángolo y Devoto, 2002:15).

⁴ Datos contenidos en un Informe sobre Obras Sociales de la Fundación CECE, elaborado por Cetrángolo y Goldschmit. Esquema 1: Cobertura de los subsistemas de Salud en Argentina, 2015 (pág. 5). Fuentes mencionadas por los autores: proyecciones poblacionales de INDEC y datos proporcionados por el INSSjyP, Superintendencia de Servicios de Salud y COSSPRA (2018: 5).

Por último, el subsector privado, con rasgos diferenciados según regiones, tipos de prestadores y destinatarios de sus servicios, está conformado por seguros voluntarios –denominados comúnmente medicina prepaga–, cuenta con numerosas entidades prestadoras de servicios y con una población cubierta de aproximadamente 2.500.000 habitantes (En Bernal y Verri, 2023: 40).

Para la Organización Mundial de la Salud (OMS) el sistema argentino es uno de los más fragmentados de la región. Dicha fragmentación obedece en gran medida a la organización federal de nuestro país –lo que posibilitó a cada una de las veintitrés provincias la regulación de sus sistemas de salud–, y al desarrollo históricamente desintegrado de la seguridad social en un centenar de entidades. Dicha segmentación se reproduce en tres niveles: a) de cobertura, dado que no toda la población tiene acceso a prestaciones y beneficios de salud similares; b) regulatoria, puesto que las capacidades de rectoría y regulación están repartidas en las veinticuatro jurisdicciones y los diversos subsectores; y c) territorial, debido a las marcadas diferencias de desarrollo económico entre las diversas regiones de la nación (OMS, 2017).

La autoridad sanitaria nacional es el Ministerio de Salud de la Nación, el que posee una limitada capacidad para incidir en los gobiernos provinciales a la hora de imponer innovaciones legislativas o disposiciones administrativas que deriven en modificaciones estructurales, y conserva un pequeño núcleo residual de instituciones sanitarias y científicas bajo su órbita. Del área dependen los Consejos Federales de Salud y Legislativo de Salud como instancia de coordinación interjurisdiccional cuya composición, funcionamiento y desempeño analizaremos en este trabajo.

Las principales problemáticas de gestión sanitaria en el sector público emergen, por un lado, del poco planificado e impuesto proceso descentralizador llevado a cabo en el eje Nación - provincias, el que persiguiendo finalidades fiscales trasladó a las provincias la pesada tarea de gestionar e integrar dos sistemas desacoplados, teniendo como principal consecuencia una mala distribución de la salud pública y bajos estándares de calidad en el territorio nacional. Un segundo factor es el paulatino desfinanciamiento de la salud pública en instancias subnacionales de gobierno, fruto de las recurrentes crisis económicas que ha transitado el país en las últimas décadas, y que condiciona la calidad, el alcance y la cobertura de las diferentes prestaciones sanitarias. El tercer elemento es la escasa capacidad estatal multinivel de coordinar normativa y operativamente a un sistema fragmentado y fuertemente tensionado por las demandas de acceso y por la escasez de recursos, como vimos en la reciente crisis sanitaria global de los años 2020-2022.

Por ello, es pertinente analizar en profundidad los mecanismos de coordinación intergubernamental en materia sanitaria en el país, con especial énfasis en el diseño y funcionamiento de los Consejos Federales, pensados en su momento como el espacio idóneo de debate y concertación de políticas en el país.

III. Los Consejos Intergubernamentales y su relevancia para la gestión de las tensiones intrafederales

En el marco del estudio del modo en que las federaciones afrontan y gestionan tensiones adquiere importancia reparar en los Consejos intergubernamentales, en tanto los mismos pueden contribuir a la estabilidad federal al ayudar a proteger la autonomía de las unidades constitutivas de la federación, lo que significa en palabras de Schnabel que

ayudan a la consecución del propósito del federalismo (Schnabel, 2023: 41).

Una pregunta oportuna es determinar qué condiciones deben tener estos organismos para contribuir de modo productivo a las dinámicas de una federación y a su balance de poder. Esta temática se torna relevante en el caso de aquellas agendas de políticas públicas en las que hay interdependencia, cuando los gobiernos comparten jurisdicción (Behnke, 2018; Bolleyer y Thorlakson, 2012), como es el caso de la salud pública en Argentina.

Para responder a esa inquietud proponemos analizar la obra reciente de Johanna Schnabel, catedrática de la Universidad Libre de Berlín, quien analiza comparativamente este tipo de consejos intergubernamentales en las federaciones alemana, austríaca, suiza y canadiense, en sus dimensiones fiscal y educativa (2020). La autora nos propone criterios y categorías que utilizaremos para analizar los consejos intergubernamentales en materia sanitaria en el país, y observar si los mismos facilitan y promueven acciones concertadas, acuerdos multinivel y balances competenciales en la federación.

Según Schnabel (2023), los consejos pueden ser de tipo vertical, en tanto incluyan al gobierno federal, mientras que los horizontales comprenden solo a las unidades constitutivas. Los horizontales permiten que las unidades formen frentes comunes cara-a-cara con el gobierno federal a fin de ganar ventaja en la negociación con éste, pero también son usados para la coordinación horizontal de política pública. Los consejos pueden ser generales o específicos. Los primeros están conformados por jefes de gobierno o gobiernos completos y se encargan de temas transectoriales y altamente políticos. Los específicos están compuestos por ministros de cartera y discuten asuntos relacionados con el área de que se trata. En cuanto al alcance geográfico, pueden ser nacionales (todas las unidades constitutivas), multilaterales (las mayorías de las unidades constitutivas), regionales (algunas), o bilaterales (dos).

Argentina solamente cuenta con consejos de diseño vertical, con participación y coordinación necesaria por parte del gobierno nacional, tienen finalidades específicas y su alcance es nacional.

Los consejos pueden contribuir a la estabilidad federal en tanto alienten o faciliten el establecimiento de soluciones colaborativas conjuntas ayudando a proteger la autonomía de las unidades constitutivas. De ese modo se contribuye al mantenimiento de la estabilidad entre centralización y descentralización al inducir la cooperación sobre la coerción. Otro punto a favor es que los consejos intergubernamentales pueden prevenir que los gobiernos adopten soluciones unilaterales propias para problemas de política pública que los afectan a todos (Schnabel, 2023: 43). También indica la autora que pueden prevenir la imposición federal, alentando al gobierno federal a cooperar con las unidades constitutivas en lugar de imponerles política pública (Schnabel, 2023: 42).

Las características de diseño de los consejos intergubernamentales dan una idea de los patrones de interacción entre los gobiernos (Bolleyer, 2013). Concordamos en que "la manera en que están diseñados los consejos y la manera en la que operan, determinan sí y como los gobiernos alcanzan soluciones conjuntas de políticas públicas" (Schnabel, 2023: 44).

Schnabel propone pautas a seguir en el diseño de estos para prevenir pérdidas de autonomía. Según su mirada, los aspectos vinculados al diseño y funcionamiento que inciden

en la efectividad de estos institutos son: (i) la capacidad de procesar asuntos federalmente contenciosos, (ii) su grado de institucionalización y, (iii) el carácter vinculante de los productos, siendo un aspecto central el rol que en el consejo se le otorga al Gobierno federal (Schnabel, 2023: 44-52).

Sobre el primer aspecto, la autora indica que los consejos federales pueden proteger las autonomías locales si son capaces de procesar problemas de política pública que son federalmente contenciosos, es decir, asuntos en los que las unidades de la federación tienen que comprometer o negociar parte de su autonomía para construir acuerdos (p. 44). Por lo tanto, los gobiernos suelen no prestarse al tratamiento de temas que afecten su cuota de poder o de autonomía, por lo que los consejos deben generar mecanismos de incentivos para motivar a la participación; lo contrario implica retirar asuntos de la agenda del consejo y promover políticas sectoriales propias de parte de cada unidad de la federación, desmotivando el logro de políticas de acuerdo mutuo.

Son temas federalmente contenciosos las políticas públicas redistributivas, como en el caso de la política fiscal, o los referidos a política social, salud, entre otros. Los que incluyen temas altamente contenciosos, generan más o menos favorecidos generando de ese modo la disposición de los gobiernos a alcanzar soluciones colaborativas. También la cuestión de la representación política en el consejo (la idea es que los políticos y aquellos con poder para tomar decisiones sean los que participan en las reuniones del consejo y en la toma de decisiones, y que no haya posibilidad de ser reemplazados por otras instancias de la burocracia administrativa especializada que tratará los temas con perfil técnico, pero sin margen para tomar decisiones). Por último, dentro de las modalidades de funcionamiento y de toma de decisiones, se presenta la posibilidad de usar el formato de resoluciones por circular o correo electrónico por oposición a los que utilizan la modalidad de reuniones personales del formato cara a cara, siendo los segundos más aptos para gestionar temas contenciosos que los primeros (Schnabel, 2023: 45).

El grado de institucionalización de los consejos es otro aspecto importante para medir su efectividad. Los consejos altamente institucionalizados usan un procedimiento de dos pasos. El primero define la dirección principal de la reforma y, una vez que se logra acuerdo en lo respectivo a la meta general de la política pública, los miembros del consejo deciden sobre especificidades, tomando de nuevo propuestas, recomendaciones y borradores de grupos de trabajo, comités, o el secretariado (Schnabel, 2023: 46). En estos casos habría varias ventajas, ya que se trabaja en la resolución de problemas de modo coordinado y las soluciones son de tipo colaborativo y generalmente aceptadas por los miembros, ya que trascienden en la mera convergencia momentánea de intereses de un grupo de actores individuales (Bolleyer, 2009: 25).

Las interacciones son estables y continuas y hay posibilidades de monitoreo en la implementación y el cumplimiento. En consejos con institucionalización débil, la interacción ocurre de manera ad hoc, expresando la gestión de la contingencia de intereses en lugar de darle forma una política de largo plazo definida de manera conjunta. Hay carencia de estructura para resolver problemas y una baja tendencia a la discusión y al seguimiento en la implementación.

La autora señala como indicadores de un alto nivel de institucionalización: la alta frecuencia de reuniones, la existencia de una secretaría/secretariado (permanente), la pre-

sencia de varios comités o grupos de trabajo, y estatutos que formalicen la operación del consejo (Schnabel, 2022). En ese marco son signos de institucionalización: una agenda de reuniones regulares, continuas, y con frecuencia previsible (mensual, semestral, anual, entre otros formatos). Ello permite encuentros de planificación, de decisión y de seguimiento. Una secretaría permanente permite una mayor planificación de la agenda y la posibilidad de manejar la dinámica de trabajo y la confección organizada de borradores de trabajo, así como el logro de resoluciones finales más compactas con una labor previa de mayor consenso y profundidad. Como señala la autora, "las reuniones regulares y frecuentes limitan el alcance de los gobiernos para recurrir al unilateralismo" (Schnabel, 2023: 46-47).

En cuanto al carácter vinculante de los productos, se entiende por ello los acuerdos, las resoluciones, los documentos que emanan de los consejos⁵. Si las resoluciones de los consejos resultan vinculantes para los miembros, hay mayor posibilidad de protección de la autonomía de las unidades constitutivas. Además, un alto grado de vinculatoriedad implica incentivos fuertes para apegarse a una solución conjunta de política pública. En cambio, si la misma no existe o es más débil, hay más espacio para el unilateralismo (Schnabel, 2023: 49).

Otro indicador del grado de vinculatoriedad se refiere a los niveles de coordinación, la autora cita cuatro niveles: coordinación negativa (referida al intercambio mutuo de información entre los gobiernos), coordinación positiva (implica coordinación activa y compromiso de recursos económicos o de otro tipo), integración de objetivos de política pública (aquí hay compromiso en el logro de objetivos conjuntos de política pública, como puede ser incremento de prestaciones de salud pública o elevación de estándares en el área) e integración de la implementación de política pública (en este caso los gobiernos no sólo establecen objetivos conjuntos de política pública sino también definen cómo conseguirlos delineando instrumentos que generalmente incluyen mecanismos de seguimiento y monitoreo como el caso de la confección e intercambio de reportes anuales). De ese modo, tanto la forma del producto como el nivel de coordinación constituyen indicadores del grado de vinculatoriedad de los productos que emanan de los consejos, y cuando se presentan los indicadores más elevados habría más incentivos para el cumplimiento de una solución de política pública de manera conjunta entre los integrantes de una federación (Schnabel, 2022: 63).

En cuanto al lugar y al peso del gobierno federal en el Consejo, la autora propicia un diseño de manera tal que no sea manejado por el gobierno federal, toda vez que, si el gobierno federal cuenta con el manejo de la presidencia y provee las secretarías, dispone la agenda, decide la frecuencia de las reuniones, o puede evitarlas, entre otros mecanismos, genera desbalances a favor del gobierno central en desmedro de las autonomías locales.

Por lo tanto, para Schnabel (2023: 45) es esperable que los consejos sean efectivos en proteger la autonomía si tienen capacidad de procesar asuntos de política pública federalmente contenciosos, están altamente institucionalizados, producen resultados y no están dominados por el gobierno federal. Los altamente institucionalizados son más proclives

5 La autora aclara que, respecto a los tipos de producto de consejo, existen en lo general cuatro formas que pueden tomar tales productos, con creciente vinculatoriedad: reportes, declaraciones, planes de acción y acuerdos intergubernamentales. Los productos de un consejo también pueden ser comunicados de prensa. Estos pueden informar sobre una solución conjunta (p. ej., su contenido, intención o génesis), empero no son vinculantes para los miembros del consejo (Schnabel, 2023, p. 49 y nota 9, p. 50).

a monitorear la implementación de soluciones conjuntas. Tal monitoreo previene problemas de cumplimiento a través de señalamientos públicos. Los problemas de cumplimiento son menos comunes si los consejos pueden procesar asuntos contenciosos y tienen productos por lo menos vinculantes a nivel político. La alta institucionalización permite el logro de soluciones conjuntas que respeten o al menos consideren los intereses y preferencias de cada una de las partes de la federación. Por el contrario, la baja institucionalización y el manejo del consejo por el gobierno federal pueden ser promotores de instancias de centralización y de unilateralismo decisorio contrario a los objetivos federativos.

En los puntos siguientes analizaremos desde este enfoque el diseño, funcionamiento, tipo y grado de institucionalización de los consejos federales que operan en materia sanitaria en el país.

IV. El Consejo Federal de Salud en Argentina

IV.1. Descripción del organismo

El Consejo Federal de Salud (COFESA) fue creado por el decreto 22.373 del año 1981, ratificado legislativamente luego del retorno de la democracia. El COFESA se erige como el espacio de coordinación intergubernamental en materia sanitaria, y en su seno se tramitan los acuerdos relevantes entre las diferentes jurisdicciones. El órgano está integrado por las máximas autoridades de salud de la Nación, de las provincias y de la CABA, y está presidido por el Ministro de Salud de la Nación. En su organización interna cuenta con una Secretaría Permanente que tiene a su cargo la coordinación general. Entre sus atribuciones, se destacan la coordinación del desarrollo sectorial en materia de salud; la apreciación de los problemas de salud comunes a todo el país, de las de cada provincia y de cada región en particular; y el análisis de las acciones desarrolladas (Art. 2 Ley 22.373). En cuanto a la dinámica deliberativa, el Consejo promueve en su seno debates, acuerdos generales y líneas de trabajo orientados a consolidar una política sectorial estable de alcance nacional y la recomendación de cursos de acción aconsejables para su instrumentación en los casos concretos y en las diferentes jurisdicciones.

El COFESA adopta dos modalidades de reuniones anuales: ordinarias (un mínimo de dos veces por año) y extraordinarias (se convocan a iniciativa del presidente, o cuando lo soliciten no menos de cinco de las jurisdicciones representadas en el Consejo, con indicación del temario y antelación, suficiente para su oportuna convocatoria). El presidente podrá solicitar la concurrencia a las reuniones del Consejo con carácter de invitados especiales permanentes -u ocasionales según la índole del temario- de representantes de organismos oficiales, de entidades privadas y de personalidades de significativa representatividad en actividades vinculadas con el campo de la salud, a fin de facilitar la manifestación de opiniones intersectoriales.

En cuanto a sus funciones de coordinación de los niveles gubernamentales, el organismo busca compatibilizar los programas conducidos por la autoridad sanitaria nacional con las autoridades de cada jurisdicción, a fin de lograr coincidencias en los criterios operativos, en la afectación de los recursos disponibles y en la selección de métodos de evaluación de las acciones sanitarias, estimulando la regionalización y/o zonificación de los servicios. Dentro de sus competencias se encuentra también la de contribuir al desarrollo de un sistema federal de salud, siendo la coordinación intersectorial e interjurisdiccional con mirada territorial, una línea prioritaria de trabajo en su agenda.

El funcionamiento del COFESA es dinamizado principalmente desde la autoridad de aplicación federal. Las provincias suelen presentar un rol reactivo, lo cual no significa pasivo, e incluso algunas de éstas participan con iniciativas importantes. Rey (2013: 9) detalla períodos en los que el gobierno nacional tuvo un poder central determinante, y en los que las decisiones se tornaron más verticales, con otros en los que la dinámica del acuerdo era más factible.

Uno de los problemas es la falta de acceso a información pública de calidad en cuanto al funcionamiento del organismo. Solo existe un registro de actas anuales labradas en el seno del Consejo, de las que se analizan para este trabajo las correspondientes a los años 2020 a 2023. De su lectura surge que el organismo cuenta con una agenda incierta, no existiendo en los hechos un cronograma anual de reuniones acordado entre sus miembros ni una determinación anticipada de los temas o problemas a abordar. La frecuencia y la materia de los encuentros parecen corresponder a decisiones políticas no predeterminadas y atadas a cuestiones financieras o de coyuntura.

No hay datos institucionales del modo en que se designa a la Secretaría Permanente, la que debería recaer en la burocracia especializada del organismo, pero que sin embargo es designada por la autoridad ministerial o equivalente en salud en el ámbito nacional, en tanto dicha Secretaría funciona en la órbita de la cartera de salud. Por ello la designación y el funcionamiento de la Secretaría no responden a una decisión del pleno del órgano.

IV.2. Una mirada crítica del COFESA a la luz de la propuesta de Schnabel

Analizando el COFESA a partir de las categorías que propone Schnabel, los resultados en cuanto a su efectividad orientada al resguardo de la autonomía subnacional como modo de promover la estabilidad del sistema federal, no son alentadores.

Las características generales del Consejo Federal de Salud son: en cuanto a la membresía, es de tipo vertical, en tanto incluye al gobierno federal. Sobre el alcance temático del consejo, el argentino es de tipo específico, conformado por los ministros del área (salud) de todas las jurisdicciones, y en cuanto al alcance geográfico, es de tipo nacional, compuesto por los representantes de todas las unidades constitutivas.

En relación al enfoque que mira el peso específico del gobierno central en el organismo, el modelo argentino presenta un claro desbalance a favor de la autoridad nacional, ya que preside el órgano y en general establece la agenda de las reuniones, convoca las mismas y decide las temáticas a abordar. A su vez, las unidades subnacionales carecen de poder de decisión en cuanto a la frecuencia y las materias a debatir.

También el COFESA presenta un bajo nivel de institucionalización, en tanto como se mencionó antes, las reuniones no responden a un cronograma prefijado ni son regulares ni periódicas. La Secretaría Permanente ni siquiera figura en el organigrama funcional actual del Ministerio. En cuanto su conformación, si bien las unidades subnacionales están representadas por los ministros de cartera de cada jurisdicción, ello no resulta un elemento decisivo para el éxito funcional del organismo, en tanto las decisiones que se adoptan no tienen naturaleza vinculante para las partes.

Al aplicar la categoría de análisis de la autora vinculada a la capacidad del consejo para

procesar asuntos federalmente contenciosos, las respuestas no son mejores, dado que la mayoría de los acuerdos sanitarios en el país surgen de reuniones intergubernamentales informales (algunos incluyen a ciertas jurisdicciones, excluyendo a las restantes), acuerdos legislativos en el seno del Congreso de la Nación sin participación del COFESA o, en casos de conflictos irresueltos desde arenas políticas, apelando a la Corte Suprema de Justicia de la Nación como intérprete final y árbitro para la resolución de controversias multinivel.

De lo analizado surge que, conforme el diseño del órgano y de los procedimientos previstos para la toma de decisiones, las unidades constitutivas son invitadas a abordar una agenda que no deciden y en la que no pueden incidir, ampliar o modificar. Así, las provincias participan de un proceso cuya orientación temática y contenido final resultan definidos en otras esferas de gestión (Ejecutivo o Legislativo nacional, acuerdos intersectoriales formales o informales) y (algunas veces) ratificados en la instancia interministerial del COFESA, motivo por el cual el organismo no resulta un espacio atractivo para los gobiernos provinciales.

El Consejo Federal de Salud tiene también las limitaciones funcionales de contar en su seno con representación exclusiva de los poderes ejecutivos (nacional y provinciales), sin facultades de articulación con los órganos legislativos de cada nivel de gobierno ni con otros actores privados o corporativos que operan en el sistema sanitario. Ese tipo de diseño limita las posibilidades de acción y decisión del Consejo y le priva de una mirada integral de los problemas que afectan al sistema. Una modificación de este tipo complejizaría el proceso de toma de decisiones y politizaría el órgano – tal como señala Schnabel- pero le daría también mayor peso específico en la decisión de las políticas sanitarias de la federación.

Este punto debiera articularse también con la implementación de niveles de obligatoriedad de sus decisiones, lo que dotaría al espacio de relevancia en la definición de la política sanitaria multinivel. Como hemos anticipado, las decisiones emergentes de sus debates no resultan vinculantes para las unidades constitutivas. Ello debilita el Consejo como resorte útil para la gestión de las tensiones intra federales. Genera más recomendaciones que definiciones de las que siga algún resultado efectivo. Esto deja abierto el camino para el unilateralismo y, por lo tanto, para un avance no deseado del gobierno federal sobre la zona de competencia de las unidades subnacionales.

Mirado el caso del COFESA a la luz del grado de institucionalización de los procesos de toma de decisiones, como se dijo antes, el resultado no muestra que el organismo pueda funcionar como resguardo de las autonomías subnacionales frente a avances del gobierno central. Como no existe una agenda formalizada y preestablecida, periodicidad de las reuniones ni obligatoriedad de las mismas, los representantes de las provincias asisten a los encuentros motivados por incentivos redistributivos existentes en diferentes planes, programas y fondos, antes que por un genuino interés en debatir la política sanitaria y su necesaria coordinación. Tampoco se ha contemplado la posibilidad de que la autoridad de coordinación del COFESA sea elegida por las partes, o que exista una rotación periódica de la misma, estrategias utilizadas habitualmente en este tipo de espacios.

Otro factor que quita peso específico en la coordinación sanitaria al COFESA es la inexistencia en su seno de grupos de trabajo estables de formato multinivel en donde convivan

y se retroalimenten las miradas nacional y subnacional de la política sanitaria, dado que la primera principalmente coordina el subsistema, mientras que las segundas gestionan cotidianamente enormes aparatos y la actividad de miles de profesionales de la salud. La ausencia de diálogo técnico entre burocracias multinivel estables es también un fuerte déficit de capacidades institucionales del organismo a revisar.

V. El Consejo Federal Legislativo de Salud

V.1. Descripción del organismo

El Consejo Federal Legislativo de Salud fue creado por la Ley 27.054/2014 en el marco del Pacto Federal Legislativo de Salud, que data del 2009. Dicho Convenio, en su art. 1º dispone la creación del Consejo Federal Legislativo de Salud (COFELESA) como organismo deliberativo de origen político que tendrá por objeto la articulación y promoción de políticas legislativas comunes en materia de salud en todo el territorio nacional. Este dispositivo institucional aparece como una novedosa instancia de coordinación multinivel orientada a la producción legislativa en materia sanitaria.

En cuanto a su integración, cuenta con un presidente que es elegido entre sus miembros por la Asamblea del Consejo. Dicha autoridad preside la Mesa de Conducción y la Asamblea. Cuenta con cuatro secretarías ocupadas por legisladores con mandato vigente o cumplido. Tienen la función de asistir al presidente en el período de su mandato.

La Mesa de Conducción tiene como competencias: a) Cumplir y hacer cumplir las normas que rigen el funcionamiento del COFELESA; b) Solicitar asesoramiento e información de expertos para el estudio, elaboración de proyectos legislativos, revisión y control de la aplicación de las leyes relativas a salud; c) Determinar el lugar y fecha de reunión de la asamblea; d) Nombrar comisiones de trabajo; e) Ejecutar las resoluciones de la asamblea; f) Ejercer la representación del Consejo ante organismos públicos y privados; g) Decidir la convocatoria a asamblea extraordinaria en casos de urgencia; h) Informar a la asamblea sobre el estado de avance del trámite de los proyectos que impulse el Consejo en las distintas legislaturas; e i) Realizar todo otro acto administrativo.

La Asamblea legislativa del COFELESA la conforman los miembros de las Comisiones de Salud o su equivalente, cualquiera sea su denominación, del Senado de la Nación y de la Cámara de Diputados de la Nación, de cada una de las legislaturas provinciales y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Son sus atribuciones: a) Tratar los asuntos incorporados al orden del día; b) Aprobar el reglamento de funcionamiento interno del COFELESA; c) Aprobar los proyectos de ley que el COFELESA impulsará ante el Congreso Nacional, los órganos legislativos provinciales y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. La asamblea sesionará al menos seis veces al año, en distintas jurisdicciones, en el lugar y fecha que determine la Mesa de conducción del COFELESA⁶.

Debe destacarse, no obstante, que a la fecha las provincias de Buenos Aires, Córdoba, Entre Ríos, Misiones, Catamarca, Formosa y San Juan no han ratificado aún su participación en el COFELESA.

6 Consejo Federal Legislativo de Salud (COFELESA). Composición y atribuciones. Fuente: Ley 27.054

V.2. El COFELESA analizado a través de las categorías de Schnabel

Este organismo aparenta ser más atractivo en su diseño por su mayor grado de institucionalización, por la frecuencia de sus reuniones y por el peso de los decisores políticos que lo conforman. Sin embargo, no se han identificado en fuentes digitales oficiales registros que den cuenta de algún grado de regularidad en sus reuniones ni de las autoridades y equipos que lo componen, solamente información dispersa en sitios web. El último dato oficial de su funcionamiento es del año 2020, en plena crisis sanitaria del Covid19⁷.

Resulta interesante desde la norma la organización interna del organismo en cuanto a la elección de la presidencia y la organización de sus secretarías, así como la participación de miembros del parlamento federal en la Asamblea. Ese diseño aumenta el grado de institucionalización del proceso decisorio y disminuye el margen para los comportamientos centralistas y las decisiones impuestas unilateralmente.

La previsión de un mínimo de reuniones al año y la posibilidad de sesionar en distintas sedes dentro del territorio de la federación marcan un grado de descentralización mayor que el del COFESA, junto con una disminución del rol del poder central que facilita que las miradas subnacionales se proyecten en la dinámica funcional del órgano.

Pero el organismo carece de regularidad y continuidad de funcionamiento, y de competencias para el dictado de disposiciones vinculantes para los poderes legislativos nacional y provincial, limitándose a emitir recomendaciones sin obligatoriedad para las partes.

Como señala Schnabel (2023; 54), los Consejos Federales no actúan en el vacío, sino que forman parte de un sistema político y en él comparten espacio y dinámicas con otras instituciones del sistema, tal es el caso del sistema de partidos políticos, la voluntad de participar de las unidades de la federación en la defensa de sus autonomías, factores de presión, las ideas de política pública, entre otros. Sin una idea clara de la misión y del sentido de la consolidación de este tipo de vínculos intergubernamentales técnicos intersectoriales en el país no tendremos capacidades estatales suficientes para debatir diferentes arenas de políticas públicas centrales en la federación desde una adecuada perspectiva multinivel.

VI. Otras instancias de coordinación en salud

Son relaciones intergubernamentales existentes en materia sanitaria la Superintendencia de Servicios de Salud (SSS)⁸ y el Consejo de Obras Sociales Provinciales de la República Argentina (COSPPRA).

El primero funciona como instancia de coordinación de las diferentes obras sociales. Se trata de un organismo descentralizado de la administración pública nacional dependiente del Ministerio de Salud de la Nación que cumple finalidades de regulación y de control de las siguientes entidades: a) Las obras sociales sindicales y de dirección, y aquellas comprendidas en el artículo 1º de la Ley 23.660, con excepción de las entidades del inciso g) que no han adherido a la citada normativa y que brindan coberturas médico – asistenciales M y b) Las entidades de la medicina prepaga, reguladas por la Ley 26.682 del año

⁷ Datos desde página oficial del Gobierno nacional Argentino sobre reunión del COFELESA del 31 de julio de 2020. Fuente: <https://www.argentina.gob.ar/noticias/el-ministro-de-salud-participo-del-encuentro-virtual-de-cofelesa>

⁸ Fue creada por Decreto 1615/96, en jurisdicción del por entonces Ministerio de Salud y Acción Social, como consecuencia de la fusión de la Administración Nacional del Seguro de Salud (ANSSAL), creada por la Ley 23.661, de la Dirección Nacional de Obras Sociales (DINOS) establecida por la Ley 23.660 y del Instituto Nacional de Obras Sociales (INOS), instituido por la Ley 18.610

2011 y los Decretos 1991/12 y 1993/12.

El segundo (COSPRO) es una institución civil sin fines de lucro que nuclea a las 24 (veinticuatro) obras sociales provinciales y de la CABA, teniendo como objetivo primario la interrelación entre las ellas y la coordinación de convenios de atención recíprocos⁹. En la actualidad, el COSSPRO está dividido en cinco regiones y mantiene reuniones bajo el formato de encuentros regionales, para conocer y decidir las acciones que en conjunto puedan alcanzar una mirada federal y conocer las experiencias y realidades de cada provincia, en beneficio de la calidad en las prestaciones¹⁰.

Ambos organismos ayudan a la coordinación meramente administrativa del sistema de obras sociales, de la medicina privada prepaga y otras cuestiones sanitarias, pero ninguno se constituye como un mecanismo interjurisdiccional de debates y de tramitación de acuerdos o de resolución de controversias, estando las decisiones puestas en manos de las legislaciones nacionales y provinciales y en los instrumentos de implementación dispuestos por los poderes ejecutivos de cada nivel gubernamental.

Por ello no se ajustan a las categorías de análisis propuestas y tampoco se han identificado otro tipo consejos u organismos de esta naturaleza que contribuyan a la coordinación sanitaria en el país.

VII. Consideraciones finales

Un tema central en los debates actuales sobre federalismo se vincula con los equilibrios o balances de poder que deben existir dentro de cada sistema para que las competencias entre sus socios no sean solapadas, condicionadas, disminuidas o anuladas por la intervención de alguno de los niveles de gobierno.

La teoría de las salvaguardas federales, muy presente en la literatura anglosajona, estudia los principales factores distorsivos de los balances de poder dentro de un Estado federal (oportunismo y unilateralismo disruptivo, con sus múltiples variantes), determina los umbrales o límites de los comportamientos federales admitidos y aborda las diferentes salvaguardas que posibilitan los reequilibrios frente a proceder inadecuados que rompen con los acuerdos o tienden a desequilibrar el sistema. Las salvaguardas tradicionales -estructural, popular, política, judicial y severa cuentan con una amplia literatura y han sido debatidas y aceptadas en el campo (ver Bednar, 2009; Bolleyer, 2013; Schnabel, 2015, 2022 y 2023; Grin y Mendoza Ruiz, 2023; entre otros).

El aporte significativo de Johanna Schnabel fue haber propuesto una nueva categoría de salvaguarda federal, la salvaguarda intergubernamental, creando categorías e indicadores para ser analizada y testada en diferentes dimensiones y en cuatro experiencias federales alrededor del planeta. La existencia de asambleas transectoriales (conferencias de gobernadores o similares) y de consejos federales sectoriales específicos en la mayoría de los federalismos del planeta llevó a la autora a indagar en su efectividad como nuevos mecanismos de balances de poder a través de la coordinación de áreas generales y significativas de políticas.

9 Bajo la cobertura de las Obras sociales que coordina el COSPRO se garantiza la cobertura en salud a 7.200.000 afiliados, que en su totalidad representan el 16 % de la población del país. En cuanto a su constitución, en 1973 se configuró como Confederación, y en 1976, consiguió la adhesión de los Estados provinciales. Fuente: Recuperado de: <https://www.argentina.gob.ar/salud/observatorio/mesa-salud-educacion>. Consulta realizada el 04/06/2020

10 Fuente: <https://cosspra.com.ar/nosotros/>. Recuperado el 1/7/2024

Como indica Schnabel, los consejos intergubernamentales pueden mejorar la estabilidad de los sistemas federales en tanto tengan capacidad de procesar asuntos federalmente contenciosos, sean altamente institucionalizados, produzcan resultados vinculantes y no estén manejados por el gobierno federal. De ese modo, podrán ser proclives a adoptar soluciones conjuntas colaborativas para los problemas de política pública que les conciernen a todos. Los que no cuentan con esas características no son vías aptas para el logro de soluciones a las que se arriben de manera conjunta, colaborativa y mutuamente respetuosa de las unidades constitutivas de la federación.

Si bien la estabilidad de los federalismos no depende exclusivamente de la efectividad de los consejos federales, porque se entrecruzan aspectos históricos, institucionales, culturales y políticos o vinculados a la distribución de los recursos existentes, es relevante estudiar el comportamiento de los miembros de la relación federal en ámbitos comunes de intercambio de experiencias, debate técnico y generación de propuestas legislativas o de reformas administrativas.

Argentina es un federalismo caracterizado por los escasos mecanismos de coordinación intergubernamental existentes y por el bajo grado de institucionalización de ámbitos formales de debate de las principales políticas públicas. No existe en el país un espacio común formalizado entre los gobernadores, o con ellos y el presidente. Los consejos federales superan el número de cuarenta, pero la mayoría de ellos no funcionan o lo hacen de manera intermitente, en la mayor parte no existen burocracias especializadas estables ni capacidades institucionales suficientes y solamente son útiles a los fines de volver operativas políticas definidas en instancias legislativas o políticas, o cuando existen incentivos fiscales o distribución de recursos que motiven a los actores a sentarse a la mesa (Serafinoff, 2007; Astarita, Bonifacio y Del Cogliano, 2012; Rey, 2013; Bernal, 2022; entre otros).

Nos pareció un aporte de interés para el campo disciplinar poner en conocimiento la obra de Schnabel y su ampliamente reconocida contribución a estos debates, su ponderación de los consejos intergubernamentales como instancias generadoras de equilibrios y catalizadoras de debates técnicos, como así también como espacios proclives para la construcción de acuerdos sectoriales. Por ello, devino de interés aplicar sus categorías a la composición, dinámica de funcionamiento y vinculatoriedad de sus decisiones a los diferentes consejos federales que participan en la coordinación de la política sanitaria en el país.

El resultado no sorprende. Su bajo grado de institucionalización, su creación y conducción top-down, la imposición de las reuniones y de la agenda por parte del gobierno nacional, junto con una escasa capacidad para generar acuerdos vinculantes o resolver conflictos interjurisdiccionales relevantes son síntomas de un federalismo fuertemente concentrado, anclado en las figuras ejecutivas y desapegado de una cultura del diálogo y el acuerdo mutuo en base a intercambios y concesiones, la dinámica natural de los federalismos ya consolidados.

Estaremos satisfechos si este trabajo logra acercar miradas a las lecturas sobre salvaguardas federales existente en el campo de las RIG, como así también poner en evidencia que las bases de un federalismo sano, equilibrado, coordinado y eficaz está fuertemente emparentadas con la consolidación de vínculos mucho más simétricos, estables y atados

a modelos de toma de decisiones basados en datos y evidencias, en lugar de intereses particulares de algunos de los socios del acuerdo federal. Buena parte del futuro del federalismo argentino se juega en entender y visibilizar la relevancia de esta temática, la que más análisis y estudios comparados genera en todo el planeta.

Referencias Bibliográficas

- Bednar, J. (2009), *The robust federation, principles of design*. Cambridge University Press. Nueva York.
- Bernal, M. (Director) (2020). *Un federalismo en pausa. Normas, instituciones y actores de la relación intergubernamental en Argentina*. Córdoba: Editorial UNC.
- Bernal, M. y Bizarro, V. (2019), *Relaciones Intergubernamentales y gestión pública de salud: Argentina y el caso de la provincia de Córdoba*. Revista de Derecho y Salud, Año 3, Número 3, UBP, Córdoba.
- Bernal, M. (2023). El rol de la Corte Suprema argentina como salvaguarda judicial. En J. Mendoza Ruiz, J. y Grin, E. *Las salvaguardas federales en Argentina, Brasil y México: relaciones, límites y contrapesos* (págs. 153-170). Córdoba: Editorial UNC.
- Bernal, M. y Verri, B. (2023), Las políticas de salud pública en Argentina. En Bernal, M. y Rodríguez Alba, J. (Directores). *Políticas públicas en Argentina. Debates pendientes y nuevas agendas*. Editorial de la Universidad Nacional de Córdoba. Córdoba.
- Bisang, R. y Cetrángolo, O. (1997), *Descentralización de los servicios de salud en la Argentina*. Serie Reformas de Política Pública 47, CEPAL. Santiago de Chile.
- Bolleyer, N. (2009), *Intergovernmental cooperation. Rational choice in Federal Systems and beyond*. Oxford University Press.
- Bolleyer, N. (2013), Paradoxes of self-coordination in federal regimes. En Benz, A. y Broschek, J. (Ed). *Federal dynamics continuity, changes and the varieties of federalism*. Oxford University Press.
- Cetrángolo, O y Devoto, F. Organización de la salud en argentina y equidad Una reflexión sobre las reformas de los años noventa e impacto de la crisis actual. Trabajo presentado en el Taller "Regional Consultation on Policy Tools: Equity in Population Health". Toronto, 17 de junio de 2002.
- Cetrángolo, O. y Goldschmit, A. *Las obras sociales y otras instituciones de la seguridad social para la salud en Argentina. Origen y situación actual de un sistema altamente desigual*. Informe Fundación CECE, Julio 2018.
- Cingolani, M. y Lardone, M. (2006), *Gobiernos bajo presión. Relaciones Intergubernamentales y reforma del Estado. El caso Córdoba*. Editorial de la Universidad Católica de Córdoba. Córdoba.
- Mendoza Ruiz, J., & Grin, E. J. (2023). *Las salvaguardas federales en Argentina, Brasil y México: relaciones, límites y contrapesos*. Córdoba: Editorial UNC.
- Organización Mundial de la Salud (2017). Informe Argentina del año 2017. Disponible en: <http://administracionsalud.com.ar/organizacion-mundial-de-la-salud-informe-argentina-2017/>
- Rey, M. (2013), *Federalismo y mecanismos de articulación intergubernamental: el funcionamiento de los Consejos Federales en Argentina*. En Revista del CLAD Reforma y Democracia. No. 55. Caracas.
- Schnabel, J. (2022). *Gestión de interdependencias en sistemas federales. Consejos intergu-*

bernamentales y creación de políticas públicas. Toluca, México: UNAM.

• Schnabel, J. (2023). Los consejos intergubernamentales como salvaguarda federal: conceptualización y operacionalización. En J. Mendoza Ruiz, & E. J. Grin, *Las salvaguardas federales en Argentina, Brasil y México: relaciones, límites y contrapesos* (págs. 41-66). Córdoba: Editorial UNC.

• Verri R. , Belanti M. F. y Belanti M.M. (2020), "*La coordinación en materia sanitaria en el Federalismo argentino*" en M. Bernal M (Dir.) "*Un Federalismo en pausa*", Ed. UNC, Córdoba, Argentina.

3. Comentarios Jurisprudenciales

Limitaciones a la protección de derechos en tiempos de crisis

Limitations to the protection of rights in times of crisis

Carlota H-C Robles¹

DOI: [https://doi.org/10.37767/2591-3476\(2024\)15](https://doi.org/10.37767/2591-3476(2024)15)

Comentario a

Caso Communauté Genevoise D'Action Syndicale (CGAS) vs. Suiza,
del 27 de noviembre de 2023

Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Gran Sala)

Acceso al Fallo

RESUMEN:

En un contexto sin precedentes ocasionado por la pandemia de la COVID-19, que numerosos Estados se vieron obligados a combatir mediante la implementación de medidas a menudo restrictivas de los derechos y libertades consagrados en el CEDH, surgió la imperante necesidad de encontrar el equilibrio entre la protección del interés general, concretamente en su vertiente de salud pública, y el respeto a los derechos humanos y el Estado de derecho. El propósito de este comentario es esclarecer algunos matices doctrinales de esta disyuntiva para tratar de desvelar la funcionalidad de una serie de directrices que establecen límites a la protección de los derechos, como el principio de subsidiariedad, que deben ser respetadas para que la defensa de los mismos sea razonable y respetuosa con la armonía del sistema legal y judicial. En este sentido, es destacable la condición de víctima como premisa para la legitimación activa, con el propósito de evitar abstractas acciones populares, así como la esencial exigencia del agotamiento de los recursos internos como una de las condiciones de admisibilidad de las demandas ante el TEDH, quien, en numerosas ocasiones, pone de relieve la necesidad de permitir a las autoridades nacionales la protección del CEDH a través de sus propios procedimientos legales para alcanzar así el mencionado equilibrio.

ABSTRACT

In an unprecedented context caused by the COVID-19 pandemic, which many States were forced to combat by implementing measures that were often restrictive of the rights and freedoms enshrined in the ECHR, the imperative need arose to strike a balance between the

¹ Estudiante del Doble Grado en Derecho y Ciencias Políticas y Administración Pública en la Universidad Autónoma de Madrid. Mail: carlotahrobles@gmail.com. Número de ORCID: 0009-0006-3000-6368

protection of the general interest, specifically in its public health aspect, and respect for human rights and the rule of law. The purpose of this commentary is to clarify some of the doctrinal nuances of this dilemma in order to try to reveal the functionality of a series of guidelines that establish limits to the protection of rights, such as the principle of subsidiarity, which must be respected in order for the defence of these rights to be reasonable and respectful of the harmony of the legal and judicial system. In this sense, the condition of victim as a premise for active standing is noteworthy, with the aim of avoiding abstract popular actions, as well as the essential requirement of the exhaustion of domestic remedies as one of the conditions for admissibility of claims before the ECtHR, which, on numerous occasions, highlights the need to allow national authorities to protect the ECHR through their own legal procedures in order to achieve the aforementioned balance.

PALABRAS CLAVE: Limitación de derechos; condición de víctima; agotamiento de recursos internos; derecho de reunión; COVID-19.

KEY WORDS: Limitation of rights; victim status; exhaustion of domestic remedies; right of assembly; COVID-19.

I. Introducción:

La asociación demandante presentó una demanda ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, "TEDH") el 26 de mayo de 2020 alegando una vulneración de su derecho de reunión pacífica con amparo en el artículo 11 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (en adelante, "CEDH"). Concretamente, por haber sido privada del derecho a organizar reuniones públicas y a participar en ellas como consecuencia de las medidas adoptadas por el Gobierno en el marco de la lucha contra el coronavirus durante el período de aplicación del Decreto núm. 2 sobre medidas de lucha contra el coronavirus. Afirma que, tras la promulgación del mencionado decreto, se había visto obligada a cancelar una reunión pública prevista para el 1 mayo de 2020, por lo que retiró su solicitud de autorización. Sostuvo que las ordenanzas del Consejo Federal suizo (en adelante, "el Gobierno") eran medidas que se aplicaban con alcance general y justificó no recurrir dichas medidas ante tribunales nacionales sobre la base de que contra ellas no cabía recurso alguno ante los órganos jurisdiccionales internos. La demanda fue asignada a una Sala de la Sección tercera del TEDH que declaró, por mayoría, la admisibilidad de la demanda y consideró, por cuatro votos frente a tres, la concurrencia de una violación del artículo 11 de la Convención. El Gobierno Suizo solicitó, conforme al artículo 43 del CEDH, la remisión del caso a la Gran Sala. La asociación demandante y el Gobierno presentaron observaciones sobre la admisibilidad y el fondo del asunto. Además, se recibieron comentarios de terceros del Gobierno francés, de la Assas Clinique de Droit International y de Amnistía Internacional, y el 12 de abril de 2023 tuvo lugar una audiencia pública en el Palacio de Derechos Humanos de Estrasburgo. La Gran Sala resolvió declarando la inadmisión de la demanda atendiendo a las excepciones preliminares interpuestas por el Gobierno suizo: la ausencia de condición de víctima y la falta de agotamiento de recursos internos.

I. Contexto

1. La crisis sanitaria

El 9 de enero de 2020 las autoridades sanitarias chinas y la OMS anunciaron oficialmente la identificación de una nueva variante del coronavirus. El aumento desproporcionado de contagios a nivel mundial llevó a la OMS a declarar la enfermedad como una emergencia de salud pública de relevancia internacional y, posteriormente, calificarla como pandemia.

Numerosos organismos nacionales e internacionales de salud pública recomendaron el cumplimiento de medidas preventivas, en particular y en lo que aquí respecta, medidas de distanciamiento social, incluyendo el aislamiento de persona sintomáticas y la suspensión de reuniones masivas. Veintiuno de los treinta y seis Estados miembros del Consejo de Europa introdujeron prohibiciones formales de reuniones públicas, sin prever excepciones para las manifestaciones; otros doce siguieron autorizando dichas reuniones con sujeción a limitaciones; y únicamente en dos Estados las reuniones no estaban restringidas, al menos, formalmente. Además, en catorce de estos Estados miembros se podía incurrir en responsabilidad penal con posibilidad de prisión en caso de incumplimiento de las medidas implementadas. En todos los estados se preveía la revisión judicial de las medidas adoptadas, ya fuera abstracta de un acto legislativo o gubernamental, o respecto de una decisión en concreto.

La COVID-19 fue detectada por primera vez en territorio suizo el 25 de febrero de ese mismo año, registrando a finales de abril 1.427 muertes relacionadas con el virus, de las cuales 263 se produjeron en el cantón de Ginebra. Para combatir la pandemia, el Consejo Federal suizo declaró "situación especial" conforme a la Ley de Epidemias y adoptó un decreto sobre medidas para hacer frente al coronavirus, posteriormente sustituido por la Ordenanza COVID-19 núm. 2 (en adelante, "la Ordenanza"), cuya impugnación es objeto de la sentencia comentada. Entre las medidas adoptadas, se anunció la prohibición de reuniones públicas y privadas de más de 100 personas, con la disposición expresa de determinadas exenciones que la autoridad cantonal podía conceder, en particular para aquellas reuniones que persiguieran el ejercicio de derechos políticos o de formación. Más adelante, con la declaración de "situación extraordinaria", el Consejo Federal modificó la Ordenanza prohibiendo, además de otras actividades, todas las reuniones públicas y privadas y suprimiendo, de entre las exenciones, la de ejercicio de derechos políticos. Esta Ordenanza, además, contenía unas disposiciones penales que prevenían multa o pena privativa de libertad para quien se opusiera intencionadamente a dichas medidas.

2. Las circunstancias del caso

La asociación demandante es una organización registrada conforme al Derecho suizo que agrupa a todos los sindicatos del cantón de Ginebra y cuyo objetivo estatutario es defender los intereses de los trabajadores y sus miembros, particularmente en el ámbito de libertad sindical y democrática.

Con el ánimo de organizar su tradicional marcha conmemorativa el 1 de mayo de 2020, la asociación realizó las gestiones que se exponen a continuación. El 19 de marzo de 2020, el comité organizador anunció en un comunicado de prensa su decisión de no organizar finalmente dicho evento con motivo de la crisis sanitaria. El 14 de abril, la secretaria de la asociación demandante presentó una solicitud de autorización para una reunión de

veinte personas el día 1 de mayo en el puente del Mont-Blanc en Ginebra. En una fecha no determinada, el departamento de Seguridad, Empleo y Salud contactó por vía telefónica con la asociación y le informó que la autorización sería denegada a los efectos de la Ordenanza COVID-19 núm. 2. El 22 de abril la secretaria de la asociación informó al Departamento de que la asociación decidía abstenerse de organizar la reunión, limitándose a colocar una pancarta en el lugar previsto para la reunión y a instar a los ciudadanos a manifestarse desde sus ventanas y balcones.

En cuanto a la afectación de la Ordenanza COVID-19 núm 2 sobre la organización de eventos públicos en Suiza, hay que precisar que en diez cantones se presentaron solicitudes de exenciones de la prohibición de actos públicos con arreglo al artículo 7 de la Ordenanza y que en seis de los cantones la administración concedió algunas de las exenciones. En lo que a las denegaciones formales respecta, una de las decisiones fue recurrida ante la División Administrativa del Tribunal de Justicia del Cantón de Ginebra. Este es el conocido como caso "Climate Strike" o "Huelga Climática".

3. Perspectiva internacional

A. Consejo de Europa

El 7 de abril de 2020, el Secretario General del Consejo de Europa publicó un informativo titulado *"Respeto de la democracia, el estado de derecho y los derechos humanos en el marco de la crisis sanitaria del COVID-19 – Un conjunto de herramientas para los Estados miembros"* en el que destacaba como gran desafío social, político y jurídico el enfrentamiento de la crisis sanitaria con respeto a los valores fundamentales de la democracia, el estado de derecho y los derechos humanos, garantizando que las medidas adoptadas sean proporcionales a la amenaza que representa la propagación del virus, para lo cual "corresponde a cada Estado evaluar si las medidas que adopta justifican tal suspensión (de derechos), dependiendo de la naturaleza y el alcance de las restricciones aplicadas a los derechos y libertades protegidos por la Convención". Resalta esta potestad como una importante cualidad del sistema, mientras que remarca como inadmisibles una perpetuación indefinida de los poderes excepcionales generales del ejecutivo. En cuanto a las restricciones de la libertad de asociación, establece que sólo están permitidas cuando se establezcan por ley y sean proporcionadas al objetivo legítimo perseguido, incluida la protección de la salud. Con respecto a las sanciones penales, estas "deben estar sujetas a un estricto escrutinio" y "cumplir con el requisito de proporcionalidad del Convenio". El 13 de octubre de 2020, la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa puso de contraste que, si bien del Convenio se deriva la obligación positiva de los estados firmantes de proteger la vida y la salud de sus ciudadanos, esta no otorga libertad para vulnerar derechos y suprimir libertades, y declaró lo siguiente: "Aunque principalmente es una crisis de salud pública, la pandemia de Covid-19 es también un desafío sin precedentes para los derechos humanos y el estado de derecho, los cuales siguen siendo aplicables incluso en tiempos de emergencia nacional." Concretamente, la Convención permite la limitación de derechos siempre que sea (i) legal, (ii) necesaria, (iii) proporcionada al interés público que persigue y (iv) no discriminatoria.

B. Organización de las Naciones Unidas

En septiembre de ese mismo año, el Secretario general de la ONU publicó el segundo *"Informe sobre la respuesta integral de las Naciones Unidas al COVID-19"* en el que

exponía el siguiente enfoque acerca de la gestión de la lucha contra la pandemia: “El objetivo más urgente durante los primeros seis meses de la pandemia (...) ha sido suprimir la transmisión del virus. Con ese fin, los países han implementado medidas de salud pública, incluidas restricciones de movimiento, reuniones públicas (...). Esto requiere medidas de distanciamiento físico (...).” En diciembre, numerosas organizaciones para la defensa de los derechos humanos publicaron una *Declaración Conjunta sobre la Protección del derecho a la libertad de reunión y asociación pacífica en tiempos de Emergencias*, en la que rechazan las situaciones de crisis como motivo suficiente para imponer restricciones indebidas a las libertades públicas, al reivindicar la participación pública como elemento esencial para superar cualquier crisis.

C. Unión Europea

En el contexto de la Unión Europea, el Centro Europeo para la Prevención y el Control de las Enfermedades (ECDC), publicó una recomendación con respecto a las medidas relacionadas con reuniones masivas en la que reconoció que, en el contexto de la COVID-19, estas suponían un riesgo para la salud pública, concretamente afirmando que “pueden provocar la introducción del virus en la comunidad (...) y/o facilitar la transmisión y propagación del virus” y recomendando la cancelación de reuniones masivas en las áreas afectadas para reducir la transmisión del virus. La *Resolución del Parlamento Europeo, de 13 de noviembre de 2020, sobre el impacto de las medidas relacionadas con la COVID-19 en la democracia, el Estado de Derecho y los derechos fundamentales*, establece como condiciones generales para el establecimiento de medidas y para la suspensión y limitación de los derechos fundamentales (i) la necesidad, (ii) la proporcionalidad en sentido estricto y (iii) la temporalidad. Dichas condiciones han sido aplicadas reiteradamente por, entre otros, el órgano judicial que dictó la sentencia analizada, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, aunque en este caso concreto la Gran Sala no consideró preciso valorar el cumplimiento de los mencionados requisitos, sino que omitió pronunciarse sobre el fondo del asunto por razones que serán expuestas y analizadas en este comentario.

II. Razonamiento del tribunal: perspectiva comparada

1. El veredicto de la Sala

Para el análisis de la sentencia emitida por la Gran Sala, considero preciso exponer previamente la sentencia que antecede a la que es objeto de este comentario y que motivó al Gobierno suizo a solicitar la remisión del caso a la Gran Sala.

En esta primera instancia, el Tribunal desestimó la excepción preliminar de falta de condición de víctima presentada por el Gobierno concluyendo que, dado que la asociación demandante se había visto obligada a modificar su comportamiento e incluso a abstenerse de organizar reuniones públicas para evitar posibles sanciones penales, debe reconocerse como víctima de una violación del Convenio. Además, la excepción preliminar por incumplimiento del requisito de agotamiento de los recursos internos fue desestimada en virtud de la ausencia de un recurso efectivo del que la asociación hubiera podido disponer en la práctica para alegar la violación de sus derechos.

Alegó que los tribunales, incluido el Tribunal Supremo Federal (en adelante, “el TSF”), no habían llevado a cabo el exigido ejercicio de ponderación entre los intereses en juego. A ello agregó un nuevo criterio que consideró de especial importancia para evaluar su

proporcionalidad: la calidad del control parlamentario y judicial de la necesidad de una medida general a nivel nacional. Respecto a las disposiciones penales, afirmó que se trataba de sanciones muy severas que podrían tener un efecto paralizador.

Además, destacó que Suiza no había recurrido al artículo 15 de la Convención, que permite a un Estado Parte adoptar determinadas medidas que suspendieran sus obligaciones en virtud de la Convención en tiempo de guerra u otra emergencia pública que amenazara la vida de la nación. En consecuencia, se le había exigido respetar el Convenio en virtud del artículo 1 y cumplir plenamente los requisitos del artículo 11, dentro del margen de apreciación que se le concedía.

En cuanto a la proporcionalidad de la medida en sentido estricto, sostuvo que, atendiendo a la relevancia de la libertad de reunión pacífica en una sociedad democrática, el carácter general y duración de la prohibición, y la severidad de las posibles sanciones, la afectación del disfrute de los derechos garantizados en el artículo 11 no había sido proporcionada a efectos de la finalidad perseguida, considerando que las actuaciones del Estado demandado excedían su margen de apreciación.

Quedó determinada la existencia de una violación del artículo 11 del Convenio, al considerar que el acto impugnado constituía una prohibición general de reuniones públicas durante dos meses y medio al inicio de la pandemia de COVID-19, con sanciones penales asociadas y sin un control judicial de proporcionalidad.

2. El veredicto de la Gran Sala

A la hora de determinar el alcance del caso, la Gran Sala descartó la pretensión de la demandante de emitir un pronunciamiento desde la perspectiva del derecho a la libertad sindical, en la medida en que el planteamiento en segunda instancia de este nuevo argumento equivalía a una nueva imputación relativa a diferentes exigencias de la disposición invocada que no había sido planteada en el momento pertinente ante la Sala. Por tanto, perpetuando su línea jurisprudencial², la queja planteada por la asociación demandante relacionada con la libertad sindical quedó excluida del ámbito de conocimiento del Tribunal.

Haciendo uso de su potestad para examinar las cuestiones relativas a la admisibilidad de las demandas en cualquier fase del proceso, en atención al artículo 35 del Convenio, la Gran Sala reconsideró una decisión acerca de la misma en base a las excepciones preliminares planteadas por el Gobierno, admitiendo las siguientes dos:

A. Ausencia de condición de víctima

En primer lugar, analiza la Gran Sala si la asociación demandante podría pretender ser una "víctima" en el sentido del artículo 34 de la Convención en ausencia de una medida individual adoptada contra ella en base a la legislación impugnada.

Según la jurisprudencia del Tribunal, es posible alegar la violación de derechos conforme al Convenio por parte de una ley incluso en ausencia de una medida individual de implementación cuando las personas que la aleguen hayan sido obligadas a modificar su conducta o correr el riesgo de ser perseguidos o castigados, o cuando hayan

2 Ver, por ejemplo, Denis e Irvine c. Bélgica [GC], núms. 62819/17 y 63921/17, § 98, 1 de junio de 2021

demostrado adecuadamente que pertenecen a una clase de personas que corren el riesgo de verse directamente afectadas por la legislación en cuestión. A este respecto, la Sala concluyó que la asociación demandante pertenecía al primer grupo, ya que se había visto obligada a abstenerse de organizar reuniones públicas para evitar las sanciones penales previstas en la Ordenanza. Sin embargo, únicamente los miembros individuales de la asociación, o sus representantes, habrían estado sujetos a la imposición de sanciones por incumplimiento de la prohibición de reuniones, y no la asociación como persona jurídica, pues, establece el Código Penal que una asociación privada sin ánimo de lucro no puede asumir la responsabilidad penal. En consecuencia, el presente caso no podía compararse con aquellos en los que los demandantes tuvieron que elegir entre cumplir con la legislación impugnada o correr el riesgo de verse directa y personalmente expuestos a sanciones.

Ante la necesidad de determinar si la asociación demandante se había visto afectada directamente por la Ordenanza, la Gran Sala recordó que aquellos casos en que el Tribunal había permitido a los demandantes denunciar una ley en ausencia de medidas de aplicación individuales, se referían a textos que habían sido aplicables a situaciones predefinidas con independencia de los hechos individuales de cada caso y, en consecuencia, era probable que vulneraran los derechos de esas personas con su mera entrada en vigor. La Gran Sala razona que, en el presente caso, la situación no fue tal. Aunque la versión de la Ordenanza en vigor desde el 17 de marzo de 2020 había eliminado las exenciones para "el ejercicio de los derechos políticos", seguían siendo posibles exenciones si así lo justificaba "un interés público superior" y el organizador presentaba un plan de protección adecuado. De hecho, el Gobierno informó que se concedieron varias exenciones durante la aplicación de la Ordenanza, permitiendo varias reuniones en lugares públicos. Por tanto, la Gran Sala no pudo aceptar la conclusión de la Sala de que la prohibición era una "medida general" en el sentido referido.

Además, la asociación demandante había optado por no continuar con el procedimiento de autorización para el evento del 1 de mayo de 2020, incluso antes de recibir una decisión formal de la autoridad administrativa que podría haberse impugnado ante los tribunales. Esta conducta, sin justificación adecuada, afectó a su condición de víctima. El comportamiento de la asociación no solo la privó de su condición de víctima "directa" según el artículo 34 CEDH, sino también, como consecuencia, de la posibilidad de acudir a los tribunales y denunciar una violación de sus derechos a nivel nacional. La estrecha vinculación de la condición de víctima a la posibilidad de agotamiento de los recursos internos propició que la Gran Sala considerase necesario examinar esta cuestión también.

B. Incumplimiento del requisito de agotamiento de los recursos internos

Teniendo en cuenta que la demanda de la asociación demandante no se refería a una violación de su derecho a la libertad de reunión derivada de la negativa a organizar un evento público específico, sino a la prohibición general de tales eventos introducida por la Ordenanza, el Tribunal tuvo que determinar si la asociación demandante había tenido a su disposición en el momento de los hechos un recurso interno que le permitiera revisar la compatibilidad de dicha normativa con las disposiciones de la Convención.

El TEDH reitera la necesidad de aplicación flexible de este requisito, no existiendo obligación de acudir a recursos que sean inadecuados o ineficaces en la práctica. Ahora bien, la existencia de meras dudas sobre la posibilidad de éxito de un recurso no constituye una razón válida para dejar de acudir a esta vía de reparación. La carga de la prueba corresponde al gobierno que alega el no agotamiento, quien debe demostrar que es efectivo y que estaba disponible en la teoría y en la práctica en el momento pertinente. En este caso particular, además del posible recurso contra la medida individual -lo que es irrelevante, pues lo que alega la demandante es la incompatibilidad de la prohibición general de actos públicos contenida en la Ordenanza con el CEDH y no una violación que resulte de la aplicación concreta del mismo-, habría sido posible recurrir a un control de compatibilidad del acto normativo federal mediante decisión prejudicial. Esta posibilidad se desprende de jurisprudencia reiterada del TSF, que ya había examinado numerosos recursos contra medidas anti-covid, incluso prescindiendo del requisito de "interés actual".

En su intento por defender la inexistencia de recurso disponible y eficaz, la asociación demandante alega, en primer lugar, la escasa probabilidad de que el Tribunal se hubiera pronunciado antes de la fecha del evento. La Gran Sala señala la irrelevancia de esta hipótesis, puesto que ese requisito se exige para garantizar la revisión judicial eficaz únicamente para el caso de medidas de aplicación individual. No siendo este el caso, la Gran Sala descarta que este criterio sea decisivo para determinar la eficacia del recurso indicado por el gobierno. En segundo lugar, argumentan una reducida expectativa de éxito, en particular, a la vista del fracasado caso "Huelga Climática". Al respecto, la Gran Sala explica que el TSF había justificado su decisión de no examinar el fondo al no concurrir interés actual en vista de las circunstancias específicas del caso concreto; recuerda que la sentencia fue dictada con fecha posterior a la de la demanda y, por ello, no debía servir como referencia; reitera que las meras dudas sobre la perspectiva de éxito de un recurso particular que no sea evidentemente ineficaz, no suponen razón válida para no agotar esa vía; estima que el gobierno ha presentado ejemplos suficientes para demostrar que los tribunales habitualmente renuncian a exigir el requisito de interés actual para flexibilizar la legitimación activa, incluso en el ámbito específico de la lucha contra la pandemia.

En suma, considera que la conducta de la asociación demandante le privó de su condición de víctima directa en el sentido del artículo 34 del CEDH, así como de la oportunidad de presentar un recurso ante los tribunales y denunciar, a nivel nacional, una violación del Convenio.

Insistiendo en su papel fundamentalmente subsidiario, el Tribunal reitera que en cuestiones de política sanitaria el margen de apreciación otorgado a los Estados es amplio y que los tribunales nacionales deberían tener inicialmente la oportunidad de determinar cuestiones relativas a la compatibilidad del derecho interno con la Convención. Deben ser los tribunales nacionales quienes interpreten y apliquen el derecho interno garantizando los derechos y libertades definidos en el Convenio y sus protocolos pues están, a priori, en una posición más óptima que el juez internacional para evaluar las necesidades locales y decidir qué es "interés público", para lo que se les debe conceder un amplio margen de apreciación, como ha afirmado el tribunal en repetidas ocasiones. En particular, esto debe ser así con mayor intensidad cuando la labor consista en un juicio de equilibrio respecto de una medida restrictiva determinada que afecte al ejercicio de un

derecho en aras de la protección de otro, esto es, verificar su necesidad y proporcionalidad. Más aún en este contexto altamente sensible y sin precedentes, las autoridades nacionales debían tener la oportunidad primaria de lograr dicho equilibrio atendiendo a las condiciones y necesidades internas.

3. El voto disidente

La línea argumental que se opone al veredicto de la Gran Sala segunda sustancialmente la sentencia de la Sala en base a la defensa del derecho de reunión pacífica como vehículo fundamental de la expresión democrática ciudadana, por lo que no comparten la invalidación de la sentencia de la Sala. Muy por el contrario, los cinco jueces detractores sostienen que las excepciones preliminares de falta de condición de víctima y de no agotamiento de los recursos internos no debían ser admitidas. En cuanto a la primera excepción, aducen que la demandante encaja en las categorías de víctima que la jurisprudencia del tribunal reconoce en ausencia de medida de aplicación individual, estas son: haber sido obligada a modificar su conducta so pena de ser perseguida y haber demostrado suficientemente que pertenecen a una clase de personas afectadas o que corren el riesgo de verse afectadas directamente por la legislación en cuestión. Alegan al respecto la incapacidad del Gobierno de citar ejemplos de concesión de ninguna exención en todo el territorio suizo y exponen, como también hizo la Sala en primera instancia, el ejemplo de la “Huelga climática” en que se desestimó la solicitud de autorización. Además, en cuanto a la segunda excepción preliminar, afirman que “parece” que todas las exenciones concedidas a las que se refiere el Gobierno se otorgaron respecto de manifestaciones de carácter apolítico u organizadas por las propias autoridades lo que, consideran, demuestra que los recursos disponibles en teoría no lo estaban en la práctica.

III. Crítica: los límites a la protección de derechos

La calificación de esta crisis como una “situación excepcional”, que es premisa de la referida sentencia, tiene su fundamento, principalmente, en la concurrencia de los siguientes dos elementos: en primer lugar, una circunstancia común de alto riesgo que afectó de manera generalizada a todos los Estados del Consejo de Europa; en segundo lugar, la adopción de medidas análogas y de idéntica naturaleza bajo coberturas jurídicas diferentes. Las consecuencias jurídico-políticas derivadas de la necesidad de reaccionar frente a la amenaza sanitaria, generaron un contexto en el que la protección de la salud supuso, a menudo, un peligro para el mantenimiento del estado de derecho, lo que puso al TEDH en alerta obligándole, en numerosas ocasiones, a examinar la aplicación coherente del CEDH por parte de los Estados contratantes³.

1. Control del TEDH sobre restricciones de derechos: Proporcionalidad, margen de apreciación y consenso europeo

Si bien algunos instrumentos convencionales del Derecho internacional de los derechos humanos prevén la posibilidad de derogación de las obligaciones derivadas de los mismos en circunstancias graves, ello no libera al Estado del cumplimiento del “imperio de la ley” o el Estado de Derecho. El artículo 15 del CEDH, en su primer apartado, establece que: “En caso de guerra o de otro peligro público que amenace la vida de la nación, cualquier Alta Parte Contratante podrá tomar medidas que deroguen las obligaciones previstas en el presente Convenio en la estricta medida en que lo exija la situación, y a

3 Petit de Gabriel, E. W. (2023). Una “prueba de estrés” para el estado de derecho: derogación, limitación y violación del CEDH en tiempo de pandemia. *Revista General de Derecho Europeo, Iustel*. Disponible en https://www.iustel.com/v2/revistas/detalle_revista.asp?id_noticia=423030&d=1&popup=

condición de que tales medidas no estén en contradicción con las restantes obligaciones que dimanen del derecho internacional." La regulación material de la derogación establece como límite infranqueable ciertos derechos que, a priori, no pueden ser objeto de derogación (los denominados *strong rights*⁴), puesto que no lo prevé así el Convenio o sus protocolos. Entre otros derechos inderogables, destacamos, por su relevancia para el desarrollo de este comentario, el derecho a la vida recogido en el artículo 2⁵. El TEDH podrá ocuparse del control de las derogaciones efectuadas, aunque será un control subsidiario del nacional.

A este respecto, la Sala hace referencia en su sentencia al mencionado artículo 15 del CEDH, exponiendo que Suiza, en tanto que no había recurrido a dicho instrumento de derogación recogido en la Convención, no tenía permitido adoptar medidas que suspendieran sus obligaciones en virtud de la Convención y que, por ello, debía dar un cumplimiento absoluto al artículo 11 en virtud del artículo 1 de la Convención. Sin embargo, estas alegaciones en relación a la no utilización de dicha cláusula por parte del Gobierno suizo son impertinentes teniendo en cuenta la prescindibilidad de recurrir a esa posibilidad en tanto en cuanto la naturaleza de la medida adoptada por el Decreto impugnado no era pretender una prohibición absoluta, sino que, por contrario, preveía exenciones a la misma. Sólo si la conducta del Estado no pudiera quedar amparada por una limitación de las reconocidas por el propio CEDH, el tribunal entrará a analizar su eventual cobertura por una derogación conforme al artículo 15 CEDH.

La contención y gestión de la pandemia ha sido afrontada por numerosos Estados del Consejo de Europa aplicando medidas de limitaciones de derechos, sin derogarlos. Con la finalidad de determinar la licitud de las limitaciones o restricciones generadas por las eventuales medidas, el TEDH podrá ejercer un control sobre: (i) la determinación del derecho eventualmente limitado; (ii) el análisis del "consenso" europeo en relación a las medidas concretas adoptadas que sirve de base para definir el margen de apreciación del que goza el Estado; y, por último, (iii) el cumplimiento de los requisitos propios de las limitaciones del derecho en cuestión, tanto por la medida adoptada como por su aplicación al caso concreto.

i) Puesto que una misma medida puede analizarse desde la perspectiva de dos o más derechos diferentes, la elección de cuál (o cuáles) es el derecho afectado condiciona el análisis de las limitaciones admisibles. En este caso, inicialmente, se plantea el análisis desde el punto de vista del derecho de reunión pacífica recogido en el artículo 11 sin mayor complicación. Sin embargo, posteriormente, la demandante incorpora una estrategia de transfiguración de la perspectiva del caso añadiendo a su queja la dimensión de la libertad sindical, precisamente para asegurar que el Tribunal mantuviera su postura en cuanto a que esa limitación constituía una afectación ilícita al derecho, ya fuere por la vía del derecho de reunión o la de libertad sindical. Sin embargo, la Gran Sala aplica un criterio restrictivo por el cual deja fuera del caso esta última dimensión del derecho de reunión, incompatible con el deber del TEDH de examinar las posibles restricciones

4 Se refiere al grupo de derechos que no contiene una cláusula de limitación. CROQUET, N. A. J., "The International Criminal Court and the Treatment of Defence Rights: A Mirror of the European Court of Human Rights' Jurisprudence?", *Human Rights Law Review*, vol. 11, 2011, n. 96, p. 104. Croquet explica esta diversidad en la tipología de derechos del Convenio en razón de las distintas posiciones mantenidas por los Estados que negociaron el texto.

5 El TEDH ha afirmado una y otra vez que, salvo los derechos inderogables, los derechos no son absolutos. Petit de Gabriel, E. W. (2023). Una "prueba de estrés" para el estado de derecho: derogación, limitación y violación del CEDH en tiempo de pandemia. *Revista General de Derecho Europeo, Iustel*. Disponible en https://www.iustel.com/v2/revistas/detalle_revista.asp?id_noticia=423030&d=1&popup=

sobre derechos diferentes de los expresamente contemplados por ciertas medidas restrictivas. Esto es, ciertas medidas pueden crear una cadena múltiple de afectación de derechos, debiendo distinguirse la limitación directa de un derecho de las limitaciones indirectas o en cadena que la primera puede generar. Tal sería el caso, por ejemplo, de la relación entre la limitación de la movilidad y sus consecuencias sobre el derecho de reunión y manifestación, el derecho a la vida de familia, la libertad religiosa o el derecho a la educación.

ii) La noción de “consenso” es el instrumento empleado por el TEDH para definir el “margen de apreciación” del Estado al limitar un determinado derecho, noción a la que acude, a su vez, para determinar la validez de la afectación del derecho. Dicho concepto de margen de apreciación suele ir justificado por la idea de que es el Estado quien se encuentra en mejor situación para apreciar las circunstancias que justifican una determinada regulación, aunque sujeto siempre al control por el TEDH. Este “best placed” argument, que es manifestación clara del principio de subsidiariedad, será afrontado en el apartado siguiente, relativo al agotamiento de recursos internos.

Los dos hechos que singularizan esta situación (una amenaza común a los Estados del Consejo de Europa y la adopción generalizada de medidas similares) pueden justificar un planteamiento novedoso en el análisis del TEDH de las medidas adoptadas en el marco de la pandemia. Concretamente, la existencia de un legítimo interés público como la protección de la salud en un contexto de alto riesgo como el de la pandemia, puede llevar al TEDH a invertir la carga de la prueba hacia el particular, estableciendo un mayor margen de apreciación al Estado incluso en supuestos de medidas que no gocen del más amplio consenso en el conjunto de los Estados del Consejo de Europa. Así se debió haber efectuado la interpretación de la demanda desde un inicio.

iii) Con el fin de dilucidar el cumplimiento de los requisitos, el TEDH ha evaluado la legalidad de la medida, la finalidad legítima de la limitación, la necesidad y proporcionalidad de la misma, así como su naturaleza no discriminatoria, todo ello tanto en abstracto como atendiendo a su aplicación en el caso concreto. Además, las medidas de limitación establecidas deben satisfacer una finalidad legítima. Los motivos de limitación permitidos están tasados y toda limitación de derechos que trate de ampararse en un fundamento distinto será ilícita con carácter general. La salud es uno de esos objetivos de interés general que puede justificar limitaciones de derechos.

Paradójicamente, podríamos encontrarnos en la tesitura de que el TEDH deba examinar alegaciones referentes a la propia falta de adopción de medidas limitativas de derechos (restricción de la movilidad, al derecho de reunión y/o manifestación, medidas de alejamiento o distanciamiento social, u otras) en ciertos Estados del Consejo de Europa como vulneración de los deberes positivos del Estado en relación con los derechos a la vida y la integridad física. En este sentido, el concepto de margen de apreciación y el de consenso de los Estados podrá ser el instrumento clave que permita al TEDH acercarse a una posible determinación del equilibrio entre fines públicos y protección individual.

2. El fondo del asunto: ¿Constituye la medida impugnada una violación del CEDH?

En una primera panorámica comparativa entre la Sala y la Gran Sala, contrasta la limitada investigación de derecho interno y una escasa profundización jurisprudencial propia del razonamiento llevado a cabo por la Sala, frente al análisis de la Gran Sala en que puede

observarse una mayor precisión jurídica y conocimiento técnico, así como numerosas referencias a jurisprudencia del Tribunal cuya labor hermenéutica, como máximo órgano interpretativo del CEDH, es básica para conocer el contenido y alcance de los derechos fundamentales, así como los criterios a tener en cuenta para la resolución de conflictos entre los derechos objeto de estudio.

Tomándome la licencia de entrar a analizar el fondo -este es, dilucidar si la medida impugnada es proporcional o, por contrario, constituye una violación del CEDH-, sin perjuicio de que la Gran Sala no llegara a pronunciarse sobre el mismo al declarar la inadmisión de la demanda, sostengo que no es adecuada la perspectiva adoptada por la Sala en primera instancia, en tanto en cuanto el juicio de ponderación realizado incurre en una grave imprudencia, fruto del idealismo, al relegar, en el marco de una crisis sanitaria de tal envergadura, a un segundo plano el interés general de la salud pública. Resultado que se deriva, principalmente, de un limitado, si no inexistente, estudio del derecho interno suizo.

Me atrevo a afirmar que, en absoluto, la Sala contempló la necesidad de conceder a los Estados el margen de apreciación que, como el Tribunal ha llegado a afirmar en numerosas ocasiones, debe ser amplio⁶, sino que se limitó a sustituir esa exigencia del tribunal por la imposición de un imperio absoluto de los derechos de reunión y asociación, como un bien preponderante sobre los demás y protegido incluso por encima de la vida y la salud. Este tipo de crisis ponen de manifiesto la relevante utilidad práctica de la limitación de algunos derechos en aras de la protección de otros, siendo esta una potestad reconocida a los Estados por el propio CEDH con ninguna otra finalidad que la de hacer factible la obligación de proteger los derechos y libertades consagrados en el mismo. Potestad que no debe ser ignorada ni relegada a un segundo plano y, mucho menos, desprestigiada -por aquellos que la califican como una grave amenaza a los derechos- o pervertida -por quienes abusan de ella aplicándola desproporcionadamente-. Es más, el Convenio establece una doble clasificación cuando reconoce el derecho de reunión y asociación como uno de los derechos derogables, entre otros, mientras que el derecho a la vida no lo es de ninguna de las maneras y bajo ningún concepto o situación. Esto pone de relieve que la responsabilidad del Estado de proteger los derechos y libertades es aún más exigible cuando se trata de derechos absolutos como la vida y la salud que cuando se trata de derechos limitables, en tanto en cuanto estos últimos son "sacrificables".

La Gran Sala aporta, al parecer de quien escribe, un criterio más maduro y realista respecto al juicio de proporcionalidad al valorar la naturaleza excepcional y sin precedentes del contexto que planteó a los Estados el desafío de garantizar la protección de la vida y la salud de los ciudadanos y, por tanto, la necesidad de tomar acción a través de medidas que hicieran frente a la propagación del virus, sin que ello fuera, de ninguna manera, el único desafío. A este respecto concuerdo con las siguientes palabras que pronuncia la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa en su Resolución sobre el impacto de la pandemia de Covid-19 en los derechos humanos y el estado de derecho: "Aunque principalmente es una crisis de salud pública, la pandemia de Covid-19 es también un desafío sin precedentes para los derechos humanos y el estado de derecho". Y, sin embargo, no debió la Sala haber perdido de vista el desafío prioritario, que era la crisis sanitaria, como razonablemente resaltó el Secretario general de la ONU en el "Informe sobre la respuesta integral de las Naciones Unidas al COVID-19". Siendo este el reto principal y

6 Ver *Hristozov y otros c. Bulgaria*, núms. 47039/11 y 358/12, §§ 119 y 124, TEDH 2012

el objetivo último de la implementación de medidas restrictivas de derechos, que eran *ex ante* idóneas y se comprobaron *ex post* eficaces para la consecución de dicho fin, no queda otra opción si no la de reconocer la proporcionalidad de los medios cuyo fin perseguido era, no sólo legítimo sino, además, una obligación de los Estados derivada del propio Convenio.

La implementación de medidas preventivas como las que son objeto en esta demanda fue recomendación de una vasta mayoría de organizaciones y autoridades de salud pública, que ponían de relieve la idoneidad de las mismas para la contención del drástico aumento de contagios. Concretamente, el 12 de marzo de 2020, el mismo Centro Europeo para la Prevención y el Control de Enfermedades, recomendó medidas de distanciamiento social, incluido el aislamiento inmediato de las personas sintomáticas, la suspensión de reuniones masivas y el distanciamiento social en el lugar de trabajo.

Contrariando el posicionamiento de la Sala en cuanto a la proporcionalidad de la medida en sentido estricto, me cabe precisar que esta no constituía una afectación, en absoluto, tan grave. Ello, en primer lugar, en base al hecho de que en los tiempos actuales de avance tecnológico en que vivimos absolutamente interconectados a través de las redes sociales, la telefonía móvil, y una multitud de medios de comunicación al alcance de la práctica totalidad de la ciudadanía, restringir la libertad de reunión pacífica no equivale necesariamente a una restricción absoluta de la libre expresión democrática, cuyo ejercicio puede hacerse efectivo por las vías alternativas de las que hoy disponemos y en el momento de la impugnación se disponía. Así lo declaró la División Administrativa del Tribunal de Justicia del Cantón de Ginebra en una sentencia el 18 de agosto de 2020, al considerar que “la causa climática podría haberse defendido a través de otros medios, como las redes sociales”. Es más, los mencionados medios de comunicación se han demostrado, a menudo, más eficaces en cuanto al alcance de la difusión de información y divulgación de ideas. Por otro lado y, como pieza clave para un apropiado juicio de equilibrio, la prohibición de organizar y participar en eventos públicos no podría calificarse de absoluta puesto que se preveían excepciones a la misma. Excepciones que ya habían sido concedidas en seis cantones de los diez en que fueron solicitadas, tal y como el Gobierno exhaustivamente ejemplificó en sus alegaciones ante la Gran Sala.

Para reforzar este razonamiento, finalizo con una referencia a la aportación del gobierno francés como tercero interviniente sobre el fondo del asunto, en cuanto a la necesidad y proporcionalidad de la medida controvertida. En suma, consideró que el carácter altamente técnico de las cuestiones sanitarias planteadas por la pandemia impedía evaluar a posteriori la idoneidad de decisiones adoptadas urgentemente en un contexto de incertidumbre, con conocimientos científicos incompletos y en constante evolución disponibles para las autoridades de los Estados miembros al momento de establecer dichas restricciones sanitarias y que, dado el interés en proteger la salud pública y la urgencia e imprevisibilidad de la crisis pandémica, debía concederse a los Estados un amplio margen de apreciación.

3. Una premisa para la inadmisión de la demanda

La existencia de una vía interna eficaz y disponible constituye la piedra angular y su determinación motivaría, en las oscilantes sentencias, a admitir o inadmitir la excepción preliminar de agotamiento de recursos internos. Debe ser destacado el voto disidente de la Sala que concluye que, si bien es cierto que los tribunales no llevaron a cabo la precisa

revisión, esta omisión no fue *motu proprio*, sino que es imputable a las acciones que llevó a cabo la asociación demandante, no permitiendo a los tribunales estar en condición de hacerlo. La crítica principal que el voto disidente dirige a la mayoría de la Sala se refiere, por tanto, a la decisión de acusar a las autoridades judiciales nacionales de omisiones imputables a la asociación demandante. A este respecto, cabe precisar las siguientes aclaraciones que serán determinantes para explicar la segunda excepción preliminar relativa al agotamiento de recursos internos (ver infra):

a. *La disponibilidad de recurso interno.* Según la asociación demandante, su caso no versaba sobre una denegación de autorización de un evento determinado, sino sobre la adopción de un marco jurídico restrictivo que impedía, durante dos meses y medio, organizar cualquier evento. Afirmó que “tal medida no podía impugnarse directamente en el contexto de procedimientos individuales”, y la imposibilidad de que los tribunales suizos “se pronunciaran sobre la compatibilidad de una norma jurídica con la norma de rango superior” y que la potencial constatación de una violación del derecho de reunión pacífica “no permitiría en modo alguno reparar el daño causado por una prohibición general”. Concluyó que “no tenía medios disponibles para obtener un examen de la presunta violación de sus derechos”. De esta manera, la asociación demandante bien pretendía deliberadamente eludir los tribunales nacionales o cometía un grave error en cuanto al derecho interno. Sin embargo, si bien tal vez no pudo impugnar la legalidad (en el sentido amplio de una norma de rango superior) del decreto impugnado mediante una revisión directa, ciertamente disponía de otro medio para obtener satisfacción, a saber, una excepción de ilegalidad, como quedó demostrado por el gobierno.

b. *La distinción entre recurso directo y excepción de ilegalidad.* A pesar de que una declaración de ilegalidad de una disposición legal mediante un procedimiento de impugnación directa y la obtención de la misma conclusión a través de un procedimiento para declarar ilegal una decisión administrativa individual son vías procesales fundamentalmente diferentes, resultan igualmente eficaces a nivel individual. Una alegación de ilegalidad es medio suficiente para la salvaguarda de derechos e intereses de los individuos. La asociación demandante podría haber solicitado autorización para celebrar un acto y, en caso de que le fuera denegada, impugnar dicha decisión por considerarla ilegal, en tanto que su fundamento era un texto legislativo a su vez ilegal por violar una norma de mayor rango. Es erróneo afirmar, como hace la asociación demandante, que los tribunales suizos “no tenían competencia para pronunciarse sobre la compatibilidad de una norma jurídica con la norma de rango superior”, ya que eso es exactamente lo que hizo el Tribunal Supremo Federal en su sentencia de 24 de abril de 2021, mencionada en la presente sentencia⁷.

El voto disidente de la Gran Sala sigue los pasos del inicial razonamiento llevado a cabo por la Sala destacando la crucial misión de los tribunales ante situaciones como la expuesta a la hora de asegurar que las normas respetan el principio de proporcionalidad. Exponen jurisprudencia del TEDH que especifica que cuando el momento de los actos públicos es crucial para los organizadores y participantes, como lo fue la fecha del 1 de mayo en el presente caso, la existencia de recurso efectivo implica la posibilidad de obtener una sentencia relativa a la autorización del acto antes de la hora prevista para

7 Ver *Marckx c. Bélgica*, 13 de junio de 1979, Serie A TSF en su sentencia de 24 de abril de 2021 núm. 31, § 27

su celebración⁸. Sin embargo, en este intento de argumentación parecen olvidar que los tribunales nacionales no podían, de ninguna manera, haber dictado una decisión final a causa, precisamente, del comportamiento de la propia asociación demandante al retirar su solicitud, tal y como desarrolla la Gran Sala en su razonamiento.

4. El “as en la manga” del gobierno suizo: las excepciones preliminares

Esta cuestión al ser, indudablemente, la que suscita una mayor controversia y, por ende, la materia principal sobre la cual versa la sentencia emitida por la Gran Sala, debe ser tratada con toda la precisión posible y así trataré de hacerlo en este epígrafe.

Las condiciones de admisibilidad de las demandas ante el TEDH vienen determinadas en el artículo 47 del Reglamento del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que establece que podrán ser demandantes cualesquiera personas físicas o jurídicas (de forma individual o colectiva) que sean nacionales de un Estado firmante del Convenio y se consideren víctimas de una violación de algún derecho contenido en el Convenio. Establece unos requisitos formales que toda demanda debe cumplir para poder ser admitida a trámite y, por lo tanto, para que pueda existir un examen sobre el fondo. De entre ellos, la disposición más relevante al caso es la que establece que solo se podrá acudir a la jurisdicción del TEDH una vez *agotados todos los recursos nacionales disponibles* para solventar la violación de DDHH, con la salvedad de que este requisito no se exigirá si en la jurisdicción nacional no existiera recurso efectivo disponible.

Respecto al veredicto de la Sala por el cual inadmite las excepciones preliminares, se observa que carece de un análisis profundo de las consecuencias de las actuaciones de la asociación demandante, así como de la recurribilidad del acto impugnado (analizada supra), aspecto determinante para la admisibilidad de la demanda interpuesta que, como bien estima la Gran Sala, nunca debió haber sido admitida.

A. Sobre la condición de víctima

El concepto de víctima ha sido objeto de amplia elaboración por parte de la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo, que ha construido una noción autónoma e independiente a las reglas de Derecho interno, constituida por los siguientes elementos⁹:

i) El actor debe acreditar que ha sido víctima directa de la acción u omisión constitutiva de la presunta violación de derechos o libertades reconocidos en el Convenio¹⁰, es decir, que ha visto lesionados sus derechos por la decisión o medida interna, debiendo existir un vínculo claro entre él y la violación alegada¹¹. Condición que debe mantenerse a lo largo del procedimiento¹², de lo contrario, se archivará la demanda; ii) La consideración de víctima no requiere que concurra un perjuicio tangible¹³. Ello sin perjuicio de que, padecido un daño, la víctima de violación de un derecho podrá, al ejercer la acción, pretender que éste le sea reparado; iii) El Tribunal ha venido considerando inadmisibles las demandas cuya pretensión sea ejercer una *actio popularis* o acción popular, esto es, una

8 Ver *Bączkowski y otros c. Polonia*, 3 de mayo de 2007, núm. 1543/06, §§ 81-82

9 Analizados en profundidad por el Servicio de Estudios del Parlamento Europeo (*Los recursos de los particulares ante las más altas jurisdicciones. Consejo de Europa: TEDH; 2017*)

10 *ST. Amuur c. Francia*, de 25 de junio de 1996, par. 36

11 *D. Mendes Godinho c. Portugal* de 5 de febrero 1990

12 *ST. Ohlen c. Dinamarca*, de 24 de febrero 2005

13 *ST Huvig c. Francia* de 24 de abril de 1990, par. 35

queja abstracta y genérica o presentada en nombre de un grupo indeterminado de personas; iv) El Tribunal ha reconocido la condición de víctima a las llamadas víctimas potenciales, estas son, personas que se encuentran en riesgo de padecer una violación de sus derechos¹⁴. No obstante, para poder ser considerada víctima potencial, la persona debe aportar pruebas convincentes de que puede producirse, efectivamente, una violación de la que sería sujeto pasivo; v) El Tribunal ha reconocido, además, una noción de víctima indirecta para aquellos supuestos en los que existe un vínculo personal entre la víctima y el demandante. Para poder referirnos a víctima indirecta debe, en primer lugar existir una víctima directa de una violación del Convenio y, seguidamente, un estrecho vínculo entre aquella y al demandante. A estos efectos, puede considerarse víctima indirecta a los familiares próximos de la víctima directa de la violación, como su esposa o viuda e hijos (ST. Mitrovic c. Serbia, de 21 de marzo de 2017, par. 26), su madre, sus sobrinos o sus herederos (ST D.A. y otros c. Italia, de 14 de enero de 2016, par. 90-91).¹⁵

Es cierto que el TEDH ha reconocido la necesidad de evitar una interpretación rígida, inflexible y mecánica de la noción de víctima toda vez que ello pudiera significar una protección de los derechos ineficaz e ilusoria. Sin embargo, el peligro de una interpretación excesivamente amplia por la cual se comenzaran a admitir pretensiones de víctimas en un sentido abstracto, podría resultar en una fatal desconfiguración del sistema del Convenio poniendo en jaque el principio de soberanía estatal y derrumbando los pilares de protección de derechos, además de generar una sobrecarga de demandas ante el TEDH que le impidiera destinar sus recursos a tratar aquellas demandas que sí cumplen las condiciones para ser admitidas, cuando precisamente en estos casos el procedimiento ante el TEDH es la única opción disponible para solicitar el resarcimiento de daños fruto de una supuesta violación del Convenio, al no disponer de otra vía interna.

B. Sobre el agotamiento de recursos internos

La exigencia del agotamiento de la vía interna implica la interposición de los recursos contemplados por el derecho interno ante los tribunales competentes cumpliendo las formas requeridas¹⁶. A este respecto, el TEDH recuerda en reiterada jurisprudencia su carácter subsidiario en tanto en cuanto los tribunales internos son los que, en primer lugar, deben velar por la garantía y protección de los derechos reconocidos en el CEDH. En este sentido, los Estados responderán ante un organismo internacional siempre que hayan tenido la oportunidad de solucionar la situación a través de sus medios internos. Todo el que pretenda solicitar un control de este tipo por parte del TEDH tiene la obligación de emplear, en primer lugar, los recursos que le ofrece su sistema jurídico.

Así, la obligación de agotar los recursos internos impone a los demandantes hacer un uso adecuado de los recursos disponibles, de manera que les permita obtener la reparación de las violaciones que alegan. Por tanto, sin perjuicio de que el TEDH, como protector último de los derechos reconocidos en el CEDH, pueda llegar a conocer de sus posibles violaciones, es el Estado quien, en primera instancia, debe proteger, garantizar y, en su

14 ST Soering c. Reino Unido, de 7 de julio de 1989

15 Hay que atender al reciente cambio de criterio sobre el concepto de víctima a raíz del caso R.M.Y.B. y A.G.Y. vs. España, de 4 de abril de 2024, por el cual el TEDH modifica su doctrina restringiendo la interpretación. De mantener este criterio, quienes pretendan ejercer su derecho ante el TEDH deberán acreditar el padecimiento de un perjuicio directo, quedando excluidas de la consideración de víctimas a quienes la violación del CEDH les cause un perjuicio indirecto a pesar de que tengan un interés válido y personal. (Castillo, 2024)

16 Ariño, O. B. (2021). Notas de jurisprudencia del TEDH. *Revista de Administración Pública*, 211-228. doi:<https://doi.org/10.18042/cepc/rap.214.08>

caso, sancionar las violaciones de derechos previstos en el CEDH, con carácter previo a la protección internacional. Esta subsidiariedad propia de sistemas internacionales de protección, es una garantía de la soberanía del Estado que se configura como requisito procesal necesario para la admisibilidad de demandas ante el TEDH.

El requisito de agotar los recursos internos cuando existe incertidumbre sobre su disponibilidad o eficacia es también objeto de una jurisprudencia inequívoca por parte de la Corte. Los solicitantes tienen la obligación de agotar únicamente aquellos recursos que estén disponibles y sean eficaces, en el momento pertinente, es decir, que sean accesibles y capaces de proporcionar al solicitante reparación por sus quejas y que tengan perspectivas razonables de éxito¹⁷. La existencia de los remedios en cuestión debe ser suficientemente cierta no sólo en teoría sino también en la práctica. Si bien es cierto que la jurisprudencia nacional debe estar suficientemente consolidada en el ordenamiento interno, la simple incertidumbre sobre la eficacia de un recurso no es razón válida que pueda ser alegada por el demandante ante la no utilización del mismo¹⁸.

Además, el Tribunal ha reiterado periódicamente que la aplicación de esta norma debe gozar de cierto grado de flexibilidad y evitando un formalismo excesivo¹⁹, sin que ello suponga habilitar al Tribunal a dispensar a las partes demandantes de su obligación de agotar los recursos internos. Consecuentemente, la Gran Sala responde de conformidad con su propia doctrina.

Conclusiones

El voto disidente de la sentencia objeto de este comentario lamenta que la mayoría de la Gran Sala haya dejado pasar la oportunidad de desarrollar un “derecho de crisis” dejando a los Estados contratantes un margen de improvisación repleto de peligros y riesgos de abuso. Más, sin embargo, debemos agradecer la oportuna aplicación de límites frente a la desenfundada conquista de una irracional creencia que venera el valor incuestionable de los derechos en sí mismos y que olvida su cualidad instrumental al servicio del ciudadano, casi como si cobraran vida propia y debieran ser protegidos incluso por encima del interés tanto general como individual.

Sin duda, el veredicto de la Gran Sala pone de relieve que la protección de derechos, lejos de ser una misión absoluta, debe ser coherente con una serie de directrices que son indispensables para mantener la armonía del sistema. La relevancia de este juicio es su labor por recordar que, en particular, debe respetarse el principio de subsidiariedad característico de nuestro ordenamiento internacional, que se hace efectivo permitiendo a los Estados, en primera instancia, cumplir con su papel fundamental en el sistema de protección del Convenio.

17 Ver *Sejdovic c. Italia* [GS], n.º 56581/00, § 46, TEDH 2006 - II, y *Paksas c. Lituania* [GS], n.º 34932/04, § 75, TEDH 2011

18 Ver *Epözdemir y Betaş Epözdemir contra Turquía* (dec.), núms. 49425/10 y 51124/10, 22 de octubre de 2019; *Milosevic contra los Países Bajos* (dec.), núm. 77631/01, 19 de marzo de 2002; *Pellegriti contra*

19 Ver *Ringeisen c. Austria*, 16 de julio de 1971, § 89, Serie A núm. 13, y *Gherghina c. Rumania* (dec.) [GC], n. 42219/07, § 87, 9 de septiembre de 2015

Referencias bibliográficas

- Ariño, O. B. (2021). Notas de jurisprudencia del TEDH. *Revista de Administración Pública*, 214, 211-228. <https://doi.org/10.18042/cepc/rap.214.08>
- Carballo, C. O. (2020). Derecho de manifestación en tiempos de pandemia. *Revista Administración y Ciudadanía*, 15(2). <https://doi.org/10.36402/ac.v15i2.4702>
- Castillo, R. (2024, 20 de mayo). El TEDH modifica y restringe su doctrina respecto al artículo 34 CEDH y el concepto de víctima. De la Competencia. <https://www.delacompetencia.es/el-tedh-restringe-el-concepto-de-victima-de-violacion-de-derechos/>
- Petit de Gabriel, E. W. (2023). Una "prueba de estrés" para el estado de derecho: derogación, limitación y violación del CEDH en tiempo de pandemia. *Revista General de Derecho Europeo*, Iustel. https://www.iustel.com/v2/revistas/detalle_revista.asp?id_noticia=423030&d=1&popup=
- Servicio de Estudios del Parlamento Europeo. (2017). Los recursos de los particulares ante las más altas jurisdicciones. Consejo de Europa: TEDH. Unidad Biblioteca de Derecho Comparado. [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2017/608734/EPRS_STU\(2017\)608734_ES.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2017/608734/EPRS_STU(2017)608734_ES.pdf)
- Tribunal Europeo de Derechos Humanos. (1981, 22 de octubre). *Case of Dudgeon v. The United Kingdom* (Application no. 7525/76).
- Tribunal Europeo de Derechos Humanos. (2019, 8 de octubre). *Denis and Irvine v. Belgium* (Applications nos. 62819/17 and 63921/17).
- Tribunal Europeo de Derechos Humanos. (2022, 15 de marzo). *Caso Communauté Genevoise D'action syndicale (CGAS) contra Suiza* (Application no. 21881/20).
- Vargas-Zúñiga, Á. D.-B. (s.f.). Requisitos de admisibilidad de la demanda ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Abogacía Española.

La conexidad entre la garantía de acceso a la justicia y la erradicación de prácticas de violencia obstétrica como estandarte internacional

The connection between the guarantee of access to justice and the eradication of practices of obstetric violence as an international standard

Julieta García Gómez¹

DOI: [https://doi.org/10.37767/2591-3476\(2024\)16](https://doi.org/10.37767/2591-3476(2024)16)

Comentario a

Rodríguez Pacheco y otra Vs. Venezuela, Sentencia del 01 de septiembre de 2023
Corte Interamericana de Derechos Humanos

Acceso al Fallo

RESUMEN:

La Corte Interamericana de Derechos Humanos declaró responsable internacionalmente a la República Bolivariana de Venezuela por vulnerar derechos fundamentales de Balbina Francisca Rodríguez Pacheco y su núcleo familiar, en un caso de violencia de género en su modalidad obstétrica, mala praxis médica y denegación del acceso a la justicia.

El proceso penal estuvo marcado por una serie de irregularidades que incumplían los estándares interamericanos del plazo razonable y con ello hicieron nugatorio el derecho a acceder a la justicia de la Sra. Rodríguez Pacheco.

Estas malas prácticas procesales tienen como efecto negativo la perpetuación de prácticas violentas arraigadas en los centros de salud en contra de las mujeres que asisten a ellos y permite que se vulneren sus derechos a la salud y a su integridad personal, por lo cual, es un deber del Estado garantizar mecanismos eficientes para la debida investigación de este tipo de hechos para un efectivo acceso a la justicia.

ABSTRACT

The Inter-American Court of Human Rights declared the Bolivarian Republic of Venezuela

¹ Abogada (UNC). Adscripta Derecho Penal I en la Universidad Nacional de Córdoba. Se desempeña como Secretaria de Actuaciones en el Ministerio Público Fiscal en la Unidad Judicial N° 21 de la Provincia de Córdoba. Correo: abjgarciagomez@gmail.com. Nro. de ORCID: <https://orcid.org/0009-0000-0201-3719>

internationally responsible for violating the fundamental rights of Balbina Francisca Rodríguez Pacheco and her family, in a case of gender violence in its obstetric modality, medical malpractice and denial of access to justice.

The criminal process was marked by a series of irregularities that failed to comply with the inter-American standards of a reasonable time and thus made Ms. Rodríguez Pacheco's right to access justice null and void.

These poor procedural practices have the negative effect of perpetuating violent practices rooted in health centers against the women who attend them and allow their rights to health and personal integrity to be violated, which is why it is a duty of the State to guarantee efficient mechanisms for the due investigation of this type of events for effective access to justice for their victims.

PALABRAS CLAVE: Mala praxis; Violencia obstétrica; Plazo razonable; Acceso a la justicia; Estereotipos de género.

KEY WORDS: Malpractice; Obstetric violence; Reasonable term; Access to justice; Gender stereotype

I. Introducción

En el presente artículo analizaremos el caso de Balbina Francisca Rodríguez Pacheco y familiares vs. la República Bolivariana de Venezuela sometido a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos el 22 de marzo del 2021.

El 13 de agosto de 1998 la señora Rodríguez Pacheco ingresó a un centro privado de salud para una cesárea programada. Previo a ello, la señora como el equipo médico tenían conocimiento de que la misma presentaba una "placenta previa centro cursiva" lo que conlleva un alto riesgo de desarrollar hemorragia postparto y un acretismo placentario. Durante dicho procedimiento, el cirujano principal advirtió que se había producido un acretismo placentario y que por eso la placenta se encontraba fuertemente adherida a las capas internas de la pared uterina. El mismo informó a la Sra. Rodríguez sobre su situación médica lo que motivó que ella solicitara que le realizaran una histerectomía. Asimismo, su esposo que también era médico también reiteró ese pedido realizado por la Sra. Rodríguez Pacheco.

Pese a ambas solicitudes de la paciente y su pareja, el médico rechazó las peticiones e indicó que se había logrado extraer la placenta y detener el sangrado.

Ante dicha situación contraria a sus deseos, la señora Rodríguez Pacheco manifestó nuevamente su voluntad de que se le realizara una histerectomía, por la alta mortalidad que implicaba su situación actual. No es un detalle menor que la Sra. Rodríguez Pacheco era una médica que se encontraba en entrenamiento quirúrgico para concursar a un postgrado en cirugía y que había sido testigo de situaciones similares con pacientes en el quirófano.

Su petición de realizarse una histerectomía fue reiterada múltiples veces durante el procedimiento y también en la sala de recuperación. Todas las veces no fue escuchada ni respetada su voluntad.

Cuatro horas después de la primera intervención debido a la deficiente extracción de la placenta y detención del sangrado que presentó la presunta víctima, tuvieron que realizarle una histerectomía de urgencia. Durante el desarrollo de esta segunda intervención, la paciente presentó una hemorragia que impedía que los médicos pudieran ver sus órganos, por lo cual, ligaron sus uréteres y los perforaron con material sutura, lo cual le provocó una hemorragia interna peritoneal.

En los días posteriores, existió un tercer procedimiento en donde uno de los miembros del equipo médico, en contra del criterio de otro y sin ninguna indicación médica en ese sentido ni el consentimiento de la paciente, decidió retirar los catéteres uretrales de la Sra. Pacheco. Dicho retiro provocó que a las pocas horas la orina de la presunta víctima saliera a través de sus heridas y por los drenes colocados en el abdomen.

Esta situación derivó en múltiples complicaciones para la salud de la Sra. Rodríguez Pacheco que le provocaron una pérdida de movilidad ya que tuvo que desplazarse en silla de ruedas durante casi un año, utilizar pañales y usar sondas vesicales.

Sin embargo, el calvario de la Sra. Rodríguez Pacheco recién comenzaba. Con el acompañamiento de su madre, la Sra. Aura de Las Mercedes Pacheco Briceño que la representó durante todos los procedimientos internos como su abogada a fin de encontrar un poco de justicia, realizó una denuncia el 18 de enero de 1999.

El proceso penal presentó una serie de irregularidades que llevaron a que el proceso durara más de diez años y culminara en un sobreseimiento por operar la prescripción. Por todo ello, el 22 de marzo de 2021 la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sometió el caso a la Corte a fin de que se pronunciara respecto de la responsabilidad internacional de la República Bolivariana de Venezuela por la violación a las garantías y protección judiciales en perjuicio de la Sra. Rodríguez Pacheco, causada por la falta de investigación diligente y reparación adecuada en los actos mala praxis médica descriptos.

La Corte determinó que el Estado de Venezuela era responsable por la violación de las garantías y protección judiciales, la afectación a su derecho a la salud y a la integridad personal y valoro especialmente el deber de los Estados de investigar especialmente este tipo de hechos cometidos en contra de las mujeres en establecimientos médicos a los fines de erradicar estas prácticas.

Este fallo reviste particular importancia por las directrices que establece para el tratamiento de las denuncias de violencia de género en su modalidad obstétrica y los estándares de aplicación e interpretación de la Corte Interamericana para velar por dichos derechos en pugna y muestra una evidente conexidad entre el derecho al acceso a la justicia y las buenas prácticas para la erradicación de este tipo de violencia.

II. Análisis del caso

1.1 Derecho a la salud, a la integridad personal. Violencia contra la mujer en centros de salud: la violencia obstétrica

El derecho a la salud comprende el derecho a la salud sexual y reproductiva. Podemos señalar dos grandes aspectos de este derecho, por un lado, la autonomía y libertad reproductiva, entendida como el derecho a decidir sobre su cuerpo, su salud sexual y re-

productiva y su plan de vida, de forma libre sin violencias ni actos discriminatorios. Desde el otro lado, se refiere al acceso a los servicios de salud como a la educación, información y los medios suficientes para garantizar el libre ejercicio de este derecho.

Por cuestiones biológicas, es evidente que la mujer se encuentra mayormente expuesta a posibles vulneraciones de estos derechos. Por tanto, debe aplicarse una perspectiva de género de forma central en las políticas públicas de salud referidas a la prestación de este servicio a la mujer.

En cuanto a las posibles vulneraciones a las que las mujeres se encuentran expuestas, encontramos la violencia obstétrica. Este tipo de violencia en contra de la mujer puede ser definida como aquella ejercida por el médico sobre el cuerpo y los procesos reproductivos de las mujeres. (Belli, 2013: 28)²

Soledad Deza (2021), al abordar la temática de la violencia obstétrica, con base en la jurisprudencia y las normativas vigentes, explica que este tipo de violencia contra la mujer supone aquellas prácticas violentas que se generan en el ámbito sanitario, que incluyen un trato deshumanizado, deshonoroso, cruel, descalificador, humillante, como así también la falta de información que se les brinda a las mujeres.³

Por su parte, "La Corte IDH advirtió que este tipo de violencia encierra concepciones machistas y estereotipadas sobre el rol de las mujeres, su experiencia de la maternidad y sobre sus cuerpos y por tanto, representa una forma de discriminación contra ellas, basándose en el supuesto que el sufrimiento hace parte de la experiencia del embarazo; en la supuesta inferioridad de las mujeres; en su pretendida incapacidad para tomar decisiones adecuadas sobre sus procesos reproductivos; y en nociones machistas relativas a los cuerpos de las mujeres como objetos de placer sexual para los hombres"⁴ (Deza, 2021: 137).

En el presente caso se planteó la vulneración del derecho a la salud reproductiva de la señora Rodríguez Pacheco porque no se respetó su autonomía a decidir sobre su propio cuerpo ya que prevaleció la decisión del médico a conservar su aparato reproductivo por encima de su voluntad reiterada en múltiples ocasiones. Esta deliberada omisión de doblegar la voluntad de la paciente, tuvo consecuencias altamente negativas en la salud de ella, su integridad personal, su autonomía y su vida.

1.2 Deberes del Estado. ¿Es responsable de los actos de particulares? Buenas prácticas estatales.

El Estado manifestó que no era responsable por ser agentes no estatales los que cometieron los hechos que podrían encuadrarse en un caso de mala praxis y eventualmente, violencia obstétrica.

En cuanto a la posible vulneración de la garantía del derecho a la integridad personal, alegó que la actividad estatal de regulación al establecimiento de salud no había sido

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

3 Soledad Deza (2021): Violencia obstétrica y poderes biomédicos: dúo dinámico. Revista de Derecho de Familia. Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia. p. 133-147

4 Soledad Deza, ob. cit., p. 137.

cuestionada y que la clínica privada donde se suscitaron los hechos contaba con personal calificado y condiciones sanitarias aptas.

Sobre este punto, la Corte estableció en reiteradas oportunidades que la obligación de garantía de los Estados no se subsume únicamente a los agentes estatales ya que abarca el deber de prevenir, en el sector privado, que aquellos vulneren los bienes jurídicos tutelados. Ahora bien, esta responsabilidad no se presenta como ilimitada sino que debe ser analizada de forma concreta y de acuerdo a las circunstancias del caso.

Como la protección al derecho a la salud se encuentra a cargo del Estado, es su responsabilidad prevenir las violaciones a derechos humanos producidas por empresas privadas, por lo que deben adoptar medidas legislativas y de otro carácter para prevenir que dichas violaciones, e investigar, castigar y reparar tales violaciones cuando ocurran

La Corte resolvió que sí existió un incumplimiento de estas garantías ya que el Estado debe contar con un marco normativo adecuado que regule la prestación de servicios de salud, estableciendo estándares de calidad para las instituciones públicas y privadas, que permita prevenir cualquier amenaza de vulneración a la integridad personal en dichas prestaciones. A su vez, el Estado debe prever mecanismos de supervisión y fiscalización estatal de las instituciones de salud, así como procedimientos de tutela administrativa y judicial para el damnificado, cuya efectividad dependerá, en definitiva, de la puesta en práctica que la administración competente realice al respecto.

No obstante, en su voto en disidencia la jueza Patricia Pérez Goldberg explicó que en este caso no resultó probado que el Estado hubiese incumplido su obligación de regular, fiscalizar y supervisar las prestaciones brindadas en la clínica en que fue atendida la víctima. Manifiesta que no se le reprochó al Estado no haber creado un marco normativo adecuado sobre la prestación de servicios de salud u omitido establecer estándares de calidad para instituciones privadas de salud o no haber supervisado el cumplimiento de dichas normas y lineamientos.

Considera que los derechos humanos de la Sra. Rodríguez fueron vulnerados por el modo en que se llevó a cabo el proceso penal.

En este sentido, a lo largo del caso se sostiene la importancia de la existencia de recursos adecuados, oportunos y efectivos para sancionar y reparar las violaciones de los derechos de las mujeres en el ámbito sanitario a los fines de evitar la reiteración de estos hechos por aplicación de estereotipos de género.

Los Estados deben contemplar además de mecanismos de prevención, aquellos protocolos adecuados para dar respuesta inmediata en aquellos casos que una mujer manifieste haber sido víctima de violencia obstétrica por agentes no estatales. La presunta víctima debe tener acceso a herramientas oportunas para efectuar su denuncia y que los mismos sirvan para reconocer la violencia obstétrica, investigar cada caso con la debida diligencia y que se apliquen las sanciones pertinentes junto a las medidas de reparación debidas si así correspondiese.

Ello así toda vez que si no se cuenta con dichos recursos se genera un ambiente de impunidad que se perpetúa en el tiempo ya que la demora en la respuesta al justiciable y el

sin fin de trabas impuestas a mujeres en estado de vulnerabilidad las impulsa a desistir del reclamo legítimo a que se investigue y se asigne responsabilidad a quienes lleven a cabo estos actos de violencia obstétrica. Estas prácticas en lugar de ser rechazadas, se tornan prácticas toleradas y usuales lo que tiene un impacto altamente negativo en la sociedad y especialmente en las mujeres.

En su obra sobre derechos humanos y la mujer, Medina Quiroga sostiene que "el acceso a la justicia es un componente esencial de la protección de los derechos humanos de las mujeres y debe ser garantizado mediante la creación de mecanismos judiciales efectivos y sensibles al género"⁵ (Medina Quiroga, 2003:123)

1.3 Acceso a la justicia y plazo razonable. Estándares internacionales en el tratamiento de casos de violencia de género en su modalidad obstétrica.

A modo preliminar, "el acceso a la justicia es un derecho humano fundamental en un sistema democrático que tenga por objeto garantizar los derechos de todos por igual. Cuando otros derechos son violados, constituye la vía para reclamar su cumplimiento ante los tribunales y garantizar la igualdad ante la ley."⁶ (Birgin y Kohen, 2006:15)

Esto comprende también "la disponibilidad de un buen servicio de justicia, es decir, que el sistema brinde la posibilidad de obtener un pronunciamiento justo en un tiempo prudencial"⁷ (Birgin y Kohen, 2006: 19)

En este caso se ha planteado que sobre el Estado pesaba la obligación de garantizar a la víctima el acceso a recursos eficaces y efectivos para proteger sus derechos vulnerados. Sin embargo, el proceso penal estuvo marcado por distintas irregularidades que obstaculizaron su normal desarrollo y supusieron enormes trabas en la búsqueda de justicia de la Sra. Rodríguez.

Durante el proceso iniciado por la Sra. Rodríguez, existieron múltiples resoluciones de incompetencia judicial para decidir sobre la cuestión, las resoluciones se encontraban incompletas lo que las hacía pasibles de nulidades previsibles que luego fueron planteadas, múltiples incomparecencias de los fiscales a las audiencias como así también existieron audiencias que no pudieron ser celebradas por falta de notificación a las partes y la reserva de las actuaciones durante más de un año sin ningún tipo de motivo justificado. Asimismo, a la Sra. Rodríguez se le aplicó una multa en el marco del proceso equivalente a diez meses de su sueldo como médica.

Por su parte, el Estado alegó que no existió tal violación al debido proceso y plazo razonable pese al tiempo transcurrido. Señaló como justificantes que existió un cambio del régimen procesal debido a la incorporación del Código Orgánico Procesal Penal, que la causa fue radicada en Caracas, que una de las imputadas sufrió una herida de impacto de bala en la tramitación del proceso – esto llevó a la suspensión de una de las audiencias chequear- y los recursos que interpuso la representante de la víctima. Sostuvo que la actuación de los tribunales fue ajustada a las normas procesales vigentes y que demuestra que se garantizó el acceso a la tutela judicial efectiva y que todos los incidentes se resolvieron a favor de la señora Rodríguez Pacheco.

5 Medina Quiroga, C. (2003) *La mujer y sus derechos humanos: Una tarea inconclusa*. Madrid: Editorial Trotta, pp. 123-124.

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

7 Birgin, Haydee y Kohen, Beatriz (2006.) op. cit, p. 19.

Sobre esta postura debo decir que es inexplicable la demora en el proceso judicial penal ya que si bien determinar una mala praxis médica conlleva un análisis técnico y especializado de cierta complejidad, la investigación era sobre actos concretos y sobre presuntos autores determinados.

Al respecto, para determinar si existió una violación al plazo razonable la Corte en su considerando 100 analiza los siguientes puntos: a) la complejidad del asunto; b) la actividad procesal del interesado; c) la conducta de las autoridades judiciales, y d) la afectación generada en la situación jurídica de la presunta víctima.

En cuanto al primer elemento, el proceso penal era simple debido a que había que analizar actos concretos y sujetos perfectamente identificados. En cuanto a la actividad procesal del interesado y la conducta de las autoridades judiciales, la víctima junto a su representante legal impulsaron el proceso de forma constante pese a la conducta obstaculizadora de las autoridades judiciales que ocasionaron impedimentos para el debido enjuiciamiento de los hechos.

A los fines de ilustrar sobre algunas de las múltiples inconductas de las autoridades judiciales, consta en los registros de la causa que algunos de los fiscales intervinientes no se presentaron en al menos siete audiencias y otras no pudieron llevarse a cabo por falta de notificación a las partes. Asimismo, el proceso se dilató por la decisión de una de las fiscalías de reservar de forma total por 760 días, pese a que la legislación sólo lo permitía por un plazo de 20 días.

Tampoco puede ser reprochable el despliegue procesal de la víctima que utilizó los recursos disponibles para defender sus derechos ni achacarle responsabilidad en las dilaciones del proceso por esa actividad recursiva motivada en los actos de los operadores judiciales que la llevaron a accionar en ese sentido.

Ahora bien, en relación a la afectación generada en la situación jurídica de la Sra. Rodríguez Pacheco podemos decir que debido a las acciones dilatorias y la poca diligencia de los operadores judiciales el proceso se extendió por un plazo irrazonable y culminó en un sobreseimiento por prescripción que tornó imposible que la señora Rodríguez Pacheco pueda eventualmente ser oída en juicio en sus estrados internos y acceder a través de la eventual condena del autor o los autores responsables de la violencia obstétrica y mala praxis sufrida a una reparación por los hechos vividos.

Maier argumenta que "el derecho a un juicio justo y a un recurso efectivo son elementos cruciales del derecho al acceso a la justicia, que se ve vulnerado cuando el sistema judicial es ineficaz o corrupto" (Maier, 2012:19)⁸

Por lo expuesto, en el caso traído a análisis podemos afirmar con total claridad que se ha violado la garantía del plazo razonable y con ello, se ha denegado el acceso a la justicia de la Sra. Rodríguez Pacheco.

III. Conclusiones

La víctima no fue escuchada en la sala de cirugía ni en los estrados judiciales de Vene-

8 Maier, J. F. (2012) *Derecho procesal penal: Fundamentos*. 2ª ed. Buenos Aires: Editores del Puerto, p. 89.

zuela lo que constituyó una clara violación a sus derechos humanos fundamentales de salud, integridad personal y derecho de acceso a la justicia.

En primer lugar, fue víctima de una ostensible mala praxis médica y violencia de género en su modalidad obstétrica. No se respetó su autonomía y se denegó su voluntad de realizarse una histerectomía lo que conllevó a un sinfín de complicaciones médicas predecibles y evitables.

En segundo lugar, luego de estos padecimientos, se encontró con los obstáculos procesales que acarrearón a que un proceso simple se convirtiera en un calvario de más de diez años que ocupó un lugar central en su vida afectando su integridad personal y la de su familia.

En este caso, se demuestra la importancia de que el Estado garantice el acceso a la justicia ya que es un medio eficaz de lucha contra el arraigo de estas prácticas de violencia obstétrica que sufren las mujeres. La denegación de este derecho promueve e incentiva que estas malas prácticas sean toleradas porque se enraízan en un marco de impunidad. La conexidad entre la garantía de acceso a la justicia y la erradicación de prácticas de violencia contra la mujer en su modalidad obstétrica se evidencia notable en el caso Rodríguez Pacheco. Resulta clara la relación directa y proporcionada de la idoneidad de los medios provistos por el Estado a las ciudadanas para reclamar en casos de violencia de género y la eliminación de la misma ya que si se genera el espacio para que estos casos tomen visibilidad, se establezcan mecanismos de responsabilidad, reparación y capacitación los mismos serán rechazados y se evitara su reiteración y aceptación como práctica naturalizada.

En conclusión, esto supone que el Estado tome como política pública el compromiso de asumir acciones positivas para que en este tipo de casos sus estrados judiciales investiguen con el compromiso debido y den una respuesta adecuada a las justiciables en un tiempo razonable. Estas acciones evitan que exista un campo de impunidad lo que tiene como consecuencia una mayor confianza de las ciudadanas en el servicio de justicia por el reconocimiento de estas prácticas como violentas por lo cual el caso es trascendente para trazar este estandarte internacional para el tratamiento de casos de violencia contra la mujer en su modalidad obstétrica.

Referencias bibliográficas

- Belli, L. F. (2013). La violencia obstétrica: otra forma de violación a los derechos humanos. *Revista redBioética UNESCO*, 4(1), 25-34.
- Deza, S. (2021). Violencia obstétrica y poderes biomédicos: dúo dinámico. *Revista de Familia, Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia, La Ley*.
- Birgin, H. y Kohen, B. (2006). Acceso a la justicia como garantía de igualdad. *Biblos*.
- Medina Quiroga, C. (2003). *La mujer y sus derechos humanos: Una tarea inconclusa*. Trotta.
- Maier, J. F. (2012). *Derecho procesal penal: Fundamentos* (2ª ed.). Editores del Puerto.

Violencia procesal: un extraño aforismo

Procedural violence: a strange aphorism

Stefania Melisa Cuello¹

DOI: [https://doi.org/10.37767/2591-3476\(2024\)17](https://doi.org/10.37767/2591-3476(2024)17)

Comentario a

Rodríguez Pacheco y otra vs. Venezuela, Sentencia del 1 de septiembre de 2023
Corte Interamericana de Derechos Humanos

Acceso al Fallo

RESUMEN:

La Sra. Rodríguez Pacheco decidió someterse a una cesárea programada para el nacimiento de su hija. En el momento de la cirugía, el diagnóstico de placenta adherida a las paredes del útero se confirmó. Ante ello, la paciente manifestó su voluntad de ser sometida a una extracción total del útero (histerectomía). El cirujano a cargo se negó al pedido y aseguró que no resultaba necesario, suturando la incisión. Las complicaciones comenzaron al transcurrir las horas, con graves secuelas que acompañarán a la Sra. Rodríguez Pacheco el resto de su vida. Ante ello, interpuso una acción penal contra los médicos, la cual por ineficacia, burocracia, desatención y desidia del poder judicial venezolano terminó 14 años más tarde con prescripción extraordinaria y sobreseimiento de los imputados. La Comisión Interamericana de los Derechos Humanos emplazó al estado de Venezuela con recomendaciones y medidas a seguir las cuales fueron desoídas por lo que se sometió el caso a la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante la Corte) quien condenó al estado implicado por violación al derecho de la salud, de la vida y del acceso a la justicia de la Sra. Rodríguez Pacheco y de su núcleo familiar.

ABSTRACT

Mrs. Rodríguez Pacheco decided to undergo a scheduled cesarean section for the birth of her daughter. At the time of surgery, the diagnosis was confirmed. Given this, the patient expresses her willingness to undergo a total removal of the uterus (hysterectomy). The surgeon in charge refuses the request and assures that it is not necessary, suturing the incision. Complications began as hours passed, with serious consequences that will accompany Mrs. Rodríguez Pacheco for the rest of her life. Given this, I filed a criminal action against the doctors, which due to inefficiency, bureaucracy, inattention and laziness of the Venezuelan judiciary ended by extraordinary prescription and dismissal of the accused, 14 years after the

¹ Abogada (Universidad Nacional de Río Cuarto) -Escribana (Universidad Siglo 21) - Magíster en Arbitraje Internacional y de Inversiones (Universidad Alcalá de Henares) . Magíster en Derecho Procesal (Universidad Siglo 21). Correo electrónico: stefaniacuello@gmail.com. Orcid: 0000-0001-6600-2277

origin of the events. The Inter-American Commission on Human Rights summoned the state of Venezuela with recommendations and measures to follow which were ignored, so the case was submitted to the Inter-American Court of Human Rights (hereinafter the Court) who condemned the state involved for violating the right to health, life and access to justice for Mrs. Rodríguez Pacheco and her family.

PALABRAS CLAVE: Violencia procesal; acceso a la justicia; autonomía de la voluntad; respeto al paciente; incumplimiento de recomendaciones de la Comisión.

KEY WORDS: Procedural violence; access to justice; autonomy of will; respect for the patient; non-compliance with the Commission's recommendations

I. Introducción

El Estado de Venezuela fue condenado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante la Corte) por violación a las garantías y protección judicial de la Sra. Balbina Francisca Rodríguez Pacheco, debido a la falta de investigación diligente y reparación adecuada de los perjuicios sufridos como consecuencia de una mala praxis médica en una intervención quirúrgica (cesárea). Previo a ello, el estado venezolano fue emplazado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante la Comisión) con recomendaciones que no fueron acatadas, ni tampoco Venezuela presentó ningún tipo de informe sobre las medidas adoptadas o solicitud de prórroga como consecuencia del informe y recomendaciones de la Comisión.

II. La violencia procesal basada en el género.

1. Base fáctica.

La Sra. Rodríguez Pacheco, atento a sus antecedentes médicos y ante el nacimiento de su hija, decidió someterse a una cesárea el día 13/8/1998. Tal como ya se había visualizado en estudios anteriores, su placenta se encontraba adherida a las paredes del útero. Por ello, al momento de la intervención le solicitó a su cirujano la extracción del órgano (histerectomía completa). El médico, se negó al pedido por no considerarlo necesario. Esto derivó en múltiples fallas sistémicas de la paciente que terminaron con gravísimas secuelas para su vida.

Sin perjuicio de que el caso es sumamente relevante en cuestiones sustanciales respecto del derecho de la paciente, incluso aún más tratándose de una mujer y de órganos reproductivos, en este análisis y por una cuestión de puntualización, me centraré en el derecho de acceso a la justicia y la violencia procesal.

Como se adelantó, la Sra. Rodríguez Pacheco, entabló una acción de mala praxis producto de las malas atenciones médicas que recibió en la cesárea de su hija. Este proceso concluyó, dentro del estado de Venezuela, catorce años más tarde con el sobreseimiento de los imputados por plazo extraordinario. Posteriormente, el mencionado país fue intimado por la Comisión atento a que los hechos denunciados se relacionaban con el derecho a la integridad personal, a la salud y porque, eventualmente, se habría configurado un posible caso de violencia obstétrica y en contra de la mujer. En esa instancia la Comisión

sostuvo que los estados suscribientes deben brindar procedimientos administrativos y judiciales que garanticen los derechos establecidos en la Convención, en este caso: derecho a la integridad personal y a la salud.

Finalmente, el estado de Venezuela desoyó las recomendaciones de la Comisión, por lo cual se instó el proceso ante la Corte, quien condenó al país por las múltiples violaciones a los derechos humanos tanto de la paciente como de su entorno familiar. Para ello, se hizo hincapié en la cuestión de género que subyace el caso, la inacción y desidia procesal del poder judicial y la extrema duración del juicio que terminó con la prescripción extraordinaria y sobreseimiento de los implicados.

De más está expresar a estas alturas que la primera negación del cirujano a realizar la histerectomía solicitada por la Sra. Rodríguez Pacheco al momento de la cesárea ha constituido la primera violencia –en contra de su cuerpo y su psiquis- ejercida hacia ella. Sinceramente es hasta irrelevante sumar datos allá análisis como el que la paciente tenía conocimientos específicos por su profesión de médica de lo que estaba requiriéndole como atención a su médico, o que haya sido su tercer cesárea. Es increíble que en los tiempos que transitamos, aún se deba buscar análisis filosóficos que se entrometen en la vida absolutamente privada y cuerpo de los pacientes para que se cumpla con un pedido claro que hizo la Sra. Rodríguez Pacheco en el medio de su propia cesárea “prefiero estar viva y sin útero”.

Ahora bien, esa violencia institucional no terminó con el acto médico acusado del origen de la mala praxis, sino que por el contrario, esa denigración y destrato se exteriorizó y perduró formalmente por más de 14 años con un sistema judicial perverso e injusto que culminó con el sobreseimiento de los acusados de mala praxis. De más está decir, que las consecuencias no solo físicas sino psicológicas que tuvo la Sra. Rodríguez Pacheco no solo la acompañaron a ella durante toda su vida, sino también a la de su familia. Recordemos que en el momento de la intervención la paciente se encontraba casada y de forma conjunta con su marido inició las acciones que creyeron que les iban a otorgar, al menos, justicia. Matrimonio que luego, y seguramente después del desgaste emocional que implicaron todos los procesos judiciales, terminó. Lo mismo aconteció con la vida de la madre de la Sra. Rodríguez Pacheco, quien era la abogada de su propia hija contra un Estado que no solo les había negado el derecho fundamental a vivir dignamente, sino también le cerró una y otra vez las puertas a un reclamo de justicia.

2. Violencia Procesal: Un aforismo aún desconocido.

Desde hace ya unos años atrás la visibilización de la violencia de género ha ido tomando mayor incremento. Sin embargo y por una cuestión de urgencia y necesidad, el área de su mayor desarrollo ha sido la violencia doméstica. De todas maneras es sorprendente que aún no se encuentre mencionado con palabras claras y elocuentes el peregrinar que muchas mujeres sufren al momento de tener que caminar los pasillos judiciales. Es que, el aforismo “violencia procesal” aún no resuena con generalidad en los ámbitos judiciales y se solapa en los abarrotamientos judiciales, errores procesales o incluso, en la culpa de la propia litigante. Por eso, en este artículo se quiere llamar la atención sobre ello, y ponerle un nombre: VIOLENCIA PROCESAL.

Es que, si bien los instrumentos internacionales han ido en camino al reconocimiento del acceso a la justicia de las mujeres y, lentamente, presionando para que las normativas re-

gionales y nacionales también se inclinen a ello, no deja de ser una lucha constante e incremental exigir el real cumplimiento de estas herramientas normativas y procedimentales.

Ahora bien, en lo que hace al punto neurálgico de este trabajo es la violación sistemática de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Contra la Mujer "Convención de Belem Do Para", en sus arts. 1, 2 inc. c, 3, 4 y sobre todo en su art. 7. A los fines de un claro análisis transcribo las partes más relevantes aplicables al caso:

"(...) Los Estados Partes condenan todas las formas de violencia contra la mujer y convienen en adoptar, por todos los medios apropiados y sin dilaciones, políticas orientadas a prevenir, sancionar y erradicar dicha violencia y en llevar a cabo lo siguiente:

a. Abstenerse de cualquier acción o práctica de violencia contra la mujer y velar por que las autoridades, *sus funcionarios, personal y agentes e instituciones* se comporten de conformidad con esta obligación.

f. Establecer procedimientos legales justos y eficaces para la mujer que haya sido sometida a violencia, que incluyan, entre otros, medidas de protección, un juicio oportuno y el acceso efectivo a tales procedimientos.

g. Establecer los mecanismos judiciales y administrativos necesarios para asegurar que la mujer objeto de violencia tenga acceso efectivo a resarcimiento, reparación del daño u otros medios de compensación justos y eficaces.

h. Adoptar las disposiciones legislativas o de otra índole que sean necesarias para hacer efectiva esta Convención (...)"

Este instrumento normativo proporcionó por primera vez el concepto de violencia y se estableció el compromiso político de los Estados en la lucha contra ésta e incluye medidas de sanción y erradicación. Una característica esencial de esta Convención es que no se restringió a la violencia del ámbito doméstico, sino que consideró los lugares de trabajo, diferentes instituciones e incluyó a los agentes o funcionarios de los propios estados.

De manera patente esta convención se refiere a los procedimientos que deberían dar lugar a una respuesta administrativa o judicial cuando una mujer ha sido violentada en sus derechos sustanciales. Como sostiene Ramírez (2021: 167) "(...) la perspectiva de género es la herramienta que procura la aplicación igualitaria del Derecho, al considerar de qué manera el género determina un impacto diferenciado de la norma y evita que una aplicación de ella que prescinda de tal consideración, profundice o perpetúe la desigualdad (...)"

3. Embates del proceso que culminó con un sobreseimiento.

Una vez que se tiene superficialmente en claro el articulado desarrollado más arriba, a los fines de comprender la magnitud de la violación del derecho de acceso a la justicia que sufrió la Sra. Rodríguez Pacheco es primordial hacer otro resumen. Esta vez acerca de su peregrinar procesal. El fallo de por sí es minucioso en establecer cada uno de los hitos *estáticos* y *violentos* que tuvo el proceso, pero analizarlos detenidamente nos llevaría a una explicación sumamente extensa que no es relevante, dado que, lo acontecido ha sido de tal gravedad que su visibilización es palmaria.

En primer lugar, cabe señalar que el proceso judicial interno en el país de Venezuela duró 14 años, 5 meses y 13 días. Como si esto de por sí no resultara alarmante, la desidia del estado Venezolano en acatar las recomendaciones de la Comisión Interamericana, derivó en que, recién 18 años después del momento en el que se originó el hecho médico y la consecuente ruta procesal de la Sra. Rodríguez Pacheco, se condenó a Venezuela por responsabilidad internacional.

Asimismo, la primera acción que entabló la demandante, fue de tipo penal. A esta acción se la rechazó por no considerársela reparatoria de los daños que la víctima había sufrido. Esta errónea decisión fue revocada dado que en Venezuela tanto la acción civil como la penal pueden cumplir esa finalidad. Como tampoco bastó con esta denegación de justicia directa, durante el “no proceso” existieron múltiples resoluciones con errores sustanciales como por ejemplo, error en el número y nombre de sujetos imputados o falta de motivación suficiente en las decisiones judiciales. Tampoco, y lamentablemente, no es sorprendente la reiterada ausencia de funcionarios públicos (fiscales) que imposibilitaron la realización al menos a 11 audiencias fijadas en un plazo de 6 meses entre el año 2001 y 2002, o la reserva ilegal de la causa en fiscalía lo cual impidió el acceso por parte de la víctima y que pueda instar el proceso.

Interesa en esta instancia hacer la salvedad de que la violencia que sufre la paciente litigante, no tiene que ver con la no condena a los imputados. Mal que nos pese, en esta instancia no se cuenta con el análisis probatorio para categorizar la conducta de los médicos actuantes, así como tampoco la tuvo la Corte al momento de sentenciar. Lo realmente alarmante en este punto, es que, por el gran letargo judicial se produjo un sobreseimiento por prescripción, cuando hay exageradas pruebas acerca de que la víctima intentó instar el proceso de forma reiterada e insistentemente.

El inciso f) del transcripto artículo deja entrever que un juicio oportuno y de acceso efectivo dista mucho de un proceso que termina por sobreseimiento por plazo extraordinario 14 años, 5 meses y 13 días después de entablada la acción. Es que, como señaló la Comisión: a) El caso no revestía un alto grado de complejidad, dado a que lo que se debía investigar eran actos concretos y con personas identificadas (cesárea, negación de la histerectomía y los profesionales de la salud implicados). b) El estado venezolano, con su propia inacción provocó el alargamiento indefinido del proceso, que terminó con una prescripción extraordinaria. El acceso a la justicia debe asegurar a que las víctimas o sus familiares no sólo puedan hacerse con la verdad de lo acontecido junto al establecimiento de las debidas responsabilidades y sanciones a los responsables. Es muy claro el análisis que hace la Corte al establecer los parámetros para juzgar si un plazo de resolución es razonable o no, y ellos son:

- a. La complejidad del asunto.
- b. La actividad procesal del interesado.
- c. La conducta de las autoridades judiciales.
- d. La afectación generada en la situación jurídica de la presunta víctima.

Por su parte, el inciso g) ha sido quebrantado al momento de negar un primer camino procedimental de tipo penal, cuando en realidad la normativa venezolana a los fines reparatorios aceptan dos vías diferentes y no excluyentes, la penal y la civil.

Claramente, la condena por parte de la Corte Interamericana al estado de Venezuela hace especial referencia a que este no ha garantizado ningún tipo de medidas para la correcta aplicación de la convención que estamos tratando. Tal como se reflejó en la opinión consultiva OC-9/87 la inexistencia de un recurso efectivo contra las violaciones de los derechos reconocidos por la Convención, constituye una transgresión de la misma por el estado donde esto acontece.

4. Discriminación indirecta como violencia procesal:

Otro concepto que queda por desarrollar es el de los tipos de discriminación que lleva insita la violencia que se categoriza en este trabajo como procesal. Es que, este tipo de diferenciación entre los “fuertes y los débiles”, “los escuchados y los ignorados”, “los valiosos y los no tanto”, se desprende de diferentes actos que pueden ser categorizados como discriminación directa o indirecta.

La discriminación directa, es de mayor claridad en los hechos y, si se cuenta con una escala de valores básicos es muy perceptible por la mera observancia. Como enuncian Gómez y Vela Barba (2024: 21) “es la que se encuentra directa o explícitamente en una norma, una política, un programa, un acto de autoridad o una práctica”.

Por otra parte, la discriminación indirecta se produce cuando una situación (política, social, legal) simula ser neutra, pero en la práctica tiene un efecto separatista y discriminatorio contra la mujer porque la desigualdad existente per se no ha sido considerada. Claramente este tipo de discriminación es el que han sufrido la Sra. Rodríguez Pacheco y su madre desde el origen mismo de la situación. Es que, desde el momento que no se respetó su voluntad de quitar el útero que traía complicaciones ella fue totalmente invalidada como ser autónomo e independiente. Cabe recordar un pasaje del fallo analizado, en donde se textualiza que en el momento de la cirugía donde la paciente pide ser sometida a la histerectomía, incluso se le comenta a la persona que en ese entonces era su marido y que se encontraba en el quirófano.

III. Conclusiones:

Si bien por el avance de la reivindicación de los derechos de los grupos vulnerables, en donde se encuentran inmersas también las mujeres, se han desarrollado diferentes herramientas o protocolos primero para el reconocimiento de sus derechos sustanciales y lentamente para la aplicación de sistemas jurídicos que permitan hacer efectivas esas garantías, aún existe mucho camino por recorrer sobretodo en el camino procedimental tanto administrativo como jurisdiccional. Si bien como autora, me enrolo en una posición si se quiere humanista, en la cual considero que no es necesario ser de un género u otro para percibir un trato digno y – sobre todo- poder reclamar y recibir justicia, es innegable que ante la enorme desigualdad aún existente entre hombres y mujeres estas herramientas deben ser aún más difundidas y aplicadas. En lo personal, espero que llegue el día en que no hagan falta tantas clasificaciones de los seres humanos para que la real equidad y justicia sea aplicable, pero soy consciente de que aún dista mucho de dejar de ser una utopía. Es que en esta realidad de desigualdad extrema, la introducción al derecho sustancial y procesal de la perspectiva de género no es otra cosa que buscar esa ayuda que lleve a tratar de equiparar las realidades, posibilidades y oportunidades.

Quizás también a modo de reflexión personal y de pregunta abierta para el lector, queda analizar si una condena a un Estado que recurrentemente violenta los derechos de sus

habitantes repara de una manera u otra el daño que sufrió el individuo. Las reiteradas condenas a los países miembros y el bajo acatamiento a las recomendaciones de la Comisión nos debería hacer repensar cuál es el tipo de responsabilidad que le cabe al Estado, y hasta qué punto pueden seguir desoyendo parámetros tan básicos como el respeto a la vida y a la integridad personal.

Referencias Bibliográficas

- Chavarria, M. A. (2023). Violencia institucional contra las mujeres. Abuso de autoridad por parte de agentes policiales del Estado en casos de violencia de género. DPyC, (septiembre).
- Giosa, L. M., & Ormar, C. (s.f.). La protección de los derechos de las mujeres y de las personas LGBTIQ+ en el derecho internacional de los derechos humanos. *Justicia y Género*, 2.
- Gómez, H., & Vela Barba, E. (2021). Perspectiva de género y derecho laboral. En Suprema Corte de Justicia de la Nación (Ed.), *Manual para Juzgar con Perspectiva de Género en Materia Laboral*. México.
- Herrera, M., Fernández, S., & de la Torre, N. (2020). *Tratado de Géneros, Derecho y Justicia*. Rubinzal-Culzoni.
- Ramírez, F. R. (2021). *Derechos Humanos y Colectivos Vulnerables*. Con Texto.

Interrupción voluntaria del embarazo y protección gradual del nasciturus: la visión de la STC 44/2023 sobre el sistema de plazos

Voluntary termination of pregnancy and gradual protection of the nasciturus: the perspective of CCJ 44/2023 on the time limits system

Rogelio Lopera Álvarez¹

DOI: [https://doi.org/10.37767/2591-3476\(2024\)18](https://doi.org/10.37767/2591-3476(2024)18)

Comentario a
STC 44/2023, del 9 de mayo
Tribunal Constitucional Español

Acceso al Fallo

RESUMEN:

En STC 44/2023, de 9 de mayo, el Tribunal Constitucional ha examinado la Ley Orgánica 2/2010 desde la perspectiva de los derechos de la mujer embarazada, cambiando el punto de vista desde el que analiza el problema constitucional que plantea el aborto consentido con respecto a la STC 53/1985. La sentencia considera que la «tutela gradual» del nasciturus plasmada en el modelo de plazos de interrupción voluntaria del embarazo es conforme con las exigencias de protección de la vida prenatal que impone el art. 15 CE. Pero el Alto Tribunal va más allá y, siguiendo la línea marcada por el Tribunal Supremo estadounidense en *Roe v. Wade* (1973), declara que el derecho a la autodeterminación respecto a la interrupción voluntaria del embarazo forma parte del derecho a la integridad personal (art. 15 CE), en conexión con la dignidad y el libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 CE), creando así un nuevo derecho fundamental. Así, el modelo de plazos se consolida como el único posible y conforme con la Constitución, cerrando el paso otras opciones legislativas, como el modelo de indicaciones que ha considerado legítimo hasta la STC 44/2023.

¹ Estudiante de Derecho y Ciencia Política y Administración Pública, Universidad Autónoma de Madrid (UAM). Mail: rogelioloperaalvarez@gmail.com. Nro. de ORCID: <https://orcid.org/0009-0005-8806-2226>.

ABSTRACT

In Judgment 44/2023 of May 9, the Constitutional Court examined the Organic Law 2/2010 from the perspective of the rights of pregnant women, changing the viewpoint from which it analyzes the constitutional issue posed by consented abortion compared to Constitutional Court Judgment (CCJ) 53/1985. The Constitutional Court considers that the "gradual protection" of the unborn child, as embodied in the model of time limits for voluntary termination of pregnancy, is in accordance with the requirements for the protection of prenatal life imposed by Article 15 of the SC. However, the Constitutional Court goes further and, following the precedent set by the U.S. Supreme Court in *Roe v. Wade* (1973), declares that the right to self-determination regarding voluntary termination of pregnancy is part of the right to personal integrity (Article 15 of the SC), in connection with dignity and the free development of personality (Article 10.1 of the SC), thereby creating a new fundamental right. Thus, the time limits model is consolidated as the only possible and constitutionally compliant model, precluding other legislative options, such as the indications model which had been considered legitimate until CCJ 44/2023.

PALABRAS CLAVE: Tribunal Constitucional español; STC 44/2023; Aborto; LO 2/2010; Artículo 15 CE.

KEY WORDS: Spanish Constitutional Court; STC 44/2023; LO 2/2010; Fundamental Right; Article 15 of the Spanish Constitution.

I. Introducción

En la regulación del aborto se aprecia de forma particularmente intensa la interrelación entre Derecho y Moral, lo cual explica que desde los años setenta del siglo pasado se haya convertido en una de las cuestiones jurídicas más problemáticas a nivel internacional. Dentro de este controvertido tema, hay múltiples posturas, todas ellas con un arsenal irreductible de argumentos que no podemos analizar aquí. En todo caso, podemos, con Vives Antón (1985: 122), sintetizar las diferentes posiciones ideológicas en las cuatro siguientes: (a) una primera más conservadora que no admite la licitud del aborto más que en supuestos de conflicto con la vida o salud de la madre; (b) otra intermedia que admite un sistema de indicaciones más o menos limitado; (c) la postura liberal del sistema de plazos; (d) y la postura radical que reclama el derecho de la madre a interrumpir libremente el embarazo en cualquier momento de su transcurso.

La articulación jurídica del aborto en el continente europeo, aunque con matices propios en cada país, «comparte los rasgos principales fruto de una herencia jurídica y cultural compartida y del diálogo entre jurisdicciones» (Rodríguez Ruiz, 2023: 498), siendo el más representativo el modelo mixto, de plazos hasta un determinado momento de la gestación, y de indicaciones a partir de entonces. La inclinación de los legisladores de los países de nuestro entorno por este tipo de modelos se debe a que las regulaciones más restrictivas han demostrado menor eficacia normativa y empírica al producir discordancias entre las normas jurídicas y las prácticas sociales (abortos clandestinos, "turismo abortivo"...), «discordancia que, obviamente, es mayor cuanto más estrecho es el marco de lo permitido» (Vives Antón, 1985: 122)².

2 Sobre las carencias del sistema de indicaciones, véase Roperro Carrasco J. (2003), Ibáñez y García-Velasco (1992), e Ian Shapiro *et al* (2009).

La evolución del aborto en la legislación española ha pasado por tres fases: desde su prohibición absoluta, pasando por un modelo de despenalización parcial en determinados supuestos, hasta el actual modelo mixto. Bajo la vigencia del Código penal de 1973, que castigaba todo aborto, la Ley Orgánica 9/1985, de 5 de julio, implantó un modelo de indicaciones que permitía el aborto en caso de grave riesgo para la vida o salud de la mujer embarazada (indicación terapéutica), que el embarazo hubiese sido consecuencia de un hecho constitutivo del delito de violación (indicación ética), o que se presumiese que el feto iba a sufrir «graves taras físicas o psíquicas» tras el nacimiento (indicación eugenésica o embriopática).

Antes de su aprobación, el Tribunal Constitucional hubo de pronunciarse sobre un recurso previo de inconstitucionalidad, que resolvió en la STC 53/1985. La sentencia declaró la inconstitucionalidad del proyecto de ley orgánica, no por el sistema de indicaciones en sí, sino por no ser lo suficientemente garantista con la protección del *nasciturus* que exige la Constitución. Tras reconocer la existencia de un conflicto de valores constitucionales en la interrupción voluntaria del embarazo entre la protección de la vida prenatal como bien jurídico-constitucional y los derechos fundamentales de la mujer embarazada, el TC se limita a analizarlo desde la perspectiva planteada por los recurrentes, la del *nasciturus*. En este sentido, la sentencia, se dice, pecó, no sólo por acción al exceder los límites de la jurisdicción constitucional e introducir en el proyecto una suerte de enmienda (véanse todos los votos particulares³), sino también por omisión (Vives Antón y Cuerda Arnau, 2012: 110) al prestar escasa atención a los derechos de libertad de la mujer embarazada (véase el voto particular del magistrado Francisco Tomás y Valiente), pasando por alto el análisis del problema constitucional que plantea el aborto desde la perspectiva de los derechos fundamentales de la mujer embarazada. De haber invertido ese punto de vista, se habría revelado que el verdadero problema constitucional que planteaba el proyecto de ley «era el de si efectivamente el legislador había cumplido su obligación constitucional de respetar los derechos de la mujer» (Vives Antón, 1985: 152). Como veremos, de ello se ocupa la STC 44/2023.

El nuevo Código penal de 1995 mantuvo inalterada la regulación de 1985, generando incongruencias internas que derivaron en prácticas que afectaban a la seguridad jurídica (Laurenzo Copello, P., 2005: 16 y ss.), y remitió en su Exposición de Motivos a una futura ley especial que regulase la interrupción voluntaria del embarazo fuera del texto punitivo.

Esta ley especial es la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo, que configura un modelo de plazos hasta la semana catorce de gestación. En su redacción original, el modelo era de plazos con asesoramiento, al permitir la interrupción del embarazo con el consentimiento expreso de la mujer embarazada, siempre que se le hubiese informado sobre los derechos, prestaciones y ayudas públicas de apoyo a la maternidad, y hubiese transcurrido un período de reflexión de tres días. Tras la reforma operada por la Ley Orgánica 1/2023, de 28 de febrero, que suprime ambos requisitos, se debe hablar de un sistema de plazos incondicionado hasta la semana catorce de gestación. Más allá de esta semana, y hasta la vigesimosegunda, la interrupción del embarazo se permite tan sólo si concurre alguna

3 El fallo hubo de decidirse por el voto de calidad del presidente García Pelayo, y la sentencia cuenta con el voto particular disidente de cinco magistrados. Todos ellos reparan en el exceso de jurisdicción en que había incurrido la mayoría del Tribunal, pues «la jurisdicción constitucional es negativa», «lo que no puede hacer es decirle al legislador lo que debe añadir a las Leyes para que sean constitucionales» (voto particular del magistrado Tomás y Valiente).

de las indicaciones terapéutica (grave riesgo para la salud física o mental de la mujer embarazada) o eugenésica/embriopática (que exista riesgo de graves anomalías en el feto). Superado el anterior plazo, la interrupción se prevé excepcionalmente en supuestos de anomalías fetales incompatibles con la vida o una enfermedad extremadamente grave e incurable.

La ley fue objeto de un recurso de inconstitucionalidad que el Tribunal Constitucional ha resuelto, tras más de una década, en la STC 44/2023, de 9 de mayo. En esta ocasión, nuestro Alto Tribunal analiza el problema constitucional que plantea el aborto desde la perspectiva de la posición jurídico-constitucional de la mujer gestante, centrándose en la afectación existencial que le supone el embarazo y su incidencia en sus derechos constitucionales, que el Estado debe respetar en todo caso al articular la protección de la vida prenatal (FJ 2). Todo ello no implica renunciar a la tutela de la vida en formación, sino que ésta «pasa a ser un límite a las pretensiones constitucionales de la gestante, no a la inversa, en un sistema de tutela gradual que toma en consideración, (...), los cambios cualitativos en el desarrollo del proceso vital (FJ 4)» (Rodríguez Ruiz, 2023: 509).

II. Encaje y naturaleza constitucional del Derecho a la Interrupción Voluntaria del Embarazo

A partir de este cambio en la perspectiva de enjuiciamiento, el TC afirma que «la decisión de la mujer de interrumpir su embarazo se encuentra amparada en el art. 10.1 CE, que consagra la “dignidad de la persona” y el “libre desarrollo de la personalidad”, y en el art. 15 CE, que garantiza el derecho fundamental a la integridad física y moral» (FJ 3). Tras analizar cada uno de los preceptos, el Tribunal Constitucional concluye que ambos «exigen del legislador el reconocimiento de un ámbito de libertad en el que la mujer pueda adoptar (...) la decisión que considere más adecuada en cuanto a la continuación o no de la gestación» (FJ 3 D). Ello implica que en los casos en que no se respete ese ámbito de libertad que el legislador ha decidido, y «en los que se *dificulte de manera relevante el acceso a la prestación sanitaria de la interrupción del embarazo o su práctica*», se apreciará la vulneración del derecho a la integridad física y moral (STC 78/2023, FJ 5⁴).

El Tribunal Constitucional viene así a blindar el derecho a la interrupción voluntaria del embarazo como parte de otro más amplio de autodeterminación, o «derecho fundamental general de libertad» con base en la dignidad y el libre desarrollo de la personalidad⁵, al utilizar el art 10.1 CE como norma de clausura del sistema de derechos y libertades (Sieira Mucientes, 2023: 265 y ss). En definitiva, el TC «reconoce la autodeterminación como principio constitucional axial en la construcción de la ciudadanía democrática» (Rodríguez Ruiz, 2023: 511) que, conectado con el derecho fundamental a la integridad personal (art. 15 CE), incluye el acceso al aborto.

Este pronunciamiento del TC tiene su raíz en la revocada sentencia del Tribunal Supremo estadounidense *Roe v. Wade* (1973), que concluyó que el derecho a la privacidad personal de la Cláusula del Debido Proceso de la Decimocuarta Enmienda a la Constitución Fede-

4 «En consecuencia, en aquellos casos en los que no se respeten las previsiones legales que tienen como objeto proporcionar garantías para que la mujer pueda tomar esta decisión libremente, con pleno conocimiento de causa y con todos los elementos de juicio necesarios, así como aquellas que tienen como finalidad asegurar que la prestación de la interrupción del embarazo se va a efectuar con respeto de los derechos fundamentales de la mujer, la vulneración legal conllevará también la del derecho fundamental afectado» (STC 78/2023, FJ 5).

5 Véanse las SSTC 19/2023, de 22 de marzo, FJ 6C), en relación con la eutanasia; y 99/2019, de 18 de julio, FJ4, en relación con la propia identificación sexual.

ral incluía la decisión de abortar durante las primeras fases del embarazo⁶. Una y otra sentencias se centran en el sacrificio para los derechos de la mujer embarazada que supondría obligarla a llevar a término su embarazo y el consiguiente alumbramiento, lo que nuestro TC considera que supondría una instrumentalización de la persona contraria al art. 15 CE, en relación con los arts. 1.1 y 10.1 CE. Por su parte, la Corte Suprema de Estados Unidos afirmó que la decisión de un Estado de no permitir a la mujer embarazada decidir sobre la continuación o no de su embarazo durante una primera etapa supone un perjuicio evidente que afecta a su salud física y psíquica, a lo que han de sumarse otros factores sociales y familiares (*Roe v. Wade*, 410 U.S. 113, 153).

III. La «Tutela Gradual» de la vida prenatal y el modelo mixto

Como ya afirmó la STC 53/1985, FJ 6, el *nasciturus* no es titular del derecho a la vida, pero es un bien jurídico-constitucional digno de protección ex art. 15 CE, en tanto encarna la protección de un valor superior del ordenamiento jurídico, la vida humana, que «constituye el derecho fundamental esencial y troncal en cuanto es el supuesto ontológico sin el que los restantes derechos no tendrían existencia posible» (STC 53/1985, FJ 3). Pero la STC 53/1985 también aceptó que la defensa de la vida prenatal no tiene carácter absoluto, por lo que el legislador puede excluir la punibilidad del aborto en supuestos «en los cuales la vida del *nasciturus*, como bien constitucionalmente protegido, entra en colisión con derechos relativos a valores constitucionales de muy relevante significación, como la vida y la dignidad de la mujer». (FJ 8).

En consecuencia, la protección de la vida prenatal que el Estado está obligado a articular, ha de compatibilizarse con el respeto a los derechos fundamentales de la mujer gestante, en la medida en que no puede afirmarse el carácter absoluto de ninguno de ellos (STC 53/1985, FJ 8). La LO 2/2010 pretende compatibilizar los valores en conflicto por medio de lo que denomina «tutela gradual», teniendo en cuenta el desarrollo cualitativo del *nasciturus* a lo largo de la fase de gestación, habida cuenta de que la vida es un devenir (STC 53/1985, FJ 5).

El modelo de «tutela gradual», o de limitación gradual de los derechos constitucionales de la mujer en aras de proteger la vida prenatal, distingue tres períodos en atención a los cambios cualitativos que se producen en la gestación. Tomando como premisa que el derecho a la interrupción voluntaria del embarazo tiene base constitucional, el examen de constitucionalidad que realiza la STC 44/2023 se centra en dilucidar si las normas recurridas responden a una correcta ponderación entre los derechos constitucionales de la mujer embarazada y el deber del Estado de proteger la vida prenatal.

Durante las primeras catorce semanas de gestación, la mujer puede interrumpir el embarazo «sobre la base de su propia decisión, libre de toda intromisión ajena, informada y consciente» (FJ 4 a). La LO 2/2010 y la STC 44/2023 consideran que ello no impide la tutela de la vida prenatal, que se articula por medio de «políticas de apoyo a las mujeres embarazadas y a la maternidad», a lo que se añade el aborto punible en el Código penal cuando se practica sin el consentimiento de la mujer embarazada o sin respetar las con-

6 Recientemente, en *Dobbs v. Jackson* (2022), la Corte Suprema ha revocado *Roe v. Wade* y *Planned Parenthood v. Casey* (1992) –que modificó la primera– devolviendo la facultad de regular el aborto a las cámaras legislativas de los estados federados. En suma la mayoría del tribunal, considera que la Constitución estadounidense no menciona el derecho al aborto, y que no puede deducirse de ninguna de las cláusulas constitucionales. Tampoco de la Decimocuarta Enmienda que, si bien contiene derechos implícitos, deben estar lo suficientemente arraigados en la historia y tradición de la sociedad estadounidense.

diciones y requisitos que exige la ley⁷. Frente a ello, los votos particulares y los críticos del modelo de plazos objetan que este sistema permite acabar con la vida del nasciturus por la mera voluntad de la mujer embarazada dentro de las primeras catorce semanas de gestación, dando prevalencia absoluta a su voluntad, y eludiendo la ponderación de los valores en conflicto, lo que supone una renuncia del Estado a la protección efectiva del *nasciturus*.

Antes de entrar en el fondo de estas críticas que se hacen a la protección del *nasciturus* durante las primeras catorce semanas, es necesario hacer mención del papel que el asesoramiento cumple en la LO 2/2010. Como se ha dicho, la STC 44/2023 examina el de plazos con asesoramiento, que el Tribunal acepta implícitamente (*vid.* el voto particular de la magistrada Balaguer Callejón), pues se establece el requisito de informar a la mujer embarazada antes de la interrupción del embarazo. Este requisito se configura como un instrumento de tutela del *nasciturus* de carácter procedimental, cuyo origen se encuentra en la legislación alemana, y que el Tribunal Constitucional Federal alemán (BverfGE 99, 203) consideró determinante para declarar que la despenalización del aborto durante el primer trimestre de gestación en la ley de despenalización del aborto de 1992 satisfacía el deber de protección de la vida prenatal. La STC 44/2023 se limita a considerar esta instancia intermedia un elemento determinante en la libre formación del consentimiento de la embarazada⁸, sin analizar su papel como instrumento de tutela de la vida prenatal, en tanto «es aquí donde el modelo de plazos con asesoramiento descarga todo el esfuerzo de protección de la vida intrauterina» (Laurenzo Copello, 2020: 242; *vid* también Sieira Mucientes, 2023: 303 y ss).

Más allá de lo anterior, el Tribunal, en la línea argumental de la doctrina defensora del modelo de plazos (*vid* el Informe Comité de Personas Expertas sobre la situación de la interrupción del embarazo en España y Propuestas para una nueva regulación), considera que la LO 2/2010 no infringe el umbral de protección mínimo de la vida prenatal durante las primeras catorce semanas de gestación. Desde este punto de vista, el Estado no renuncia a proteger la vida prenatal durante la primera fase en tanto existe un cuerpo normativo preventivo y asistencial «inequívocamente orientado al cumplimiento del deber de protección de la vida prenatal» (FJ 5). Es cierto que la STC 53/1985, al afirmar que el Estado «debe 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» (FJ 7), no estaba pensando en un

7 El art. 145 CP configura una ley penal en blanco, al remitir a los requisitos de la LO 2/2010. La previsión de una pena, siquiera sea simbólica, para la mujer embarazada cuando aborta sin cumplir con los requisitos que exige la Ley, no deja de ser polémica, pues «a nadie se le puede escapar el hecho de que la mujer es también y sobre todo víctima de la situación y padece ya con ello importantes sufrimientos y menoscabos físicos o psíquicos a los que se hace innecesario añadir los efectos de una intervención penal» (González Cussac *et al.*, 2023: 108). La amenaza penal separa a la mujer y a su hijo como «autora» y «víctima», porque supone una intimidación vacía en lugar de ayuda concreta, y porque, en definitiva, crea un derecho penal simbólico, engañoso e inefectivo (Vives Antón y Cuerda Arnau, 2012: 130).

8 El asesoramiento «está orientado a garantizar que la mujer tenga a su alcance la información más completa que pueda necesitar a la hora de adoptar una decisión que se considera de extraordinaria trascendencia, libre de toda presión externa, con pleno conocimiento de causa y contando con todos los elementos adecuados para formar juicio, incluidos aquellos que pudieran contribuir a subvenir las dificultades de todo orden que el nacimiento de un hijo o hija pudiera plantearle» (FJ 5). Aunque a día que se redactan estas páginas la sentencia que resuelve el recurso n.º 3630-2023 no ha sido publicada, la Nota Informativa N.º 66/2024 nos adelanta, que el Pleno del TC ha avalado la derogación de este requisito por la LO 1/2023: «e) El Tribunal considera constitucional la supresión del período de reflexión de tres días y valora como suficiente la información ofrecida antes de la interrupción voluntaria del embarazo, que ya no establece como obligatorio proporcionar a la mujer información sobre las prestaciones y ayudas públicas de apoyo a la maternidad. Ambas medidas no pueden reputarse arbitrarias puesto que pretenden eliminar el enfoque según el cual la mujer que manifiesta su voluntad de interrumpir su embarazo no ha reflexionado lo suficiente o no es consciente de la decisión que ha tomado». En esta misma línea se pronunció la magistrada Balaguer Callejón en su voto particular concurrente al considerar que el modelo de plazos con asesoramiento «presupone que la adecuación o suficiencia del consentimiento de la mujer queda condicionado a la prestación de una información específica previa».

modelo de tutela de la vida en formación como el que diseña la LO 2/2010. Pero de esas afirmaciones tampoco se puede extraer que la tutela de la vida en formación haya de ser exclusiva o principalmente penal, pues lo esencial es que del ordenamiento jurídico en su conjunto «pueda inferirse con claridad una política pública dirigida a asegurar el respeto de la vida en gestación» (Laurenzo Copello, 2005: 23), en tanto está orientado a evitar los embarazos no deseados, «punto de partida indispensable para reducir los abortos» (Laurenzo Copello, 2008: 7; González Cussac J. L. *et al*, 2009: 36).

Después de la semana catorce de gestación, y hasta la vigesimosegunda, la interrupción del embarazo se prevé en caso de grave «riesgo para la salud de la mujer embarazada» (indicación terapéutica), o de «riesgo de graves anomalías en el feto» (indicación embriopática). Ambos supuestos como excepción a la punibilidad del aborto fueron validados por la STC 53/1985. En un primer caso, si se da prevalencia a la protección del *nasciturus* sobre el derecho a la vida de la madre, «se penalizaría a la mujer por defender su derecho a la vida» (STC 53/1985, FJ 11 a), y en el caso de la indicación eugenésica o embriopática, se trata de un caso límite en el que «el recurso a la sanción penal entrañaría la imposición de una conducta que excede de la que normalmente es exigible a la madre y a la familia» (STC 53/1985, FJ 11 c). En definitiva, la concurrencia de las indicaciones terapéutica o embriopática implica una mayor afectación de los derechos de la mujer embarazada, cuya restricción sería irrazonable y desproporcionada (SC 44/2023, FJ 4).

La viabilidad fetal es un momento que cobra especial trascendencia en tanto el *nasciturus* es ya susceptible de cobrar individualidad humana independiente de la madre (STC 53/1985, FJ 5). Como ya señaló *Roe v. Wade*, la prohibición del aborto a partir de este momento, excepto en supuestos excepcionales, tiene justificaciones tanto lógicas como biológicas (410 U.S. 113, 163). En consonancia con ello, la LO 2/2010 prevé dos supuestos excepcionales de interrupción del embarazo a partir de la viabilidad fetal, la detección de «anomalías fetales incompatibles con la vida», o de una «enfermedad extremadamente grave e incurable». En el primer supuesto, no cabe siquiera hablar de vida en formación en tanto se trata de fetos no viables, «lo que impide su consideración como *nasciturus* y la extensión a los mismos de los deberes del Estado de protección de la vida prenatal *ex art.* 15 CE» (FJ 7 B). En el segundo supuesto, el Tribunal considera que obligar a llevar a término el embarazo cuando se detecta en el feto una enfermedad extremadamente grave e incurable, supondría un sacrificio desproporcionado de los derechos de la mujer embarazada, especialmente el libre desarrollo de su personalidad. En suma, más allá de la vigesimosegunda semana, el legislador «otorga clara prioridad a la tutela de la vida prenatal sobre los derechos constitucionales de la mujer, que se entiende han quedado lo suficientemente garantizados a través de las opciones concedidas a la gestante con anterioridad a ese momento» (FJ 4).

IV. La interrupción del embarazo por causas médicas

Los recurrentes no cuestionan la validez de la indicación terapéutica, supuesto que ya analizó la STC 53/1985, para afirmar que, al peligrar la vida o integridad personal de la mujer, «la exigencia de sacrificio importante y duradero de su salud bajo la conminación de una sanción penal puede estimarse inadecuada» (STC 53/1985, FJ 11 a). Se cuestiona en esta ocasión la interpretación de «grave riesgo para la salud» en relación con el art. 2 de la LO 2/2010, que transcribe la definición de «salud» de la Organización Mundial de la Salud como «el estado completo de bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades». Señalan los recurrentes que es imposible

controlar la concurrencia del supuesto de hecho habilitante, es decir, el grave riesgo para la vida o salud de la embarazada, pues entender salud como «salud social» puede suponer una ampliación excesiva de la indicación terapéutica que permita la interrupción del embarazo hasta la vigésimo segunda semana de gestación. Esta interpretación hipotética o eventual, dice el Tribunal, carece de sentido, toda vez que la verificación de la concurrencia de la indicación terapéutica requiere un dictamen emitido por un médico especialista, por lo que, de no verificarse, sencillamente no se emitiría el dictamen (FJ 6).

Por lo que se refiere a la indicación eugenésica o embriopática, cuando el feto presenta «graves anomalías», la STC 53/1985 consideró que obligar a la mujer embarazada a dar a luz excedería lo normalmente exigible a la madre y a la familia (FJ 11 c). Con carácter *obiter dictum*, el Tribunal Constitucional señaló que, en la medida en que «se avance en la ejecución de la política preventiva y, en la generalización e intensidad de las prestaciones asistenciales que son inherentes al Estado social» que impone el art. 49 CE, «se contribuirá de modo decisivo a evitar la situación que está en la base de la despenalización». En este sentido, en la STC 44/2023, el TC niega que la STC 53/1985 impusiera una suerte de condición resolutoria para la validez de la indicación embriopática o eugenésica, de modo que, al extenderse los mecanismos de protección y asistencia a las personas con discapacidad ha de entenderse que la validez de la indicación eugenésica ha decaído. Más bien, tales consideraciones pusieron el foco en la complejidad de la maternidad, haciendo una «llamada al legislador a avanzar en las políticas sociales orientadas a la protección y asistencia de las personas con discapacidad, en cuanto se consideraba que tal avance podría contribuir a favorecer la decisión de la mujer de continuar adelante con su embarazo, en la confianza de que contaría con apoyo estatal» (STC 44/2023, FJ 7 A). Se trata de un razonamiento trasladable a la aproximación jurídica al aborto en general, que desvincula «de premisas trascendentes y abstracciones conflictuales para poner el foco en el marco social y material, prestacional, en que inevitablemente se encuadra todo proceso decisional sobre llevar o no un embarazo a término» (Rodríguez Ruiz, 2023: 503).

V. Conclusiones

La argumentación de nuestro Alto Tribunal sigue la línea del Tribunal Supremo de los Estados Unidos en *Roe v. Wade* (1973), y encuentra una base constitucional al derecho a la interrupción voluntaria del embarazo, que considera parte integrante del derecho fundamental a la integridad física y moral (art. 15 CE), en conexión con la dignidad y el libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 CE). La STC 78/2023, de 3 de julio ha ratificado esta interpretación, al admitir un recurso de amparo y apreciar la vulneración del derecho a la integridad física y moral por dificultades de acceso a la prestación.

Pese a que existen bastantes puntos de continuidad, la STC 44/2023 marca un cambio significativo con respecto a la STC 53/1985, pues redefine el equilibrio entre el conflicto de valores constitucionales que plantea el aborto. Al exigir al legislador un ámbito de libertad durante el que la mujer pueda decidir razonablemente sobre la continuación o no de la gestación, el Tribunal Constitucional blinda el modelo de plazos como el único conforme con nuestro sistema constitucional, excluyendo otras opciones legislativas.

En definitiva, la doctrina que plasma la STC 44/2023 considera que la mujer embarazada, como sujeto plenamente capaz y responsable, debe tener un ámbito razonable de decisión sobre la continuidad de su embarazo, sin perder de vista la obligación de los poderes públicos de articular una legislación destinada a proteger la vida en formación.

La Ley Orgánica 1/2023, de 28 de febrero, refuerza esta idea, suprimiendo el asesoramiento y el período de reflexión de tres días como requisitos previos a la interrupción del embarazo durante las primeras catorce semanas. Por lo que nos adelanta la Nota Informativa N.º 66/2024 del Tribunal Constitucional, es de esperar que la sentencia que resuelva la impugnación de la citada ley, consolide la doctrina de la STC 44/2023 que aquí se ha tratado de sintetizar.

Referencias Bibliográficas

- Borja Jiménez, E., González Cussac, J. L., Martínez Buján Pérez, C., Carles Carbonell Mateu, J., & Cuerda Arnau, M. L. (2023). Derecho Penal. Parte especial (8ª ed., p. 108). Tirant lo Blanch. <https://biblioteca.tirant.com/cloudLibrary/ebook/info/9788411696906>
- González Cussac, J. L., Lorenzo Copello, P., Duran i Febrer, M., Donat Colomer, F., Arnedo Soria, E., Bedoya Bergua, J. M., Martínez Salmeán, J., Catalá Pérez, C., & Colomer Revuelta, C. (2009). Informe Comité de Personas Expertas sobre la situación de la interrupción del embarazo en España y Propuestas para una nueva regulación.
- Ibáñez y García-Velasco, J. M. (1992). La despenalización del aborto voluntario en el ocaso del siglo XX. Siglo XXI de España.
- Jiménez Campo, J. (2018). Artículo 10. En J. Arnaldo Alcubilla & J. Remón Peñalver (Eds.), Comentarios a la Constitución Española (pp. 213-230). Boletín Oficial del Estado.
- Lorenzo Copello, P. (2005). El aborto en la legislación española: una reforma necesaria. Fundación Alternativas. Documento de trabajo 68/2005.
- Lorenzo Copello, P. (2020). Otra vez el aborto: El inevitable camino hacia un sistema de plazos. Teoría & Derecho. Revista de Pensamiento jurídico, (3), 235-247. <https://ojs.tirant.com/index.php/teoria-y-derecho/article/view/312>
- Rodríguez Ruiz, B. (2023). Consensuando el disenso: autodeterminación reproductiva y ciudadanía democrática. Teoría y Realidad Constitucional, 52, 493-519.
- Ropero Carrasco, J. (2003). La insuficiencia del sistema de indicaciones en el delito de aborto. Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, 56, 211-251.
- Sieira Mucientes, S. (2023). El libre desarrollo de la personalidad como derecho fundamental general de libertad-autonomía: la eutanasia y el aborto en las sentencias del Tribunal Constitucional 19/2023 y 44/2023. Revista de las Cortes Generales, (116), 261-314. <https://doi.org/10.33426/rcg/2023/116/1779>
- Shapiro, I., De Lora Del Toro, P., & Tomás-Valiente, C. (2009). La Suprema Corte de Estados Unidos y el aborto. Fundación Coloquio Jurídico Europeo.
- Vives Antón, T. S. (1985). Valoraciones ético-sociales y jurisprudencia constitucional: el problema del aborto consentido. Revista Española de Derecho Constitucional, (15), 121-157.
- Vives Antón, T. S., & Cuerda Arnau, M. L. (2012). El debate acerca de la legalización del aborto. Tirant Lo Blanch. <https://biblioteca.tirant.com/cloudLibrary/ebook/info/9788490047125>

Duelo al sol: la vacunación de menores contra la Covid-19 en caso de discrepancias entre los progenitores

Duel in the sun: vaccination of minors against Covid-19 in the context of discrepancies between parents

Miguel Medina Álvaro¹

DOI: [https://doi.org/10.37767/2591-3476\(2024\)19](https://doi.org/10.37767/2591-3476(2024)19)

Comentario a

STC 181/2023, del 11 de diciembre

Tribunal Constitucional Español

Acceso al Fallo

RESUMEN:

El presente artículo pretende comentar el caso planteado ante el Tribunal Constitucional Español relacionado con el respeto de derechos fundamentales en el ámbito sanitario, en particular con la vacunación contra la Covid-19. El caso se inicia como una disputa en relación con el ejercicio puntual de la patria potestad de forma individual por parte de uno de los progenitores de un menor, al producirse el desacuerdo con respecto a si debía inoculársele a este la mencionada vacuna. Se analizan aspectos referentes a este procedimiento de jurisdicción voluntaria, además de cuestiones relacionadas con el consentimiento (informado) en el ámbito sanitario y una posible vulneración de los derechos fundamentales a la tutela judicial efectiva y a un proceso con todas las garantías. Finalmente, se ofrece una valoración crítica de la argumentación llevada a cabo en la sentencia, tanto en su fondo como en su forma. Pese a que se está de acuerdo con la decisión de fondo tomada por el Tribunal, se sugieren ciertas mejoras formales que podrían haber sido útiles de cara a proporcionar una tutela más completa de los derechos fundamentales.

¹ Estudiante de quinto curso de Derecho y Ciencia Política y Administración Pública (UAM). Mail: miguelmedalv@gmail.com. Nro. de ORCID: <https://orcid.org/0009-0006-1760-7054>

ABSTRACT

The purpose of this article is to comment on a case brought before the Spanish Constitutional Court related to the respect of fundamental rights in the field of healthcare, particularly the vaccination against Covid-19. The case began as a dispute regarding the exercise of individual parental authority by one of the parents of a minor, when a disagreement arose as to whether the minor should be inoculated with the aforementioned vaccine. Aspects related to this voluntary jurisdiction procedure will be analyzed, as well as issues related to (informed) consent in the field of healthcare and a possible violation of the fundamental rights to effective judicial protection and due process. Finally, we will offer a critical assessment of the argumentation carried out in the sentence, both formally and in material terms. Although we agree with the decision taken by the court, we will suggest certain formal improvements that could have been useful in order to provide a more complete protection of fundamental rights.

PALABRAS CLAVE: Covid-19; salud; negacionismo; audiencia; patria potestad.

KEY WORDS: Covid-19; healthcare; denialism; hearing; parental authority.

I. Introducción

Pese a que ninguna pandemia en la historia de la humanidad se ha producido en un contexto donde la protección de los derechos fundamentales estuviera tan desarrollada, los años en los que la emergencia sanitaria por la Covid-19 fue más intensa supusieron un reto descomunal tanto para los Gobiernos como para la población mundial. La proliferación de discursos que desacreditaban el uso de las vacunas como método eficaz para combatir la enfermedad puso sobre la mesa la diferencia de opiniones reinante en la población con respecto a la confianza de los ciudadanos en el sistema sanitario mundial y en las soluciones basadas en criterios científicos. En ciertos casos, como el que comentaremos a continuación, una disputa entre dos progenitores respecto a la conveniencia de vacunar a su hijo menor acabó por motivar un pronunciamiento del Tribunal Constitucional en relación con este y otros temas afines a los derechos fundamentales, y cómo éstos pueden conjugarse con cuestiones como la vacunación o el consentimiento informado.

II. Breve referencia a las pretensiones de las partes y el iter procesal

Antes de proceder con el análisis de las cuestiones planteadas en la sentencia, conviene mencionar de forma sucinta cuáles eran las pretensiones de las partes cuyo desacuerdo acabó siendo judicializado, así como el recorrido que ha tenido el asunto hasta llegar al Tribunal Constitucional.

1. Pretensiones de las partes y generación del contencioso

El origen del conflicto que acaba desembocando en nuestro proceso ante el Tribunal Constitucional son las discrepancias entre dos progenitores en relación con la inoculación de la vacuna contra la Covid-19 a su hijo menor. Mientras que el padre del menor aboga por suministrarla a su hijo, la madre se opone. Por ello, el padre inicia un procedimiento de jurisdicción voluntaria amparado en la facultad de someter al juez los desacuerdos puntuales que puedan darse entre los progenitores durante el ejercicio de la patria potestad ex art. 156.III Código Civil (en adelante CC). En él, se da audiencia al menor y a las partes y el juez de primera instancia toma la decisión sobre quién debe decidir sobre la inoculación de la mencionada vacuna.

2. Itinerario procesal

Inicialmente, se insta un procedimiento de jurisdicción voluntaria por parte del padre mediante el cual se da audiencia al menor y después se cita a las partes involucradas, esto es, los padres, el menor y el Ministerio Fiscal. La madre se opone a la solicitud realizada por el padre, alegando la ausencia de evidencia científica que permitiría justificar la inoculación de la vacuna de la Covid-19, así como una posible vulneración del derecho a la integridad física y moral del art. 15 Constitución Española (en adelante CE) por una supuesta falta de consentimiento informado del menor.

Después de la audiencia del menor, de 15 años de edad, en la que este se muestra favorable a la inoculación de la vacuna, el Juzgado de Primera Instancia desestima la solicitud del padre y otorga a la madre la potestad de decidir sobre la inoculación de la vacuna. Alega, entre otros motivos, la falta de información completa sobre los efectos de la vacuna en menores, así como la baja incidencia que la enfermedad tiene en este grupo de población, sin apenas tener en cuenta la opinión del menor, expresada por este durante la audiencia.

El Ministerio Fiscal presentó recurso de apelación frente al auto del juez de primera instancia. Alega que los beneficios que pueden derivarse de la vacunación son mayores que los riesgos y recuerda que el menor se mostró favorable a la misma durante el proceso de exploración. Mientras que la madre se opone una vez más a estos planteamientos, el padre se adhiere a las alegaciones hechas por el Ministerio Fiscal.

Posteriormente, la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife dictó auto en el que estimó el recurso de apelación, revalorizando la opinión del menor y su disposición a ser vacunado frente a la poca relevancia que se le dio en primera instancia. La madre promueve un incidente excepcional de nulidad de actuaciones por vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva y a un procedimiento con todas las garantías, pero este es rechazado por la propia Audiencia Provincial. Serán estos derechos fundamentales sobre los que entre a conocer el Tribunal Constitucional en su sentencia. Además, la madre entiende que no había lugar al procedimiento de jurisdicción voluntaria.

Por todo ello, la madre presenta un recurso de amparo ante el TC contra el Auto de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife que otorga el poder de decisión al padre, así como contra la inadmisión del incidente excepcional de nulidad de actuaciones. Alega la vulneración de los derechos fundamentales mencionados anteriormente, así como el derecho a la integridad física y moral y el derecho a la intimidad personal (Arts. 15.1 y 18.1 CE, respectivamente). La Fiscalía del TC se opone a las pretensiones de la madre, instando en primer lugar a la inadmisión del recurso por falta de agotamiento de la vía judicial y después rechazando los argumentos proporcionados por la madre en su recurso. El Tribunal admite a trámite el recurso y se pronuncia sobre parte de las alegaciones hechas por la madre.

III. Análisis crítico de la sentencia

1. La imposibilidad del Tribunal Constitucional de entrar a valorar la vulneración de los derechos a la integridad física y moral (Art. 15.1 CE) y a la intimidad personal (Art. 18.1 CE)

Si bien es cierto que la madre del menor sobre cuya vacunación se está decidiendo in-

cluye en su escrito del recurso de amparo una serie de alegaciones en relación con los derechos a la integridad física y moral y a la intimidad personal, el Tribunal no entra a conocer ni se pronuncia al respecto de ellas. Ello se debe a que, para que pueda alegarse una vulneración de un derecho fundamental como parte de un recurso de amparo, esta debe haberse denunciado con anterioridad durante el proceso cuando el afectado tuvo la oportunidad para hacerlo (vid. Art. 44.1 c) Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional, en adelante LOTC). Ello motiva la inadmisión parcial del recurso de amparo presentado.

La forma en que la demandante pudo haber denunciado la contravención de los citados derechos fundamentales habría sido su inclusión como parte de los derechos fundamentales cuya vulneración se alegaba cuando se instó el incidente excepcional de nulidad de actuaciones. Esta sería una alegación previa al recurso de amparo en un momento oportuno que permitiría apreciar una identidad de causa petendi al momento de presentar el recurso de amparo (González Rivas, 2020: 525-526). De hecho, en el incidente sólo se incluyó la supuesta vulneración de los derechos fundamentales de los Arts. 24.1 y 2 CE, pero no los de los Arts. 15 y 18 CE.

Cabe destacar que el incidente de nulidad de actuaciones es preceptivo de cara a acceder al amparo constitucional proporcionado por el TC (Sospedra Navas, 2015: 180-181). El incidente excepcional de nulidad de actuaciones deriva de la reforma de la LOTC, introducida por las Leyes Orgánicas 5/1997, de 4 de diciembre, y 13/1999, de 14 de mayo, como respuesta a la doctrina del TC (vid. entre otras STC 185/1990) de la necesidad de descargar el sistema del recurso de amparo mediante la creación de un procedimiento que permitiera la tutela de derechos fundamentales en sede jurisdiccional ordinaria una vez que las resoluciones judiciales hubieran alcanzado firmeza (Sospedra Navas, 2015: 182). Mediante este sistema se opta por dejar en manos de los jueces ordinarios la protección de los derechos fundamentales de los ciudadanos y se evita una recurrencia excesiva al recurso de amparo. La reforma operada por la aprobación de la Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo, amplió el alcance del incidente de nulidad de actuaciones, permitiendo alegar la vulneración de cualquiera de los derechos fundamentales referidos en el art. 53.2 CE (González Rivas, 2020: 564). De esta forma, el incidente excepcional de nulidad de actuaciones quedaría configurado como una herramienta de tutela individual de los derechos fundamentales una vez hubiera recaído sentencia y solo se acabaría dando el paso al recurso de amparo de forma residual, cuando la tutela no hubiera sido proporcionada suficientemente y el asunto revistiera especial trascendencia constitucional (Cordón Moreno, 2020: 428).

Así, y aunque la madre alegara al momento de oponerse a la solicitud del procedimiento de jurisdicción voluntaria realizada por el padre la posible vulneración del derecho a la integridad física y a la intimidad personal de su hijo, ello no basta para poder considerar el requisito de alegación previa contenido en el art. 44.1 c) LOTC. Debería haber incluido todas las posibles vulneraciones de cualquier derecho fundamental en aquel incidente para haber podido alegarlas después.

2. El consentimiento en el ámbito sanitario. Discusión sobre la necesidad de consentimiento informado en el contexto de la decisión judicial sobre la inoculación de la vacuna. Especial consideración del posicionamiento de la fiscal del Tribunal Constitucional

Como decimos, el Tribunal no se pronuncia sobre la vulneración del derecho a la integridad física por la falta de consentimiento informado para que el hijo recibiera la vacuna de la Covid-19 (Art. 15 CE) ni del derecho a la intimidad personal (Art. 18.1 CE), consideramos que un análisis del argumento empleado por la madre puede ayudar a dar una perspectiva más clara sobre el conjunto de la sentencia. Aquí juega un papel importante la noción del consentimiento informado en el ámbito sanitario, que es uno de los principios rectores de la llamada Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la Autonomía del Paciente (en adelante, LAP). Por ello, conviene preguntarse acerca de la noción del consentimiento informado en general y su aplicación al caso concreto tratado en la sentencia.

La Ley reguladora del consentimiento informado en el ámbito sanitario en nuestro país es la LAP. Esta ley tiene la condición de básica, por lo que para entender de forma completa cómo se regula el consentimiento informado en nuestro país sería necesario consultar y revisar las leyes que las Comunidades Autónomas hayan ido pudiendo aprobar al respecto (Ortiz Fernández, 2021: 176).

De forma general, el consentimiento informado en el ámbito sanitario ha de entenderse como el consentimiento que se otorga a la hora de recibir un tratamiento médico, tanto en un centro público como privado, y así lo recoge la LAP en su art. 1. Específicamente, el momento de otorgamiento del consentimiento debe separarse en dos partes: Existe un paso de información previa, orientado a que el paciente pueda tomar una decisión libre y voluntaria, entendiendo el tratamiento que va a recibir, para después otorgar o no su consentimiento al respecto; así, el consentimiento sólo podrá considerarse válido si va precedido de ese trámite de información de la cual debe proveerse al paciente o usuario (Ortiz Fernández, 2021: 220). La protección que la ley pretende otorgar al consentimiento de los pacientes se refuerza haciendo obligatorio el conocer de forma precisa los pormenores del tratamiento/intervención, "porque solo así podrá optarse adecuadamente entre las posibilidades existentes" (Ortiz Fernández, 2021: 220).

De este modo, no parece que la afirmación sobre la vulneración del derecho a la integridad física por la falta de consentimiento informado pueda prosperar en este ámbito, incluso si el Tribunal hubiera entrado a valorarla. Efectivamente, es cierto que en los casos en los que se practique una intervención médica será necesario contar con el consentimiento informado del paciente, pero en nuestro caso la decisión judicial se centra solo en decidir cuál de los padres será el responsable de tomar la decisión sobre la inoculación de la vacuna de la Covid-19, derivada de un desacuerdo en el ejercicio de la patria potestad.

Como aduce correctamente la fiscal del TC en la propia sentencia al valorar los argumentos esgrimidos por la madre en el recurso de amparo, será en un paso posterior cuando el facultativo, si es que se decide la administración de la vacuna, deba informar al menor de la intervención a la que va a ser sometido y asegurarse de que comprende la relevancia de la misma.

Por último, cabe comentar la afirmación hecha por la Fiscalía con respecto a la posibilidad de que, en realidad, la autorización a uno de los padres para decidir sobre la administración de la vacuna contra la Covid-19 pudiera suponer, indirectamente, una autorización a la vacunación. Efectivamente, ciertos autores en el pasado han considerado que, de

hecho, “el art. 156 CC no atribuye al juez la posibilidad de tomar la decisión referente al menor, aunque lo hará de forma indirecta porque se otorgará esa posibilidad de decidir a uno de los progenitores después de haber escuchado la postura de cada uno de ellos” (Nevado Montero, 2020: 338), con lo que la decisión del juez estaría decidiendo sobre la práctica de una intervención sujeta a la regulación de la LAP, aunque de forma indirecta. Admitiendo que, de hecho, el pronunciamiento del juez en este caso supone efectivamente una decisión indirecta sobre la vacunación a la que debe someterse al menor dados los intereses contrapuestos de los padres, la Fiscalía argumenta que el menor tiene capacidad de juicio suficiente como para entender la intervención, por lo que no se aplicaría ninguno de los supuestos del art. 9.3 b) y c) de la LAP, pensado para los casos en los que el consentimiento tiene que ser otorgado por el representante del menor antes de una intervención médica, y no sería por ello necesaria la solicitud de un consentimiento informado en relación con la decisión tomada por el juez con respecto a la vacunación del menor ni se habría producido una vulneración del derecho fundamental a la integridad física.

3. La especial trascendencia constitucional. Valoración de la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (Art. 24.1 CE) y a un proceso con todas las garantías (Art. 24.2 CE)

A. El concepto indeterminado de la “especial trascendencia constitucional”

El TC considera que el recurso debe ser admitido a trámite dado que el caso planteado tiene especial trascendencia constitucional por referirse a asuntos respecto a los cuales no existe doctrina del Tribunal, además de que el asunto tiene especial relevancia por tratarse de un tema que “plantea una cuestión jurídica de relevante y general repercusión social o económica”. Estos motivos se corresponden con el Fundamento Jurídico 2 a) y g) de la STC 155/2009, que pretendió otorgar criterios claros de cara a apreciar la llamada “especial trascendencia constitucional”. Sin embargo, y como veremos, el concepto de “especial trascendencia constitucional” recogido en el art. 50.1 LOTC, sigue siendo relativamente oscuro e indeterminado (Ortega Gutiérrez, 2010: 498). Después de analizar en profundidad este concepto, valoraremos los pronunciamientos del Tribunal sobre la vulneración de los derechos fundamentales de los Arts. 24.1 y 24.2 CE.

En primer lugar, hay que mencionar que el requisito de la especial trascendencia constitucional se introdujo mediante la reforma operada con la aprobación de la Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo, de cara a permitir una mayor eficiencia del uso del recurso de amparo y evitar el malgasto de recursos públicos (González Rivas, 2020: 563). Esta modificación supuso que sólo los recursos que revistieran especial trascendencia constitucional serían admitidos a trámite para la consideración del TC. Así, la nueva configuración del recurso de amparo supone que el afectado debe justificar de forma concreta por qué considera que sus derechos fundamentales han sido vulnerados, y el TC tiene una “ocasión para justificar un pronunciamiento dictado en interés general” (González Rivas, 2020: 564). Será el Tribunal, en cada caso, el que tenga la última palabra sobre la concurrencia o no de la especial trascendencia y este tiene completa libertad para tomar esta decisión (González Rivas, 2020: 569).

Sin embargo, y como antes hemos comentado, pese a la reforma operada en la LOTC la “especial trascendencia constitucional” es un concepto altamente indeterminado

cuya volatilidad el propio Tribunal trató de paliar mediante la doctrina sentada en la STC 155/2009. Procede analizar entonces los motivos alegados en nuestra sentencia y recogidos en esa jurisprudencia del Tribunal.

En el caso de que haya un vacío con respecto a la doctrina del Tribunal, que es el motivo recogido en el FJ 2 a) de la STC 155/2009, cobra especial relevancia el apreciar la especial trascendencia constitucional. En este sentido, sería la casuística la que motivaría la necesidad del Tribunal de pronunciarse con respecto a un derecho sobre el cual no guarda jurisprudencia (Ortega Gutiérrez, 2010: 509). Efectivamente, la trascendencia constitucional será máxima cuando el órgano de control de la constitución aprecie que la falta de pronunciamiento sobre un asunto pueda desembocar en una falta de protección a los derechos fundamentales de los ciudadanos. La aceptación por este motivo supone que el TC fijará una doctrina que antes no existía y que vinculará desde ese momento al resto de órganos judiciales (González Rivas, 2020: 572). En el caso que aquí tratamos es especialmente interesante considerar que el Tribunal entiende que no se ha producido una vulneración de un derecho fundamental, pero que la cuestión planteada tiene especial trascendencia constitucional, lo cual puede resultar, intuitivamente, algo contradictorio. Este punto se desarrollará más adelante.

Por otro lado, y con respecto al planteamiento de una “cuestión jurídica de relevante y general repercusión social o económica”, puede decirse que este motivo fijado en el FJ 2 g) de la STC 155/2009 es una especie de “cajón de sastre” (Ortega Gutiérrez, 2010: 510) donde podrían incluirse una gran variedad de supuestos que no acabarían de encajar dentro de los fijados por el Tribunal en la ya mencionada sentencia o que, sin entrar necesariamente en otros supuestos, revistan especial trascendencia constitucional. Sin embargo, parece que ello no hace más que cronificar la falta de determinación conceptual de la especial trascendencia constitucional, puesto que los términos empleados complican aún más la comprensión de lo que debe entenderse por esta. No obstante, la letra g) da una definición negativa según la cual no tendrán especial trascendencia constitucional aquellos supuestos en los que no se trascienda el caso concreto (Ortega Gutiérrez, 2010: 511). Esta consideración es relevante para nuestro caso porque permite entender que el Tribunal considera que, pese a que la trascendencia constitucional de la afectación al derecho a la tutela judicial efectiva sea de carácter más bien general, el impacto que tiene trasciende el caso concreto y puede ser de interés para la ciudadanía.

B. Comentario a los pronunciamientos del Tribunal

En este punto, conviene analizar aquellas alegaciones que el Tribunal Constitucional sí que entró a conocer y resolver como parte del recurso de amparo presentado por la madre. En primer lugar valoraremos la supuesta vulneración del principio de inmediatez en relación con el derecho fundamental a un proceso con todas las garantías (Art. 24.2 CE) por el hecho de que no se recogiera en soporte físico la comparecencia del menor, para después referirnos a una posible vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (Art. 24.1 CE) en relación con el pronunciamiento realizado por la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife sobre la relevancia de la opinión del menor al respecto de la vacunación. Ambas alegaciones fueron desestimadas por el TC.

En su primera alegación, la madre plantea una vulneración del principio de inmediatez con respecto al derecho a un proceso con todas las garantías, dado que no

se habría grabado la comparecencia del menor en la primera instancia durante el procedimiento de jurisdicción voluntaria solicitado por el padre. Antes de valorar la necesidad de la citada grabación para el respeto del principio de inmediación, procede hacer una sucinta mención de los aspectos más relevantes de los procedimientos de jurisdicción voluntaria y de los planteados en el caso concreto.

El procedimiento de jurisdicción voluntaria puede definirse como “aquella función que desempeñan los jueces y otros funcionarios judiciales de decidir, conforme a normas y procedimientos establecidos legalmente, sobre asuntos no directamente controvertidos que requieren de su autoridad para la producción de unos efectos jurídicos determinados” (Banacluche Palao, 2023: 34). En particular, se trata de “actos judiciales de decisión” que, si bien provienen de un juez y revisten por ello carácter jurisdiccional, no dejan de tener asimismo carácter administrativo en relación con el fin que persiguen (Banacluche Palao, 2023: 37)

En nuestro caso se recurre a un expediente de jurisdicción voluntaria por tratarse de una materia cuyas decisiones deben estar revestidas de la autoridad de un juez, sin llegarse por ello a fundamentar un contencioso al respecto. Como indica el profesor Banacluche, “El fundamento de los actos de jurisdicción voluntaria se encuentra en la necesidad de alcanzar seguridad jurídica respecto de cuestiones que necesitan una respuesta de autoridad” (Banacluche Palao, 2023: 37), en lo que al caso respecta el ejercicio puntual de forma individual por parte de uno de los progenitores. Pese a que se trate de actos, como en este caso la decisión sobre el ejercicio de la patria potestad, que podrían ser llevados a cabo de forma unilateral, “la sociedad prefiere que lo haga una autoridad pública, después de haber analizado el caso concreto, para conferir de legitimidad social (sic.) su decisión y evitar conflictos posteriores” (Banacluche Palao, 2023: 37).

Por último, la parte que no esté de acuerdo con la decisión tomada por el juez o autoridad competente siempre podrá instar posteriormente un proceso contencioso que, de forma definitiva, decida sobre la cuestión que se planteó en el procedimiento de jurisdicción voluntaria (Banacluche Palao, 2023: 38). Esta es la decisión que tomaron el Ministerio Fiscal (que también es parte en el proceso) y el padre cuando combatieron la decisión del juez en primera instancia.

Recordemos que la madre alega que la comparecencia del menor no se ajustaba a derecho por no haber sido grabada en un soporte digital. La doctrina del TC respecto de estos procedimientos siempre ha puesto la protección del menor en el centro, y el propio Tribunal la cita también en este caso. En concreto, los FJ 7 y 8 de la STC 64/2019, conjugados con la redacción del art. 18.2.IV de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria (en adelante, LJV) permiten afirmar lo siguiente. En primer lugar, la correlación del derecho de protección del menor con el derecho de las partes a alegar y justificar sus derechos para que estos puedan ser defendidos y reconocidos y la manera en que deben ser conjugados, de forma que no se produzca una vulneración de la tutela judicial efectiva en los procesos de jurisdicción voluntaria, debe circunscribirse al momento de documentación, esto es, al momento en que se lleva a cabo la exploración del menor (FJ 7). Así, el acta debe contener las manifestaciones del menor que sean imprescindibles para conocer la verdad (FJ 8). Teniendo en cuenta además el art. 18.2.IV LJV, no parece necesario que se lleve a cabo la grabación

de la exploración del menor, siendo suficiente que el contenido más relevante de la misma sea reflejado en un acta que las partes puedan emplear como instrumento del proceso, destinado a proveerlas de un acceso a la tutela judicial efectiva.

Por todo ello, cabe valorar positivamente la inadmisión del primer motivo alegado por la madre, en relación con la vulneración del derecho fundamental a un proceso con todas las garantías del art. 24.2 CE.

Desde un punto de vista crítico, puede afirmarse que el propio Tribunal cita jurisprudencia anterior que, pese a ser muy similar a la que se pretende sentar en este caso, tiene un carácter más general. Con ello queremos decir que da la impresión de que el Tribunal empleó la oportunidad para concretar su doctrina en materia de procedimientos de audiencia a menores en relación con el uso de dispositivos de grabación como CD o DVD, que no venían recogidos en anteriores sentencias. Se trataría, por ello, de un “refinamiento de la doctrina” orientado a otorgar una mayor protección a los menores, lo cual justificaría los argumentos de falta de doctrina al respecto y de cuestión jurídica de relevante repercusión para la apreciación de la especial trascendencia constitucional.

En segundo lugar, el Tribunal se pronuncia sobre la posible vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (Art. 24.1 CE) derivada de una supuesta incongruencia extra petita alegada por la madre. Esta entendía que la Audiencia Provincial había realizado una nueva valoración de la de la comparecencia del menor en segunda instancia, sin haber sido instada esta por ninguna de las partes.

De forma general es correcto afirmar que la comparecencia del menor en este caso tenía carácter obligatorio y así lo prescribe el propio art. 156.III CC, que menciona que en aquellos casos en los que haya discrepancias en el ejercicio de la patria potestad, el hijo o la hija menor será oído siempre que tenga más de 12 años (Marín López, 2005: 200). Así se produjo en el caso de nuestra sentencia, donde el menor fue preguntado sobre su disposición a vacunarse y respondió de forma positiva, siendo consciente de que, como comentamos, la inoculación de la vacuna no supondría su inmunización con respecto a la enfermedad.

Sin embargo, y como argumenta el Tribunal apoyándose en las actuaciones del Ministerio Fiscal cuando recurrió el auto de primera instancia, la consideración que debía darse a la voluntad del menor fue puesta sobre la mesa después de que el juez de primera instancia apenas la tuviera en cuenta de cara a tomar su decisión. Si bien es cierto que ni el padre ni la madre alegaron que la opinión del menor debiera tenerse en cuenta (es más, la propia madre descartó la relevancia de la opinión del menor por la “trascendencia de la decisión” de vacunarse), es el Ministerio Fiscal el que trajo a colación la relevancia de las declaraciones que el menor había realizado durante el expediente de jurisdicción voluntaria cuando presentó el recurso de apelación. Por ello, no puede decirse que la Audiencia Provincial se pronunciara sobre un aspecto que no formaba parte del debate, tanto más cuando el padre se adhirió al recurso de apelación del MF.

Así, parece también apropiada la desestimación del recurso en relación a una posible vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (Art. 24.1 CE).

El Tribunal parece secundar la postura de su propia Fiscalía sin entrar en detalle con respecto a lo que deba entenderse por los límites de pronunciamiento de un tribunal dentro de un proceso, así como las situaciones en que podemos encontrarnos ante una tutela judicial deficiente por parte del mismo debido a una incongruencia. Parece que era una ocasión propicia que no ha sido aprovechada del todo por el TC y en la que se podría haber ahondado en los pormenores del caso de cara a proporcionar una tutela judicial todavía más concreta y efectiva.

4. Consideraciones acerca de la alegada falta de imparcialidad del órgano judicial por el uso de expresiones referidas al negacionismo

Una de las alegaciones finales sobre las que se pronuncia el Tribunal en los fundamentos jurídicos de la sentencia es la que hace la madre del menor con respecto a la supuesta falta de imparcialidad de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, dado que esta, en su pronunciamiento, empleó la expresión “postulados negacionistas” para deslegitimar los argumentos esgrimidos por la madre en contra de la procedencia de la vacunación de su hijo.

El Tribunal considera que el mero empleo de la citada expresión, sin ninguna adición posterior ni otro tipo de acto por parte de la Audiencia Provincial, no es suficiente como para considerar que el órgano judicial no actuó de forma imparcial cuando concedió al padre la facultad de decidir sobre la inoculación de la vacuna a su hijo. Citando jurisprudencia anterior, el TC acaba por desestimar el argumento por considerar que, para poder alegar una actuación parcial por parte de un órgano judicial, sería necesario que existieran “dudas objetivamente justificadas, exteriorizadas y apoyadas en datos objetivos” que permitieran afirmar la falta de equidad del juez.

Sin embargo, el TC no entra a valorar el momento temporal en el que la madre alega la supuesta falta de imparcialidad del órgano judicial, esto es, los instrumentos que tenía a su alcance la madre en momentos previos al recurso de amparo para haber cuestionado las actuaciones del juez. En particular, la STC 140/2004 (citada pero no comentada por el TC) menciona que el mecanismo que tendría una parte para cuestionar la imparcialidad de un juez y exteriorizar sus dudas es el de la recusación (vid. Art. 228.2 Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial).

De este modo, parece que habría sido más adecuado, en lugar de recurrir a un recurso de amparo para cuestionar la imparcialidad de un juez, haber instado un expediente de recusación, como indica la sentencia antes citada. Para que pudiera haberse alegado este motivo en un recurso de amparo habría sido necesario, una vez más, que hubiera habido una invocación en la vía ordinaria del procedimiento de recusación del juez, de forma similar a lo que ocurre en el caso del incidente excepcional de nulidad de actuaciones y el art. 44.1 c) LOTC. Solo cuando esta recusación no hubiera prosperado o el demandante aún considerara que existe una vulneración de sus derechos por la falta de imparcialidad del juez podría alegarse este motivo por la vía del recurso de amparo. También nosotros consideramos que el empleo de la expresión “postulados negacionistas” no supone un indicio suficiente, tanto por su cantidad como por su calidad, como para poder afirmar la falta de imparcialidad de un juez. Si bien parece que el juez se muestra en desacuerdo con las posiciones defendidas por la madre con respecto a la vacunación de la Covid-19, ello no le impidió tomar una decisión basada en argumentos y razones apoyadas en preceptos de derecho.

IV. Conclusiones

Admitiendo que el Tribunal actúa correctamente cuando entra a conocer de los dos argumentos esgrimidos por la madre en su recurso de amparo en relación con los arts. 24.1 y 2 CE, la sentencia parece adolecer de un exceso de brevedad en varios puntos del pronunciamiento. Sorprende especialmente el hecho de que los fundamentos jurídicos ocupen considerablemente menos espacio que los antecedentes o fundamentos de hecho, y la parquedad con la que se desarrolla la argumentación encaminada a desestimar el recurso de amparo.

Efectivamente, el TC no tiene obligación de pronunciarse sobre una posible vulneración de los derechos fundamentales de los Arts. 15 y 18 CE, dada la falta de alegación previa comentada anteriormente. Sin embargo, y dada la supuesta "especial trascendencia constitucional" que el Tribunal aprecia para entrar a conocer del caso, llama la atención que no se dedique una argumentación más prolija a los asuntos de los que sí que entra a conocer y que, presumiblemente, exceden del caso concreto y por ello deben ser considerados en su totalidad.

Más bien parece que, tomando la sentencia como un todo, el Tribunal aprovechó la ocasión para sentar una doctrina que permitiera a este tener una mínima previsión sobre el uso de expresiones relacionadas con el negacionismo en el ámbito sanitario y, en concreto, de las vacunas. Además, la sentencia le permite afinar su doctrina con respecto a la audiencia de los menores en los procesos que les afecten, así como el alcance de una posible incongruencia en el pronunciamiento de un juez.

Las alegaciones de negacionismo suscitaron diversas discusiones en el auge de la pandemia de Covid-19 y generaron dudas a la hora de considerar los límites de la libertad de expresión. Pese a que concordamos con la decisión que toma el Tribunal con respecto al uso de la expresión "postulados negacionistas" y no creemos que esta suponga que el ciudadano haya recibido una tutela judicial parcial, consideramos que podría haberse desarrollado de forma más extensa una doctrina que condensara la opinión del Tribunal sobre los límites que deba tener el uso de este tipo de expresiones.

Referencias bibliográficas

- Banacloche Palao, J. (2023). Los expedientes y procedimientos de Jurisdicción Voluntaria (3ª ed.). LA LEY.
- Cordón Moreno, F. (2020). Ley de Enjuiciamiento Civil (4ª ed.). Thomson Reuters Aranzadi.
- González Rivas, J. J. (2020). Comentarios a la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional (1ª ed.). Boletín Oficial del Estado.
- Marín López, M. J. (2005). Tutela judicial efectiva y audiencia del menor en los procesos judiciales que le afecten. *Derecho privado y Constitución*, (19), 165-223.
- Nevado Montero, J. J. (2020). Los desacuerdos en el ejercicio de la patria potestad. La elección del nombre de los hijos. *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, (13), 334-359.
- Ortega Gutiérrez, D. (2010). La especial trascendencia constitucional como concepto jurídico indeterminado. De la reforma de 2007 de la LOTC a la STC 155/2009, de 25 de junio. *Teoría y realidad constitucional*, (25), 497-513. <https://doi.org/10.5944/trc.25.2010.6904>

- Ortiz Fernández, M. (2021). El consentimiento informado en el ámbito sanitario. Responsabilidad civil y derechos constitucionales. Dykinson.
- Sospedra Navas, F. J. (2015). Los requisitos procesales del recurso de amparo: el incidente excepcional de nulidad de actuaciones y la especial trascendencia constitucional. Cuadernos de Derecho Local, (39), 162-193.

Jurisprudencia

- Sentencia del Tribunal Constitucional 140/2004, de 13 de septiembre de 2004 (BOE núm. 248, de 14 de octubre de 2004)
- Sentencia del Tribunal Constitucional 155/2009, de 25 de junio (BOE núm. 181, de 28 de julio de 2009)
- Sentencia del Tribunal Constitucional 64/2019, de 9 de mayo de 2019 (BOE núm. 138, de 10 de junio de 2019)

Legislación

- Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil. Gaceta de Madrid, 206, de 25 de julio de 1889. <https://www.boe.es/eli/es/rd/1889/07/24/1>
- Constitución Española. Boletín Oficial del Estado, 311, de 29 de diciembre de 1978. <https://www.boe.es/eli/es/c/1978/12/27/1>
- Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional. Boletín Oficial del Estado, 239, de 5 de octubre de 1979. <https://www.boe.es/eli/es/lo/1979/10/03/2/con>
- Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo, por la que se modifica la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional. Boletín Oficial del Estado, 125, de 25 de mayo de 2007. <https://www.boe.es/eli/es/lo/2007/05/24/6>
- 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. Boletín Oficial del Estado, 274, de 15 de noviembre de 2002. <https://www.boe.es/eli/es/l/2002/11/14/41>
- Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria. Boletín Oficial del Estado, 158, de 3 de julio de 2007. <https://www.boe.es/eli/es/l/2015/07/02/15/con>
- Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial. Boletín Oficial del Estado, 157, de 2 de julio de 1985. <https://www.boe.es/eli/es/lo/1985/07/01/6/con>

Las competencias “exclusivas” del Estado: análisis de la Disposición Adicional Segunda de la Ley de la Asamblea de Madrid

The “exclusive” jurisdiction of the State: analysis of the Second Additional Provision of the Law of the Assembly of Madrid

Dana Soto Díaz¹

DOI: [https://doi.org/10.37767/2591-3476\(2024\)20](https://doi.org/10.37767/2591-3476(2024)20)

Comentario a

STC 146/2023 del 26 de octubre

Tribunal Constitucional Español

Acceso al Fallo

RESUMEN:

El presente comentario trata de analizar la STC 146/2023, sobre el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Abogado del Estado, actuando en nombre del Presidente del Gobierno, para impugnar la Disposición Adicional Segunda de la Ley 1/2023.

El Tribunal Constitucional, en su estudio del recurso, acude principalmente al artículo 149.1 CE, que define las competencias exclusivas del Estado, entre las que se encuentra la legislación procesal, área en el que la Comunidad de Madrid interviene al promulgar la disposición adicional impugnada.

Finalmente, el Tribunal Constitucional resuelve el recurso sin apartarse de la jurisprudencia precedente, declarando inconstitucional la disposición adicional segunda objeto de estudio de este comentario al no corresponder a la Comunidad de Madrid ampliar los supuestos de aplicación de la legislación procesal general.

ABSTRACT

The present commentary deals with the analysis of STC 146/2023, on the appeal of unconstitutionality filed by the State Attorney, acting on behalf of the President of the Government, to challenge the Second Additional Provision of Law 1/2023.

The Constitutional Court, in its study of the appeal, refers mainly to Article 149.1 of the

¹ Estudiante de Derecho y Administración y Dirección de Empresas en la Universidad Autónoma de Madrid (UAM). Mail: danasotodiaz@gmail.com. Nro. de ORCID: <https://orcid.org/0009-0007-7506-311X>.

Spanish Constitution, which defines the exclusive jurisdiction of the State in certain matters, among which is procedural legislation, an area in which the Community of Madrid intervenes by enacting the challenged additional provision.

Finally, the Constitutional Court resolves the appeal without departing from previous case law, declaring unconstitutional the second additional provision under study in this commentary as it does not correspond to the Community of Madrid to extend the cases of application of the general procedural legislation.

PALABRAS CLAVE: Legislación procesal; competencias; jurisdicción voluntaria; autorización judicial; discapacidad.

KEY WORDS: Procedural law; jurisdiction; voluntary jurisdiction; judicial authorization; disability

I. Introducción

Al estudiar el recurso de inconstitucionalidad 3133-2023, contra la disposición adicional segunda de la Ley de la Asamblea de Madrid 1/2023, de 15 de febrero, y del que se ocupa la STC 146/2023 de 26 de octubre de 2023, se analizan las cuestiones que finalmente darán lugar a la declaración de su inconstitucionalidad.

La disposición contra la que se dirige el recurso de inconstitucionalidad regula aspectos relativos a la legislación procesal, en relación con la obtención de una autorización judicial para las actuaciones que afecten al derecho a la vida de las personas con discapacidad, una normativa que, según el Abogado del Estado, la Comunidad de Madrid no estaría facultada para promulgar.

Se plantean cuestiones fundamentales sobre la distribución de competencias entre el Estado y las comunidades autónomas, así como sobre la interpretación y aplicación de las normas relativas a los derechos fundamentales y la seguridad jurídica en el ámbito legislativo autonómico.

El Tribunal Constitucional es a quien corresponde resolver la controversia, examinando de manera exhaustiva tanto los aspectos competenciales (que finalmente serán los más relevantes de la sentencia), como otros posibles motivos de inconstitucionalidad planteados en el recurso. En dicho examen, se exploran las razones presentadas por el Abogado del Estado, lo que sostiene la Comunidad de Madrid, y la doctrina y jurisprudencia al respecto más relevante del Tribunal Constitucional, en las que fundamenta su fallo.

II. Contexto y fundamentación del recurso

El abogado del Estado, actuando en nombre del presidente del Gobierno, interpone el ya mencionado recurso de inconstitucionalidad 3133-2023 con motivo de impugnar la disposición adicional segunda de la Ley de la Asamblea de Madrid 1/2023, de 15 de febrero. Dicho recurso encuentra sus fundamentos principalmente en motivos competenciales, no obstante, se hace alusión en la sentencia a otros motivos que también podrían dar lugar a la inconstitucionalidad de la Ley.

Para llevar a cabo el mencionado procedimiento, el abogado del Estado se apoya en el artículo 161.2 CE, en base al cual, actuando por cuenta del Gobierno, tiene capacidad para impugnar ante el Tribunal Constitucional dicha disposición adicional, al ser esta un producto de la actividad legislativa de los órganos de una comunidad autónoma.

1. Razones de la inconstitucionalidad

El abogado del Estado argumenta la inconstitucionalidad de la disposición adicional segunda de la Ley de la Asamblea de Madrid 1/2023 en base a lo que dicha ley dispone al establecer que, “en todo caso, cuando se pretenda llevar a cabo cualquier actuación que afecte al derecho a la vida de la persona con discapacidad a la que se haya provisto de un apoyo de carácter representativo para el ejercicio de la capacidad jurídica o se determine de manera expresa en la resolución que estableció el apoyo, se tramitará un procedimiento de jurisdicción voluntaria para la solicitud de autorización judicial”. Lo relevante de la mencionada exigencia, es que deba cumplirse “en todo caso”, al igual que la vía a través de la cual se debe solicitar la autorización judicial: la jurisdicción voluntaria.

A continuación, se enumerarán y se procederá a un estudio de las razones por las que presuntamente la disposición adicional objeto de la sentencia que se viene comentando, es inconstitucional.

A. Vulneración de las competencias del Estado

Es la razón principal que da lugar al recurso, y la vulneración en este campo se basa en el hecho de que la disposición adicional segunda de la Ley de la Asamblea de Madrid 1/2023, de 15 de febrero, establece una serie de requisitos civiles y procesales que condicionan el ejercicio de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad, unos requisitos, que la comunidad autónoma no tiene competencia para establecer como condicionante.

Concretamente, se exige autorización judicial a través de un expediente de jurisdicción voluntaria para todo lo relativo al derecho a la vida de cualquier persona con discapacidad que se encuentre bajo el apoyo de la Agencia Madrileña para el Apoyo a las Personas Adultas con Discapacidad. Dicha exigencia, vulnera el artículo 149.1.6 de la Constitución Española, además de suponer una injerencia en la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, y la ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria, dictada como expresión de la competencia exclusiva del Estado en materia de legislación procesal, como se establece en el ya mencionado artículo 149.1.6 CE.

Por otro lado, a pesar de que la comunidad autónoma no puede establecer requisitos procesales que no hayan sido previamente habilitados por el Estado, sí podrá hacerlo cuando dichos requisitos encuentren su razón en las “necesarias especialidades” de la comunidad autónoma, en tanto en cuanto su existencia derive directamente de las peculiaridades de la regulación sustantiva autonómica. Estos requisitos, según la demanda, no concurren en este caso.

Si bien es cierto que en el artículo 149.1.6 queda manifiestamente expreso que la legislación procesal es una de las materias que competen al Estado, y no a las Comunidades Autónomas, no es una competencia estrictamente exclusiva del Estado, puesto que está condicionada a una excepción, la cual se analizará más adelante.

De forma complementaria, el abogado del Estado sostiene que la disposición adicional en cuestión, no solo vulnera las competencias del Estado en el campo de la legislación procesal, sino también en el de la legislación civil. Para sostener su afirmación, se apoya en el artículo 149.1.8 CE. Argumenta que supone una injerencia no permitida en lo que concierne a las funciones representativas de los curadores, que encuentran su expresión en el Código Civil.

Tiene especial relevancia el artículo 287.1 CC, recientemente modificado por la Ley 8/2021, de 2 de junio, que a su vez modifica la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria. Según lo que de él se desprende, los actos de trascendencia personal de la persona con discapacidad que lleve a cabo el curador con funciones representativas, entre los que se enumeran lo legalmente dispuesto en materia de internamiento, o consentimiento informado en el ámbito de la salud, e indudablemente se enmarcan los que afectan el derecho a la vida de la persona con discapacidad, precisan de autorización judicial, a excepción de los casos en los que la persona afectada pueda llevar a cabo los actos por sí misma.

De esta manera, queda de manifiesto que la disposición segunda de la ley que se pretende impugnar, al exigir "en todo caso" autorización judicial, contradice tanto lo que dispone el Código Civil, como la finalidad perseguida por el legislador (haciendo uso de la interpretación teleológica de la norma), siendo esta garantizar que las personas con discapacidad cuenten con el mayor respeto posible a su voluntad, teniendo en cuenta la capacidad que tengan para la toma de decisiones en cada caso concreto, algo de lo que se les priva al exigir la realización de los trámites indicados en la disposición segunda de la ley, con independencia de las necesidades concretas de cada uno.

Lo que sostiene el Abogado del Estado es que la disposición adicional segunda de la Ley 1/2023, al establecer la exigencia de una autorización judicial obtenida por la jurisdicción voluntaria, no respeta lo previsto en la legislación procesal y civil del Estado al no corresponderle ampliar los supuestos de aplicación de la jurisdicción voluntaria por no contar con la competencia requerida para ello, con la que cuenta únicamente el Estado.

B. Vulneración de la reserva de ley orgánica

La disposición adicional segunda de la Ley 1/2023, regula aspectos no previstos por el artículo 5.2 de la Ley Orgánica 3/2021, de 24 de marzo, de regulación de la eutanasia (LORE). Dicho precepto, no prevé la necesidad de contar con una autorización judicial previa, obtenida mediante expediente de jurisdicción voluntaria. Es más, establece que una persona podrá obtener la prestación de la ayuda para morir, aún sin autorización judicial, siempre y cuando la persona se halle en una situación de incapacidad y hubiere manifestado su voluntad de recibir la ayuda para morir en un documento previo a la situación. En el ya invocado artículo 287.1 CC, en el que se enumeran situaciones en las que en todo caso se habrá de contar con autorización judicial para actuar en representación de una persona con discapacidad, se exceptúan aquellos supuestos en los que una ley disponga lo contrario. En este caso, lo que dispone la LORE absuelve a quien ostente la representación del afectado de obtener una autorización judicial en caso de que concurran los requisitos ya enumerados.

En base a todo ello, la disposición adicional impugnada vulnera la reserva de Ley Orgánica del artículo 81.1 CE, siendo así que el desarrollo de los derechos fundamentales se debe llevar a cabo únicamente por Ley Orgánica, y no por Ley Ordinaria, como es la presente ley.

Este precepto constitucional ha causado controversia al no especificar qué se entiende por “desarrollo” de los derechos fundamentales, y qué es una simple regulación de su ejercicio. En numerosas ocasiones, por ejemplo en la STC 127/1994, o STC 133/2006, el TC indica que se entiende por desarrollo todo aquello que afecte a los elementos esenciales del derecho que del que se trate, o que introduzca restricciones a su ejercicio. Por tanto, lo que regula la disposición adicional segunda de la Ley 1/2023 es en todo caso desarrollo del derecho fundamental a la vida, en tanto en cuanto regula contenido esencial del mismo al afectar directamente al contenido, objeto y sujeto de dicho derecho. Por tanto, se concluye que vulnera la reserva de Ley Orgánica recogida en el artículo 81.1 CE.

C. Vulneración del principio de seguridad jurídica

De manera accesoria, se alega la vulneración del principio de seguridad jurídica consagrada en el artículo 9.3 CE, dado que en caso de que el afectado manifieste su voluntad de recibir la ayuda para morir, a causa de las contradicciones existentes entre lo que disponen la LORE y la disposición adicional segunda de la Ley 1/2023, sería manifiestamente complicado saber a qué legislación atenerse.

Por otro lado, también contradice el artículo 9 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información clínica, en relación con el ya examinado artículo 287.1 CC, en base a los cuales, la intervención judicial tendrá lugar únicamente en caso de que el consentimiento no pueda ser prestado por representación del propio afectado a causa de un inminente riesgo de que el consentimiento prestado sea contrario a los intereses del afectado.

III. Admisión a trámite

El recurso de inconstitucionalidad en cuestión fue admitido por el Pleno del Tribunal Constitucional a fecha 6 de junio de 2023, habiendo sido propuesto por la Sección Primera de tal Tribunal. Se siguen los trámites por los que se da traslado de la demanda al Congreso de los Diputados y al Senado, ello en base al artículo 34 LOTC, y también a la Asamblea de Madrid y al Gobierno de la Comunidad de Madrid, todo ello con el objeto de que pudiesen personarse y formular alegaciones.

Como previamente se ha mencionado, y según lo que dispone el artículo 161.2 CE, la impugnación de la disposición, al haber sido llevada a cabo por el Abogado del Estado actuando en nombre del Gobierno, produce su suspensión. La suspensión surte efectos desde el 11 de mayo de 2023, fecha de la interposición del recurso de inconstitucionalidad, para quienes tomaran parte en el proceso, y desde la fecha de la publicación en el Boletín Oficial del Estado (BOE) de manera general.

A fecha 23 de junio de 2023, el letrado de la Comunidad de Madrid, al formular sus alegaciones, insta a que se dicte sentencia declarando ajustada a Derecho la disposición impugnada. Alega que con el propósito de ejecutar la Ley 8/2021, de 2 de junio, se debía

sustituir la Agencia Madrileña para la Tutela de Adultos de la Comunidad de Madrid por la Agencia Madrileña para el Apoyo a las Personas Adultas con Discapacidad, que encuentra su regulación en la Ley 1/2023.

Si bien es cierto que en el Proyecto de ley no se encontraba lo que dispone la impugnada disposición adicional segunda, dado que fue introducida por una enmienda del Grupo Parlamentario VOX, y en relación a la cual los servicios jurídicos de la Cámara advirtieron posibles conflictos competenciales, que finalmente son los que dan lugar al presente recurso de inconstitucionalidad.

En tal enmienda, se hace patente la obligación de llevar a cabo un proceso de jurisdicción voluntaria siempre que en la Comunidad de Madrid se vaya a tomar una decisión sobre el derecho a la vida de una persona con discapacidad, y en consecuencia, dicha disposición adicional repercute en la legislación procesal. La Ley 15/2015, de 2 de julio, reguladora de la jurisdicción voluntaria, tiene su origen en el artículo 149.1.6 CE, sobre la competencia del Estado (y no de las Comunidades Autónomas) en lo que se refiera a la legislación procesal. Además, no se prevé la habilitación de un proceso de jurisdicción voluntaria en lo que se refiera al derecho a la vida de las personas con discapacidad.

A pesar de lo anterior, no se deriva de ello la existencia de una prohibición absoluta y general de modificar la regulación procesal dirigida a las comunidades autónomas. No obstante, la posible regulación que lleven a cabo determinadas comunidades autónomas está sujeta a unos límites, siendo tal regulación una excepción a la regla general, que es la competencia exclusiva del Estado en materia procesal. Para dilucidar los límites que atañen a las comunidades autónomas, se debe tener en cuenta qué es lo que justifica que una comunidad autónoma cuente con la posibilidad de legislar materia procesal, estableciendo diferencias con la regulación general llevada a cabo por el Estado. La justificación se encuentra en la necesidad de establecer una peculiaridad procesal a causa de las especialidades de la normativa autonómica.

Una vez aclarado el asunto, en las alegaciones del letrado de la Comunidad de Madrid se afirma que el proyecto de ley no contenía peculiaridades sustantivas en lo relativo al derecho a la vida de las personas que adolecen de una discapacidad, sino que su finalidad era regular la Agencia Madrileña para el Apoyo de las Personas Adultas con Discapacidad, de tal modo que pudiera compatibilizarse con la Ley 8/2021, de 2 de junio, en lo que respecta a la eliminación de la incapacidad.

La enmienda amplía una faceta del derecho procesal general: la jurisdicción voluntaria. De ninguna manera se puede justificar el hallazgo de una necesidad particular de la Comunidad de Madrid de ampliar el ámbito de aplicación de la jurisdicción voluntaria, concluyéndose así que se da una extralimitación en el ejercicio de las competencias en materia de legislación civil (art. 149.1.8 CE) y procesal (art. 149.1.6 CE) con las que cuenta la comunidad autónoma.

IV. Estudio de las impugnaciones

El objeto del recurso de inconstitucionalidad conviene recordar que se fundamenta en razones competenciales y sustantivas. En cuanto a las primeras, concretamente se hace referencia a las competencias exclusivas del Estado en lo relativo a la legislación civil (art. 149.1.8 CE) y legislación procesal (art. 149.1.6 CE), de lo que se deduce que la Comunidad de Madrid no cuenta con la competencia requerida para exigir requisitos adicionales.

Por otro lado, se vulnera el artículo 81.1 CE, sobre la reserva de ley orgánica dado que la disposición adicional segunda regula requisitos distintos de los recogidos en el artículo 5.2 de la Ley Orgánica 3/2021, de 24 de marzo, de regulación de la eutanasia (LORE). De igual manera, se vulnera el principio de seguridad jurídica (art. 9.3 CE), y del artículo 9 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica.

En el ejercicio de sus funciones, el Tribunal Constitucional examina las quejas. En primer lugar se ocupa de las de carácter competencial, puesto que si el recurso prosperase como resultado de su examen, sería innecesario continuar examinando el resto de impugnaciones.

1. Competencias en materia de legislación procesal

Según lo que dispone el artículo 149.1.6 CE, la legislación procesal es una competencia exclusiva general del Estado, y autonómica solo de manera extraordinaria, o “de orden limitado”, sujeta a las especialidades que surjan de las particularidades del derecho de la Comunidad Autónoma.

A este respecto, el Tribunal Constitucional ha sentado doctrina en relación con la distribución de competencias en materia de legislación procesal. Cobra especial importancia en este sentido la STC 13/2019, en la que se aclara que la competencia con la que cuenta el Estado en materia de legislación procesal es la norma general, y que la excepción que se les concede a las comunidades autónomas para legislar materia procesal no les permite crear normas autonómicas sobre cualquier asunto que esté recogido en su Derecho sustantivo, ya que esto supondría vaciar de significado la competencia que se le atribuye al Estado en nuestra Constitución, incurriendo por tanto en una infracción constitucional, y un desprestigio de lo que se recoge en la norma suprema de nuestro ordenamiento.

Por tanto, el Tribunal Constitucional, siguiendo la línea jurisprudencial consagrada en sentencias anteriores (v.gr, SSTC 47/2004, de 25 de marzo, FJ 4; 2/2018, de 11 de enero, FJ 4, y 80/2018, FJ 5), concluye que la competencia de las comunidades autónomas se reduce únicamente a introducir normas procesales en tanto en cuanto tengan una conexión directa con las particularidades de su Derecho autonómico, y sean imprescindibles en la medida en que la regulación general del Estado sea incompatible con la conservación del las especialidades con las que cuenta el Derecho de la Comunidad Autónoma.

Conviene subrayar que el Tribunal Constitucional mantiene lo que se establece en las SSTC 13/2019 y 72/2021: es el legislador autonómico quien debe justificar la aplicación de unas normas procesales exclusivas de la Comunidad Autónoma, y por tanto distintas a las generales, cuando las razones de sus necesarias especialidades no queden expuestas en el propio examen de la ley. Para ello, tendrá que señalar a qué precepto del Derecho sustantivo autonómico responde la norma y a qué norma procesal estatal supone una excepción. De manera posterior a la exposición de los motivos que conducen a la excepcional actividad normativa, se valora si realmente existe una conexión directa entre la ley autonómica y las especialidades procesales, o si dicha actividad responde a motivos ajenos y no procede.

2. Estimación del recurso de inconstitucionalidad

Conforme a lo anterior, el Tribunal Constitucional considera que la Comunidad de Ma-

drid no cuenta con la competencia para la introducción de la legislación procesal que lleva a cabo, ya que por un lado, la extraordinaria actividad legislativa requiere una justificación que el letrado de la Comunidad de Madrid no aporta al no justificar ninguna peculiaridad del Derecho sustantivo autonómico, no precisar las especialidades procesales, y, como es lógico al no haber indicado ninguno de los dos puntos anteriores, tampoco argumenta que exista una conexión directa. Por otro lado, la Representación procesal de la Comunidad de Madrid sí afirma sin embargo que la disposición adicional segunda no contiene ninguna peculiaridad sustantiva que afecte al derecho a la vida de las personas con discapacidad, y que simplemente amplía una categoría del Derecho procesal general: la jurisdicción voluntaria.

Por todo ello, resulta indudable que independientemente de las otras razones por las que se alega la inconstitucionalidad de la disposición segunda de la Ley 1/2023, para el Tribunal Constitucional la falta de competencia de la Comunidad de Madrid es suficiente para estimar el recurso de inconstitucionalidad.

V. Fallo del Tribunal Constitucional

El Tribunal Constitucional, sin volver a hacer alusión a las razones sustantivas, el principio de seguridad jurídica o la reserva de ley orgánica que el Abogado del Estado sostiene que la Comunidad de Madrid incumple con su actividad legislativa, declara inconstitucional y nula la disposición adicional segunda de la Ley de la Asamblea de Madrid 1/2023, de 15 de febrero, de creación de la Agencia Madrileña para el Apoyo a las Personas Adultas con Discapacidad. Dado que el recurso de inconstitucionalidad únicamente se dirigía contra la disposición adicional segunda, el resto de la ley seguiría vigente.

La sentencia que se viene analizando, STC 146/2023, de 26 de octubre de 2023, tiene valor de cosa juzgada, y como tal, vincula a los poderes públicos y surte sus efectos desde su publicación en el Boletín Oficial del Estado (BOE).

VI. Conclusiones

La sentencia estudiada pone de manifiesto lo que en reiteradas ocasiones se ha confirmado: el Estado tiene una serie de competencias inatacables. Esto supone que hay un conjunto de materias cuya regulación necesariamente compete al Estado.

Las competencias del Estado, sin embargo, suponen una gran incertidumbre en tanto en cuanto el Estado autonómico no está del todo constitucionalizado ya que a pesar de que en la Constitución se hace referencia a las posibles comunidades autónomas de una manera general, puesto que en 1978 no estaban determinadas, en ningún momento aparece el término "Estado autonómico", o una definición del mismo.

El artículo 148.1 CE enumera las competencias de las comunidades autónomas, mientras que el artículo 149.1 a las del Estado. Según lo expresado en la Constitución, estas últimas son exclusivas del Estado, pero en la práctica, las comunidades autónomas en ocasiones pueden legislar cuestiones que en un principio corresponden tan solo al Estado. En este caso, la Comunidad de Madrid carecía de competencia para ampliar la legislación procesal, pero de la sentencia se extrae que esto no significa que en otros supuestos, y con las justificaciones pertinentes, una determinada comunidad autónoma no pueda ampliar o establecer excepciones a dicha legislación general del Estado. Ahora bien, lo que en ningún caso se puede hacer es vaciar de contenido el artículo 149.1 CE,

permitiendo que las comunidades autónomas legislen sobre los asuntos en él recogidos sin ningún tipo de límite, atribuyéndose unas competencias propias del Estado. Para evitar dicha situación, la intervención de las comunidades autónomas deberá ser imprescindible, por tratarse de un asunto particular que tenga una relación directa con el derecho autonómico, y que no se pueda integrar de otra manera que no suponga interferir en una de las competencias que en un principio se reservan al Estado.

Son numerosos los problemas que surgen del término “exclusiva”, refiriéndose a la competencia que tiene el Estado en las materias listadas en el artículo 149 CE. Esta exclusividad encuentra su fundamento en la naturaleza de las cuestiones a las que hace referencia dicho artículo, siendo todas ellas componentes básicos y estructurales centrales, y a su vez, autonómicos, ya que estos son un reflejo de los primeros. La razón por la que en un principio se atribuyen exclusivamente al Estado es que su objetivo es integrar el régimen jurídico, político y social.

Mientras que ciertas competencias incluidas en el artículo al que nos referimos están completamente vedadas a las comunidades autónomas (de otra manera, la intención de homogeneizar el ordenamiento quedaría sustituida por un poder excesivo y descentralizado ostentado por las comunidades autónomas), algunas competencias “exclusivas” del Estado admiten que mientras el Estado sienta unas pautas o “bases”, las comunidades puedan ingresar en el espacio que quede vacío o sin legislar, e introducir ampliaciones, dicho de otro modo, desarrollar las bases.

Atribuir competencias exclusivas del Estado a las comunidades autónomas, sin ningún tipo de límites, supondría vulnerar otros preceptos recogidos en nuestra Constitución, por ejemplo, el artículo 2 CE, del cual se extrae que los intereses propios de cada comunidad autónoma no pueden sobreponerse al interés general de la Nación.

Por consiguiente, la doctrina que se extrae de la sentencia analizada, es que a pesar de que en el caso concreto, la Comunidad de Madrid no estaba habilitada para ampliar el ámbito de aplicación de la jurisdicción voluntaria en relación con el derecho a la vida de las personas con discapacidad, hay ocasiones en las que una Comunidad Autónoma puede intervenir en un área que inicialmente corresponde al Estado legislar, con la condición de que aporte la justificación necesaria, y exista una necesidad por estar directamente relacionado con una peculiaridad del Derecho autonómico.

Referencias bibliográficas

- Alonso Furelos, J. M. (2007). La competencia exclusiva del Estado para legislar en materia procesal prevista en el artículo 149-I-5º y 6º de la Constitución Española y sus excepciones. Instituto Vasco de Derecho Procesal.
- Fernández Gil, C. (2016). Cuestiones prácticas sobre jurisdicción voluntaria. Tecnos.
- García de Enterría, E. (1982). La significación de las competencias exclusivas del Estado en el sistema autonómico. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 2(5), 63-93. <https://www.jstor.org/stable/24879173?seq=3>
- Tribunal Constitucional. (1994). Sentencia 127/1994, de 5 de mayo de 1994. Recursos

de inconstitucionalidad 1.363/1988, 1.364/1988, 1.412/1988 y 1.430/1988 (acumulados). Boletín Oficial del Estado. <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-T-1994-12317>

- Tribunal Constitucional. (2006). Sentencia 133/2006, de 27 de abril. Recurso de inconstitucionalidad 3974-2002. Boletín Oficial del Estado. <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-T-2006-9174>

- Tribunal Constitucional. (2016). El recurso de inconstitucionalidad. <https://www.tribunalconstitucional.es/es/tribunal/Composicion-Organizacion/competencias/paginas/01-recurso-de-inconstitucionalidad.aspx>

- Velasco Rico, C. I. (2012). Delimitación de competencias en el Estado autonómico y puntos de conexión. Institut d'Estudis Autonòmics.

El diálogo jurídico-sanitario en el Estado de alarma: el ejercicio del derecho de reunión en tiempos de pandemia

The legal-health dialogue in the State of alarm: exercise of the right of assembly in pandemic times

Daniel Martínez-Arana¹

DOI: [https://doi.org/10.37767/2591-3476\(2024\)21](https://doi.org/10.37767/2591-3476(2024)21)

Comentario a

STC 164/2023 del 21 de noviembre

Tribunal Constitucional Español

Acceso al Fallo

RESUMEN:

El Estado de alarma fue el instrumento jurídico empleado por el ejecutivo español para restringir la actividad de sus ciudadanos en el marco de la pandemia del COVID-19. A las restricciones de circulación le siguieron las correlativas del derecho de reunión que quedaron extensamente delimitadas en los interiores, pero no tanto así para las manifestaciones. El control de este tipo de actos fue realizado principalmente por vía administrativa, mediante la prohibición de dichos eventos por la autoridad gubernativa, con el respaldo de un Tribunal Constitucional que admitía como presupuesto genérico para esta medida la existencia de un contexto pandémico.

La sentencia 164/2023 marcó un cambio jurisprudencial en el Tribunal que endureció su postura sobre las condiciones necesarias para prohibir una manifestación, exigiendo para ello un control de proporcionalidad que evaluase las circunstancias concretas del acto.

ABSTRACT

The State of Alarm was the legal instrument used by the Spanish executive to restrict the activity of its citizens in the context of the COVID-19 pandemic. The restrictions on circulation were

¹ Estudiante de Derecho y Ciencia Política en la Universidad Autónoma de Madrid (UAM)
Correo electrónico: danimartinezarana@gmail.com
ORCID ID: <https://orcid.org/0009-0001-9806-869X>

followed by the corresponding restrictions on the right of assembly, which were extensively delimited indoors, but not so much for demonstrations. The control of this type of acts was carried out mainly by administrative means, through the prohibition of such events by the governmental authority, with the support of a Constitutional Court that admitted as a generic presupposition for this measure the existence of a pandemic context.

Ruling 164/2023 marked a change in the jurisprudence of the Court, which hardened its position on the necessary conditions to prohibit a demonstration, requiring a proportionality control to assess the specific circumstances of the act.

PALABRAS CLAVE: Derecho de reunión; Estado de alarma; Prohibición de manifestaciones; Control de proporcionalidad.

KEY WORDS: Right of assembly; State of alarm; Prohibition of demonstrations; Proportionality testing.

I. Introducción

El día 22 de febrero de 2021 los representantes de los sindicatos Unión General de Trabajadores Madrid (en adelante UGT) y Comisiones Obreras (en adelante CCOO) comunicaron a la Delegación del Gobierno en Madrid, tal y como exige el artículo 8 de la Ley Orgánica 9/1983, su intención de celebrar una concentración en el centro de la capital el día 8 de marzo, con motivo del Día Internacional de la Mujer Trabajadora.

Esta convocatoria, para la que se preveía la asistencia de 250 personas, fue prohibida por la Delegación del Gobierno dada la alteración de la salud pública que esta podría suponer en el contexto de pandemia del COVID-19. Después de que el recurso de UGT contra dicha decisión fuera desestimado, este sindicato interpuso recurso de amparo contra esa sentencia, amparo cuya resolución será el objeto de este comentario.

1. Contexto sanitario

Tal y como se expresó en la resolución prohibitoria de la manifestación, al momento en el que esta fue solicitada, España se encontraba sufriendo la llamada “tercera ola” de la pandemia del COVID-19. Más concretamente, la Comunidad de Madrid vivía una situación calificada de riesgo extremo, siendo la comunidad con mayor presión hospitalaria y una de las tres con mayor incidencia acumulada.

Por aquel entonces las vacunas eran todavía un método incipiente para lidiar con el virus ya que únicamente habían alcanzado al 2,6% de la población madrileña, la mayoría de ellos mayores de ochenta años. Era también el momento de auge de las distintas cepas de la pandemia que todos empezamos a conocer por sus variopintas nacionalidades (cepa sudafricana, inglesa, nigeriana...) y que llevaron al establecimiento de severos controles sobre los viajeros de otras partes del mundo.

Según argumentó el delegado del Gobierno, ese contexto llevó a la cancelación de todos los eventos multitudinarios por esas fechas entre los que se incluyeron las Fallas de Valencia o la Semana Santa y no únicamente la manifestación del 8-M. Dichas cancelaciones fueron avaladas por autoridades sanitarias tanto políticas como civiles.

2. Contexto político

También con ocasión del Día Internacional de la Mujer Trabajadora, el 8 de marzo de 2020 se celebraba dicha manifestación en Madrid sin ninguna restricción impuesta por la Delegación del Gobierno. Tan solo seis días después, el 14 de marzo, se aprobó por Real Decreto el Estado de alarma en todo el territorio español con motivo de la pandemia del COVID-19.

Las reacciones no se hicieron esperar, fueron muchas las voces que criticaron la irresponsabilidad del Gobierno en la autorización sin restricciones de la convocatoria. El valor simbólico era doble en este caso teniendo en cuenta que dicho acontecimiento era ampliamente reivindicado por los propios partidos políticos que formaban parte del Gobierno. Especialmente sonada fue la presencia de la entonces ministra de Igualdad Irene Montero en el acto.

Los sectores más afines al Gobierno se defendieron alegando que, por aquel entonces, no se conocía lo suficiente sobre el virus como para que fuera recomendable la limitación de dicha concentración, mientras tanto la oposición alegó lo contrario.

El revuelo causado hizo de ese 8-M lo que el diario *El Confidencial* denominó "El día más polémico de la pandemia"² y "la gran imagen del fracaso español en la gestión de la pandemia"³.

Sabiendo esto, resulta inevitable reflexionar acerca de la oportunidad política detrás de la prohibición de la manifestación de 2021 por parte del mismo Gobierno. Consideraciones normativas aparte, no es descabellado pensar que la precaución evidenciada en esa decisión puede estar condicionada por las críticas del año previo. Siendo que el sector poblacional que acude a las manifestaciones del 8-M es, por regla general, más favorable a los partidos de aquel Gobierno, las críticas que por este frente pudieran dirigirse serían probablemente más contenidas que aquellas que pudiera formular la oposición si se demostrara, por ejemplo, un aumento de casos provocado por la celebración del acto.

II. El Estado de alarma

El Estado de alarma es aquel previsto por el legislador en la Ley Orgánica 4/1981 (más conocida como LOEAS) para lidiar con situaciones epidémicas, como se recoge en el artículo 4.b). Bajo este cabe la limitación extraordinaria con carácter general de derechos de los ciudadanos como es el de circulación. Sin que dicha limitación rebase nunca la barrera de lo que supondría una suspensión de derechos, que está reservada únicamente a los estados de excepción y sitio.

La viabilidad práctica de estos preceptos se puso a prueba en con el estado de alarma decretado en 2020, este recogía en su artículo 7 (que más tarde fue declarado inconstitucional) la prohibición con carácter general de la circulación de personas salvo expresas excepciones como la adquisición de productos de primera necesidad, asistencia a centros sanitarios, desplazamiento al trabajo... Esta serie de medidas fueron interpretadas por múltiples juristas como una prohibición *de facto* de la libertad de circulación "salvo excepciones" que rebasaba la capacidad de actuación del ejecutivo en el Estado de alarma. Autores como Miguel Ángel Presno Linera hablaron entonces de una crisis del Estado de

2 (Brunat, 2020)

3 (Villarreal, 2020)

alarma: “Si atendemos a las concretas medidas impuestas en la práctica con la entrada en vigor del Decreto 463/2020 nos encontramos ante una teórica limitación formal de la libertad de circulación que, de hecho, implica una prohibición general de la citada libertad” (Presno Linera, 2021: 153).

Parecía que el legislador orgánico había atado de pies y manos al Gobierno, estableciendo el Estado de alarma como última medida posible en contextos pandémicos siendo que a su vez este impedía al ejecutivo adoptar suspensiones a la circulación que resultarían necesarias para el correcto manejo de estas situaciones.

Autores como Vicente Álvarez García achacaron esta situación a un error de diseño de la LOEAS, en sus palabras: “de manera paradójica, la inclusión de las epidemias como un supuesto de hecho para declarar el estado de alarma, provoca que le sean aplicables los límites constitucionales establecidos para este tipo de estados de emergencia: en los estados de alarma no pueden suspenderse derechos fundamentales. Pero, para luchar contra las grandes epidemias, es necesario suspender derechos fundamentales: este guerrear necesita limitar la movilidad de las personas (lo que afecta irremediamente a la libertad de circulación ex art. 19 CE) y evitar las aglomeraciones sociales (que inciden de manera determinante sobre, al menos, la libertad de culto, la intimidad familiar, el derecho de reunión, el derecho de manifestación, el derecho a la educación o la libertad de empresa).” (Álvarez García, 2021: 3)

En el Real Decreto 926/2020 por el que se declaraba el segundo estado de alarma se incluyó una mención expresa al derecho de reunión en el artículo 7.3 donde se establecía que el ejercicio de dicho derecho podía limitarse, condicionarse o prohibirse cuando “no quede garantizada la distancia personal necesaria para impedir los contagios”.

III. El derecho de reunión y sus límites

Al igual que el resto de los derechos fundamentales, el de reunión enunciado en el artículo 21 de la Constitución Española no es un derecho absoluto. Como se enuncia en la STC 61/2023, podemos encontrar dos fuentes de limitaciones en el ejercicio del derecho de reunión. La primera viene dada de manera explícita por el texto constitucional en el apartado segundo del mismo artículo que permite a las autoridades prohibir reuniones en lugares públicos “cuando existan razones fundadas de alteración del orden público, con peligro para las personas o bienes”. Además de este límite directo, el derecho de reunión, como los demás, encuentra límites indirectos “justificados por la necesidad de preservar otros derechos o bienes constitucionales” (STC 61/2023).

Partiendo de este razonamiento, el TC argumenta que la protección de la salud pública y el derecho a la vida son bienes de suficiente relevancia como para poder, si se da el caso concreto, justificar la prohibición de una manifestación. Esta doctrina no es nueva para el TC ni siquiera para el contexto pandémico; podemos rastrearla al ATC 40/2020, un auto de inadmisión a trámite de un recurso de amparo planteado por un sindicato gallego a quien se le denegó la posibilidad de celebrar una manifestación el día 1 de mayo.

1. El ATC 40/2020 y la “obviedad de lo notorio”

El ATC 40/2020 es posiblemente el documento más significativo y citado del Tribunal en lo que se refiere al ejercicio del derecho de reunión en la pandemia del COVID-19. En palabras de María José Roca Fernández “El Auto denegatorio de admisión (ATC 40/2020,

de 30 de abril) es tan extenso que se asemeja a una decisión denegatoria de amparo” (Roca Fernández, 2022: 8).

Este auto inaugura una línea jurisprudencial particularmente restrictiva del derecho de reunión en favor de la protección de la salud pública justificando como presupuesto genérico para prohibir dichas concentraciones la existencia de una pandemia, sin entrar a considerar las condiciones particulares en las que se desarrollaría concretamente esa manifestación.

“En todo caso, parece obvio que la prohibición de celebrar la manifestación, que se deriva claramente de la resolución judicial impugnada, guarda una relación lógica y de necesidad evidente con la finalidad perseguida por esa misma interdicción: evitar la propagación de una enfermedad grave, cuyo contagio masivo puede llevar al colapso de los servicios públicos de asistencia sanitaria.” (ATC 40/2020)

Esta primera línea jurisprudencial fue criticada en el primer voto particular de la sentencia que nos ocupa: “En todo caso, debemos congratularnos en que se haya aparentemente puesto fin a la construcción de la «obviedad de lo notorio» que, en relación con la pandemia de Covid-19, había llevado [...] a justificar la prohibición de manifestaciones mediante resoluciones estereotipadas basadas en consideraciones genéricas sobre la vigencia del estado de alarma y sobre la incidencia de la pandemia de Covid-19”.

2. Requisitos concretos para la prohibición de una manifestación

En primer lugar, es preciso concretar que, si bien, como se ha mencionado antes, el artículo 7.3 del Real Decreto 926/2020 establecía limitaciones específicas al derecho de reunión, la prohibición gubernativa de la manifestación del 8-M en Madrid en 2021 se sustentaba únicamente en el régimen ordinario de dicho derecho fundamental por lo que serán de aplicación al caso la Constitución y la Ley Orgánica 9/1983.

Valorando todo esto, distinguimos tres requisitos necesarios para que la autoridad gubernativa pueda prohibir la convocatoria de una manifestación. Estos son: que la finalidad de la prohibición sea constitucionalmente legítima, que la prohibición sea proporcionada (atendiendo al ya conocido triple test empleado por el TC) y que la resolución prohibitoria sea suficientemente motivada.

A. Resolución suficientemente motivada

Para evaluar este requisito, el TC se apartó de la línea jurisprudencial iniciada por el ATC 40/2020 y exigió que se estudiaran, para su posible prohibición, las circunstancias concretas en las que se iban a desarrollar las manifestaciones. A mi parecer, con muy buen criterio, el TC reflexionó que, si cualquier concentración pudiera ser prohibida bajo el presupuesto genérico de que había una pandemia, para respetar el derecho de igualdad, todas las manifestaciones tendrían que ser prohibidas entonces, porque esta realidad afecta a todos por igual. Continuar con esta peligrosa doctrina supondría de facto una suspensión del derecho intolerable en el Estado de alarma. (Presno Linera, 2021^a: 123-124).

Este cambio jurisprudencial fue celebrado por juristas como Juan María Bilbao Ubiellos: “Se observan, pues, dos líneas jurisprudenciales contrapuestas en el período que transcurre desde la declaración del estado de alarma hasta el final de la quinta y última prórroga, el 20 de junio. Una que, como acabamos de ver, rechaza prácticamente

la posibilidad de ejercer el derecho de reunión en medio de una pandemia, poniendo todo tipo de trabas (o excusas); y otra, que se acaba imponiendo una vez superado el desconcierto inicial, que se toma en serio su condición de derecho fundamental y parte de la premisa de que aquella declaración no supuso en modo alguno su abolición o suspensión de facto." (Bilbao Ubillos, 2021: 21).

A pesar de la novedosa posición exigente con este requisito, el TC valoró que la resolución prohibitiva de la Delegación del Gobierno en Madrid exponía una motivación específica y suficiente, respetuosa por tanto de esta línea doctrinal.

B. Finalidad legítima

A este respecto me remito a lo ya comentado en el apartado de límites del derecho de reunión: la protección de la salud pública es un motivo suficientemente relevante como para justificar, en su caso, la prohibición de una manifestación.

C. Triple test de proporcionalidad

Siendo que el requisito de idoneidad no presenta ninguna complicación (al prohibir una manifestación se evitan los contagios que tendrían lugar en su seno) me centraré en la necesidad y la proporcionalidad en sentido estricto.

1. Necesidad

En este apartado parece existir una confusión en el Tribunal entre el requisito de idoneidad, que exige que la medida sea eficaz en la protección de los bienes jurídicos que pretende defender, y la necesidad, que exige que no exista otra medida menos gravosa capaz de tutelar dichos bienes jurídicos.

Esta confusión se puede observar con claridad en el primer párrafo del apartado: "La prohibición de la manifestación supera también la exigencia de necesidad, ya que en las circunstancias en que se adoptó constituía la medida de intervención administrativa más idónea o eficaz para preservar la salud pública y proteger la salud y la vida de aquellas personas, manifestantes y terceros, sin que existieran otras menos restrictivas de eficacia pareja"

En mi opinión esto genera una redundancia en el análisis de la necesidad en relación con la idoneidad. Si bien es indiscutible que prohibir dicha manifestación protege la salud de los individuos, no lo es tanto que no existieran vías alternativas para la tutela de dichos derechos como, por ejemplo, la modificación de las condiciones del acto. El requisito de necesidad no es baladí pues marca la diferencia entre un Estado paternalista que busca proteger a toda costa los bienes jurídicos y un Estado constitucional que es capaz de ponderar entre el bien común y el ejercicio de los derechos de libertad.

El estudio de la necesidad realizado en esta sentencia se encuentra plagado de frases como "la medida permitía una máxima eficacia en la selección de medios posibles de actuación administrativa" o "garantizaba de manera rigurosa que no hubiera más desplazamientos" que deberían corresponder en todo caso al requisito de idoneidad cuyo cumplimiento, repito, era indiscutible.

Producto de esta confusión, el TC acabó asumiendo que la medida empleada tam-

bién era necesaria, hecho que fue discutido por el primer voto particular formulado por los magistrados don Ricardo Enríquez Sancho y don Enrique Arnaldo Alcubilla y la magistrada doña Concepción Espejel Jorquera a quienes ya he citado previamente y cuya opinión vuelvo a compartir a este respecto: “No se trataba, en suma, en ese momento, de buscar «una máxima eficacia en la selección de medios posibles de actuación administrativa en materia de salud pública», sino de conciliar los ineludibles requerimientos de salud pública derivados de la pandemia de Covid-19 con el adecuado ejercicio de los derechos de los manifestantes, cosa que no se hizo y que, en nuestra opinión, hubiera debido llevar al otorgamiento del amparo por esta razón, sin necesidad de continuar con el tercer paso del análisis de proporcionalidad.”

2. Proporcionalidad en sentido estricto

El TC se reafirmó en la necesidad de evaluar este apartado en base a un análisis tripartito en el que quedará determinado: el grado de afectación al derecho fundamental interferido, la importancia de satisfacer la finalidad que motiva la medida y, por último, ponderar ambas para averiguar si se derivan de dicha medida más beneficios que perjuicios.

Considerando que la prohibición de una manifestación es, con carácter individual, la medida más gravosa de las recogidas en nuestro ordenamiento para este derecho fundamental, debemos exigir de la resolución prohibitiva que satisfaga con altísima intensidad la finalidad de protección de la salud pública.

A mi juicio, de manera inteligente, el TC evalúa dicha medida no en abstracto, lo que supondría realizar un análisis bastante similar al de idoneidad, sino en comparación con el resto de las restricciones vigentes en esas fechas. De este modo se busca evitar que el ordenamiento caiga en una situación de contradicción. Aunque no esté expresado en la sentencia, debemos entender su análisis en este sentido: lo que permite el poder ejecutivo por la vía normativa (mediante Reales Decretos) no puede prohibirlo luego por la vía administrativa.

En la Comunidad Autónoma de Madrid “Se permitía la asistencia a lugares de culto (cerrados) hasta llenar un tercio del aforo del local; diez personas a velatorios si eran espacio cerrado; todos los establecimientos, locales comerciales y servicios abiertos al público (espacios cerrados) podían atender al 50 por 100 del aforo. El mismo público se toleraba en establecimientos de hostelería y restauración, tanto en espacios interiores como exteriores, y la ocupación de cada mesa podía llegar hasta seis personas. [...] Consejo Superior de Deportes, suscrito por todas las comunidades autónomas, Federación de Municipios y Provincias, federaciones deportivas y Comité Olímpico Español, recomendaba que el número máximo de público fuera de 500 personas en instalaciones cubiertas y de 1000 personas al aire libre.”

Si en la misma CA en igualdad de condiciones se permitía la asistencia de 1000 personas al aire libre en un entorno deportivo ¿Qué protección de la salud pública se iba a lograr prohibiendo una manifestación de 250 personas?

El TC concluyó que no se había cumplido el requisito de proporcionalidad estricta, lo que le llevó a estimar el recurso de amparo presentado por los sindicatos. Llamo ahora al lector a imaginar lo que hubiera ocurrido si el TC hubiera determinado

que la prohibición de esa manifestación era, en sentido estricto, más beneficiosa que lesiva. Es decir, que, dadas esas concretas circunstancias, haría mejor el Gobierno en prohibir concentraciones de 250 personas que en permitir las. Entendería del sentido contrario de una resolución tal que las medidas recogidas más arriba, como la asistencia a lugares deportivos, son más lesivas que beneficiosas y que el Tribunal es favorable a un nivel de protección contra el COVID-19 más alto que el ejecutivo autonómico.

Si bien el TC puede, en su competencia defensora de los derechos fundamentales y otros bienes constitucionalmente protegidos, valorar en base a un nivel de protección más estricto que el normativo, creo que esta sentencia muestra una actitud prudente del pleno, optando antes por anular una simple resolución administrativa que por jugar a la contra de la regulación pandémica existente en ese momento.

IV. Medicina y segundo voto particular

A través de la sentencia encontramos una plétora de citas a fuentes de autoridades médicas; la Consejería de Sanidad de la Comunidad de Madrid, la Dirección de la Salud Pública de la Comunidad de Madrid, el Consejo General de Colegios Médicos, una nota de alerta compartida “por trece sociedades científicas” e incluso la OMS.

Es evidentemente beneficioso que el Derecho esté en contacto con los datos científicos (no solo médicos) para adaptarse a la realidad para la que está llamada a ser efectivo y para poder evaluar con verdadero rigor la proporcionalidad de determinadas medidas. Habiendo dicho todo esto, tal y como está configurado nuestro Estado democrático es necesario realizar una distinción entre la evaluación científica de determinados hechos y la evaluación jurídica de los mismos.

La Medicina está orientada a encontrar soluciones, a menudo las más eficientes, a problemas concretos de la salud humana. En este sentido, para un análisis médico bastaría con que se cumpliera el requisito de idoneidad para que la implantación de una medida “valiera la pena”. No es de extrañar, por tanto, que las autoridades médicas mencionadas aparezcan principalmente en la sentencia para sostener las alegaciones de la autoridad gubernativa que prohibió la manifestación.

Sin embargo, el Derecho tal y como queda configurado por una Constitución garantista y de inspiración liberal como es la española, pretende buscar equilibrios entre el bien común (típicamente representado por la actitud del Estado) y los derechos de libertad de los individuos. Mientras que la Medicina se rige por el “mejor prevenir que curar” nuestro constitucional lo hace por el favor libertatis. La tensión entre estos dos campos es inevitable y el debate acerca de cuánto peso damos a la opinión científica recorre implícitamente toda la sentencia.

Un ejemplo claro de esta oposición puede verse en una de las alegaciones de la parte recurrente: “con referencia al informe emitido por trece sociedades científicas, la demanda objeta que era igualmente una «hoja sin firmar con una nota de alerta [...] aconsejando evitar todo tipo de eventos que fomenten aglomeraciones y aumenten el riesgo de transmisión» y que esas mismas sociedades científicas «podrían firmar otra nota de alerta contra los riesgos del tabaco y no por ello sería causa suficiente para prohibir el fumar a toda la población»”.

Con esto no quiero decir que una postura jurídica más apoyada en la ciencia e insistente con el bien común sea una mala aplicación del Derecho. Todo lo contrario, como he mencionado antes es necesario aumentar la complementariedad de estas ramas del conocimiento. Lo que sí sería un error sería renunciar al método de estudio propio de la ciencia jurídica. Regir la vida colectiva en base a estudios objetivos supondría negar el valor de todo lo subjetivo que condiciona nuestro comportamiento y, en definitiva, enajenar nuestros derechos individuales en favor del imperio de lo amoral.

1. Segundo voto particular

Existe un punto intermedio entre la postura ya criticada del el ATC 40/2020 (que renuncia a tomarse en serio el método de evaluación de la proporcionalidad) y la defendida por el pleno de la presente sentencia. Esta es la representada por el segundo voto particular, que es la demostración de que se puede adoptar una posición férreamente defensora del bien común y la salud pública sin dejar por ello atrás el método constitucional de evaluación de la proporcionalidad para el caso concreto.

Las magistradas Laura Díez Bueso y María Luisa Segoviano Astaburuaga disienten con el pleno en el análisis del requisito de proporcionalidad estricta desde dos perspectivas distintas. En primer lugar, consideraron que la afectación al derecho de reunión no se veía tan perjudicado si tenemos en cuenta que “en el otro platillo de la balanza” se encontraba la vida e integridad física tanto de los asistentes como de otras personas que pudieran contraer la enfermedad a causa de los contagios producidos en la manifestación. Bien sabemos que la integridad física y la vida son, lógicamente, derechos protegidos con un altísimo celo por nuestro constitucional y, según las magistradas, la posibilidad de que se produjeran afectaciones irreversibles a estos justificaba la prohibición de la manifestación.

Por otro lado, razonaron que las medidas laxas de las que disfrutaban los habitantes de la Comunidad de Madrid en ese momento estaban justificadas por un descenso de la incidencia acumulada. Un rebrote causado por la manifestación podría llevar a una elevación de dicha incidencia y provocar un endurecimiento de las restricciones que a su vez afectaría a los ciudadanos de toda la CA.

Si bien respecto de la proporcionalidad estricta comparto la opinión del pleno, considero que tiene valor el voto de las magistradas puesto que representa que un buen análisis jurídico de la proporcionalidad es capaz de mostrarse también protector de la salud pública.

V. Conclusiones

La pandemia del COVID-19 fue un golpe duro a todas luces en la sociedad española, en su perspectiva económica, sanitaria, psicológica y también jurídica. Con un Estado de alarma que parecía dar herramientas insuficientes para lidiar con la crisis, el Tribunal optó en el ATC 40/2020 por una línea jurisprudencial perezosa que consideraba obvio que la gravedad de la situación exigía la prohibición de las manifestaciones.

La línea entre la limitación extraordinaria y la suspensión era muy fina y difusa en algunas medidas, tanto que en la STC 183/2021 el TC declaró parcialmente inconstitucional el Real Decreto por el que se declaró el Estado de alarma y sus sucesivas prórrogas.

Esta primera línea jurisprudencial parece superada con la STC 164/2023 que exige de las resoluciones gubernativas que prohíban manifestaciones que evalúen cada una en sus

circunstancias concretas y que hagan una ponderación correcta de los bienes jurídicos en tensión. Esto parece ser lo más adecuado para evitar que las Delegaciones de Gobierno puedan prohibir concentraciones públicas en situaciones epidémicas con arbitrariedad, llevando a una suspensión práctica del derecho de reunión.

Si bien todos esperamos que una crisis como la vivida no se repita, resulta reconfortante saber que el TC se ha redirigido hacia una línea jurisprudencial más garantista y que se toma en serio su labor como defensora de los derechos fundamentales.

Referencias bibliográficas

- Álvarez García, V. J. (2021). Los errores de diseño del derecho de necesidad para la lucha contra las pandemias y algunas claves para su reordenación futura. *Revista General de Derecho Administrativo*, 58, 1-28.
- Bilbao Ubillos, J. M. (2021). La libertad de reunión y manifestación en tiempos de pandemia. En *Los efectos horizontales de la Covid-19 sobre el sistema constitucional: estudios sobre la primera oleada* (pp. 279-310).
- Brunat, Á. V. Z. (2020, junio 13). ¿Y tú, qué hiciste el 8-M? El día más polémico de la pandemia no fue como lo recuerdas. *El Confidencial*. https://www.elconfidencial.com/espana/2020-06-13/coronavirus-8m-cronologia-polemicos-dia-pandemia_2636760/
- Presno Linera, M. Á. (2021a). El derecho de reunión. *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid, Extra 1*, 107-123.
- Presno Linera, M. Á. (2021b). El estado de alarma en crisis. *Revista de las Cortes Generales*, 111, 127-169.
- Roca Fernández, M. J. (2022). Restricciones de los derechos de reunión y manifestación a causa de la pandemia COVID en la jurisdicción alemana. *Asuntos Constitucionales*, 3, 55-68.
- Villarreal, A. (2020, septiembre 25). ¿Contagiados el 8-M? Con lo que sabemos hoy del coronavirus, las posibilidades se reducen. *El Confidencial*. https://www.elconfidencial.com/tecnologia/ciencia/2020-09-25/covid19-contagios-manifestaciones-8m_2761071/

El tribunal constitucional ante la vacunación no consentida: una mirada crítica

The Constitutional Court and Non-Consensual Vaccination: A Critical Perspective

Antonio Pipó Pérez-Tejada¹

DOI: [https://doi.org/10.37767/2591-3476\(2024\)22](https://doi.org/10.37767/2591-3476(2024)22)

Comentario a

STC 148/2023, del 6 de noviembre

Tribunal Constitucional Español

Acceso al Fallo

RESUMEN:

En la sentencia que a comentar, el Tribunal Constitucional español aborda la posible vulneración del derecho a la integridad física y moral de una menor por la administración no consentida de la vacuna del Covid-19 autorizada por los tribunales de justicia, a la misma ante el desacuerdo de sus progenitores sobre esta relevante cuestión. El Tribunal resuelve que dicha autorización, aunque supuso una afectación al derecho a la integridad física, estaba justificada constitucionalmente. A tal fin, argumentó que existía previsión legal para adoptar tal medida, un fin constitucionalmente legítimo, pero, sobre todo, resultaba proporcional por estar alineado con el interés superior del menor. Además, esta sentencia tiene interés por la introducción de criterios contextuales de interpretación, que han sido utilizados por otras sentencias posteriores, y la consideración de la protección de la salud mental de la menor como elemento relevante a tener en consideración en la ponderación realizada por los tribunales de instancia.

ABSTRACT

In the judgement to be commented on, the Spanish Constitutional Court was presented with a possible violation of the right to physical and moral integrity in lower court rulings that authorized the non-consensual administration of the Covid-19 vaccine to an eleven-year-old girl, against the disagreement of her parents. The Court argued that there is legal provision, a constitutionally legitimate purpose, and, above all, it is proportionate as it aligns with the best interest of the minor. Consequently, the court ruled that such authorization,

¹ Estudiante de 2º curso del Doble Grado en Derecho, Ciencias Políticas y Administración Pública en la Universidad Autónoma de Madrid. Mail: antonio.pipo.jr@gmail.com. Nro. de ORCID: <https://orcid.org/0009-0006-8744-2005>

even though it affected the right to physical integrity, it was constitutionally justified, and thus supposed no violation. Additionally, it is notable the introduction of contextual criteria of interpretation and the consideration of the minor's mental health as a weighed element in the proportionality test.

PALABRAS CLAVE: Integridad física; vacunación; consentimiento; salud mental; menor de edad; COVID-19; interés superior del menor; proporcionalidad.

KEY WORDS: Physical Integrity; vaccination; consent; mental health; best interest of the minor, proportionality.

I. Introducción

El Pleno del Tribunal Constitucional (en adelante, "TC") español resolvió el 6 de noviembre de 2023, un recurso de amparo interpuesto frente de los Autos dictados por la Audiencia Provincial de Zaragoza y un juzgado de primera instancia que autorizaron, a instancia de su padre, la administración de la vacuna del Covid-19 de una menor de once años, frente a la oposición de su madre. Ésta, a su vez, es la recurrente de amparo y evidencia la importancia que tenía esta cuestión para los progenitores.

En el contexto pandémico del Covid-19 en el que se enmarca esta sentencia, y que afectó de lleno a todos los países del mundo, era de esperar que el máximo intérprete de la Constitución española se pronunciase sobre conflictos, que al igual que la pandemia, no tenían precedentes. En este caso el conflicto se origina alrededor de la administración no consentida de una vacuna no convencional. Aún cuando la negativa a la vacunación obligatoria no es un tema novedoso, existiendo numerosos casos en España y en Europa, las altas tasas de mortalidad en todo el mundo, y la urgencia con la que se obtuvo la vacuna del Covid-19, hicieron necesaria la asunción de riesgos extraordinarios. Por ello, el nacimiento, casi atropellado de esta vacuna, lleva el debate sobre estas intervenciones médicas al centro del debate jurídico donde las dudas sobre la predictibilidad de los eventuales efectos secundarios y su efectividad ponen en tela de juicio su obligatoriedad. Y, sin embargo, esta naturaleza, casi experimental, de la vacuna del Covid-19 pasa desapercibida en el análisis del Tribunal Constitucional, recibiendo un tratamiento similar a otras vacunas -cuya efectividad ha quedado ya más que demostrada y, por ende, no hay semejante debate social-. Ésta, que es quizás la mayor objeción que se le puede hacer a esta sentencia (como veremos), no es óbice para recalcar la trascendental relevancia que tiene esta sentencia, por sus consideraciones sobre el contexto extraordinario donde se debe decidir y la importancia de la protección de la salud mental de los menores.

En esta línea debemos aclarar que la jurisprudencia constitucional sobre este tema se estructura en dos grupos de casos. Así, la primera vez que el máximo intérprete se pronunció sobre este tema fue en la STC 38/2023, constituyendo el primer bloque jurisprudencial que se comentará de forma complementaria más adelante. El segundo bloque jurisprudencial está formado por la doctrina asentada en la presente sentencia, la STC 148/2023. Si bien la primera versa sobre la intervención médica en personas con discapacidad y la segunda en menores de edad, ambas establecen una importante doctrina en relación al consentimiento informado, la legitimación, la determinación del interés

superior del menor y la integridad física.

II. Antecedentes de Hecho

El 23 de diciembre de 2021, don J.A.M.M. presentó un escrito ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 5 de Zaragoza, promoviendo un expediente de jurisdicción voluntaria debido al desacuerdo con doña A.P.M. sobre la vacunación contra la Covid-19 de su hija menor, A.M.P., de once años. Ambos progenitores compartían la patria potestad por sentencia de divorcio de mutuo acuerdo núm. 254/2017 que se siguió ante el mismo juzgado donde se inició este expediente.

Don J.A.M.M. argumentó en su solicitud que la Covid-19 podría causar una enfermedad grave en menores y, además, añadía otras razones de peso que reforzaban su petición de que su hija fuese vacunada. Primero, que su profesión de policía aumentaba su riesgo de contagio al estar particularmente expuesto a una eventual infección; además, cuidaba de su madre viuda de 70 años, a quien visitaba frecuentemente y que, por último, la mayoría de los niños del entorno escolar y social de la menor ya estaban vacunados, de forma que la falta de vacunación podría generar efectos perniciosos tales como rechazo o exclusión social para su hija.

Por su parte, Doña A.P.M. centró su argumentación contraria basada en defensas de fondo y de forma. En cuanto al fondo, arguyó el riesgo de la vacuna para la salud de la menor. Bajo esta afirmación se combinaban dos argumentos: primero, que las bajas tasas de muerte o enfermedad grave en menores no justificaban su vacunación y, segundo, que existía la posibilidad real de que la menor sufriera, sin necesidad, efectos adversos graves como miocarditis y pericarditis. Afirmaba lo anterior, fundándose en una serie de estudios clínicos y en el hecho de que la “vacuna” existente no era propiamente una vacuna sino una terapia génica, en fase experimental, que, a su vez, no tenían una eficacia razonable desde un punto de vista epidemiológico. Junto a ello, se arguyó la ausencia de consentimiento informado por escrito de acuerdo a los requisitos de la Ley española 41/2002, de 14 de noviembre, reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica² (en adelante, Ley 41/2002). En cuanto a la defensa formal o procesal, se denunció la indefensión en conexión con una vulneración a la tutela judicial efectiva, ya que el Auto judicial que había resuelto la controversia se había dictado sin la previa celebración de la comparecencia prevista en el art. 85.1 de la Ley 15/2015 de la Jurisdicción Voluntaria³, donde las partes alegan y practican la prueba ante el Juez.

La resolución judicial de primera instancia, confirmada en apelación, decidió autorizar la vacunación de la menor. La decisión contradice la tesis central de la madre y estima la solicitud del padre basándose, precisamente, en la protección de la salud física y mental de la menor. La decisión judicial se apoya en informes de organismos públicos y recomendaciones de entidades independientes prestigiosas como la Asociación Española de Pediatría. La vacuna contaba, también, con el respaldo de las Agencias Europea y Española de Medicamentos. En relación con la alegación de los efectos secundarios negativos ponderó que su incidencia, si bien existía, era porcentualmente pequeña en relación al mayor beneficio a la menor por disminuir tanto el riesgo de una evolución negativa de la enfermedad, como protegiendo a personas vulnerables en su entorno familiar.

2 «BOE» núm. 274, de 15/11/2002.

3 «BOE» núm. 158, de 03/07/2015.

En apelación, además, se añadió que los argumentos presentados por doña A.P.M que justificaban no vacunar a la menor, se sustentaban en meras presunciones de carácter genérico, fundados en documentos e informes periciales igual de genéricos, que se veían inevitablemente desplazados por la abrumadora documentación técnica y concreta de organismos oficiales nacionales e internacionales presentados por don J.A.M.M (provenientes de organismos como la Agencia Española de Medicamentos y Productos Sanitarios, Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud, Asociación Española de Pediatría, Centro Europeo para la Prevención y el Control de las Enfermedades y la Agencia Europea de Medicamentos entre otros). Respecto de las cuestiones procesales el tribunal de apelación alega que, ya que ambas tuvieron la oportunidad de exponer sus argumentos por escrito, y de forma extensa, amén de haber podido presentar sus pruebas documentales por lo que no se puede entender que, por una simple irregularidad procesal, haya habido indefensión.

III. Cuestiones Preliminares

El caso, tal cual se plantea al TC, presenta dos tipos de problemas: uno material relativo a la vulneración de la integridad física y moral y, otro procesal, relativo a la vulneración de la tutela judicial efectiva. A efectos de fijar doctrina constitucional son los motivos materiales los que tienen la verdadera relevancia jurisprudencial. Esto se refleja sin duda, en la profundidad de análisis del TC a la vulneración de la integridad física en contraposición con la tutela judicial efectiva.

En consecuencia, y de forma paralela a como procede el TC, comentaré preliminarmente el examen de la eventual vulneración de la tutela judicial efectiva y a un proceso con todas sus garantías (art. 24.1 y 2 CE). Así, la demandante invocó la vulneración de estos derechos en su dimensión de interdicción de la indefensión y a un proceso con todas las garantías. Esta vulneración se imputa a la omisión por el juzgado de instancia del trámite de comparecencia ante el mismo juez previsto en el art. 85.1 de la Ley 15/2015. La demandante arguye que se le privó de la posibilidad de utilizar medios de prueba pertinentes.

En este punto, el TC no innova su jurisprudencia y se limita a re-exponer la doctrina ya sentada con carácter previo. De este modo, recalca que la posibilidad efectiva de aportar los medios de prueba forma parte del derecho fundamental a la tutela judicial. En este punto, el TC recuerda que no toda irregularidad procesal en materia de prueba constituye *eo ipso* una indefensión material constitucionalmente relevante (por todas, SSTC 247/2004⁴, de 20 de diciembre, FJ 3; 23/2007, de 12 de febrero, FJ 6). En este sentido, indica que la lesión debe de ser imputable al órgano judicial y no a la parte proponente de la prueba quien debe hacerlo en el momento procesalmente oportuno y conforme a la Ley, pero, sobre todo, la prueba inadmitida o no practicada debe ser decisiva en términos de defensa. Como vemos, hasta este punto, nada novedoso en la doctrina constitucional.

En aplicación de lo anterior, el TC entiende que no concurre este último requisito material, dado que la recurrente tuvo posteriormente oportunidad para presentar las pruebas deseadas en otras instancias del proceso habilitadas para ello, a excepción del propio interrogatorio judicial, que a la vista del TC no pudo calificarse como decisiva ya que su posición personal y argumental (que se pretendía exponer de nuevo en la comparecencia) ya quedaba claramente determinada en su escrito de oposición.

4 La STC 247/2004 establece que el derecho a la tutela judicial efectiva únicamente cubre aquellos supuestos en los que la prueba es decisiva en términos de defensa. De esta forma de haberse practicado la prueba omitida, o si se hubiese practicado correctamente, la resolución final del proceso hubiera podido ser distinta en el sentido de ser favorable a quien denuncia la infracción del derecho.

De esta forma el TC desestima los motivos procesales relativos a la tutela judicial efectiva y a la indefensión, pasando al cuerpo principal de la argumentación; el examen sobre la vulneración de la integridad física.

IV. Doctrina fijada en relación a la integridad física y la vacunación de menores

El TC debe resolver si las resoluciones que avalan la administración de la vacuna contra el Covid-19 vulneran el derecho fundamental de la integridad física teniendo en cuenta que el presente caso se refiere a una menor de edad donde uno de los progenitores, cotitular de la patria potestad, no consiente de forma argumentada la inoculación.

1. Doctrina constitucional sobre el derecho a la integridad física

El TC comienza haciendo un repaso, genérico, de su doctrina sobre el derecho fundamental a la integridad personal, en su faceta de integridad física, para luego, concretarlo sobre las actuaciones médicas informadas y consentidas.

El Tribunal analiza el derecho fundamental desde dos facetas. Por una parte, habla de la dimensión negativa o protectora, esto es, el derecho de la persona a su "incolumidad corporal" contra ataques o cualquier clase de intervención sobre el sustrato corporal sin consentimiento (por todas, STC 120/1990). Así, bajo esta dimensión, cualquier acto coactivo de los poderes públicos sobre el sustrato corporal estará a su vez lesionando este derecho, incluso, aunque la lesión no se haya consumado, siendo suficiente que exista un riesgo relevante para la lesión (García, 2024: 67).

Esta dimensión negativa del derecho fundamental impone, por tanto, un deber general de abstención. En el caso de las actuaciones médicas sobre un ciudadano, se otorga a éste una facultad de oposición a cualquier asistencia o tratamiento médico que tiene una clara vinculación con el derecho de autodeterminación personal. Ahora bien, podrían admitirse inmisiones corporales contra la voluntad del ciudadano caso de que se encuentren justificadas constitucionalmente (justificación que profundizaremos más adelante). Esto último, si bien no resulta ninguna novedad a efectos de doctrina, es importante mencionarlo de cara al conflicto que se resuelve en la presente sentencia.

Asimismo, el Tribunal se pronuncia sobre la dimensión positiva del derecho, que se interpreta en conexión con el derecho a la libertad y la dignidad personal, vinculado, de nuevo el derecho de autodeterminación antes señalado. Dice el máximo intérprete, que este derecho a la integridad física protege la misma esencia de la persona con capacidad de decisión libre y voluntaria, violándose con la instrumentalización de la persona (STC 44/2023)⁵.

Esto implica que, para poder ejercer esa facultad de libertad, mediante una decisión voluntaria, el individuo debe, inevitablemente, contar con suficiente información para poder llevarla a cabo. Esta afirmación casa perfectamente con la valoración de la jurisprudencia española sobre el derecho a la información en general dentro de una sociedad democrática. Es cierto, que, si bien se aleja del derecho fundamental analizado en el caso presente, dice el TC que, en su faceta institucional y objetiva, los ciudadanos tienen el derecho a obtener información veraz y suficiente para poder libremente formar su opinión

⁵ Este derecho de autodeterminación se traduce en la "dimensión positiva" del derecho a la integridad física que constata el TC en la STC 44/2023. Esta faceta del derecho se interpreta «en relación con el libre desarrollo de la personalidad, orientada a su plena efectividad»

y tomar sus decisiones, incluyendo, lógicamente, las que afecten a uno mismo. De este modo, igual que el derecho a la información constituye un pilar de la democracia y del estado de derecho, el derecho a dar el consentimiento informado constituye un pilar de la dignidad de la persona en el ámbito sanitario.

Además, aunque profundizaré más adelante sobre la doctrina sostenida a nivel general de Europa, cabe brevemente mencionar que, "La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea", reconoce en su artículo 3 el derecho de toda persona a su integridad física y psíquica, obligando a respetar, "el consentimiento libre e informado de la persona de que se trate, de acuerdo con las modalidades establecidas por la ley". Asimismo, el Convenio de Bioética Europeo (ratificado por España el día 4 de abril de 1997) señala en su artículo 5 que: "Una intervención en el ámbito de la sanidad sólo podrá efectuarse después de que la persona afectada haya dado su libre e informado consentimiento. Dicha persona deberá recibir previamente una información adecuada acerca de la finalidad y la naturaleza de la intervención, así como sobre sus riesgos y consecuencias" (Arroyo, 2009: 117-134)

Resumiendo, la doctrina expuesta sobre este derecho, el TC más bien nos recuerda lo que lleva sosteniendo la jurisprudencia muchos años (por todas, STC 120/1990⁶), que el derecho a la integridad física y moral resultará afectado cuando se imponga la asistencia médica o se intervenga sobre un individuo sin su consentimiento (informado) o, en contra de su voluntad. La inobservancia de este derecho, sin la debida justificación constitucional, constituye una limitación vulneradora del derecho fundamental a la integridad física y moral.

Sin embargo, dicho lo anterior, el problema se plantea con crudeza cuando el sujeto, por la razón que sea, no está en disposición de prestar esa decisión libre, voluntaria e informada. Eso es precisamente el detonante del conflicto que resuelve el TC una vez queda establecida la doctrina general de la integridad física.

2. Concreción de la doctrina general expuesta a la vacunación de personas menores de edad.

Antes de abordar el problema central, el Tribunal efectúa ciertas aclaraciones previas. La primera es que el tribunal conoce y constata que la vacunación, que consiste en la inoculación de un «preparado» de productos biológicos en el cuerpo humano a efectos de provocar una respuesta inmunitaria, puede producir efectos secundarios adversos y no deseados. De esta forma tenemos una doble incidencia en el derecho de la integridad personal a causa de la vacunación: por una parte, por ser una intervención en el sustrato corporal y por otra parte por ser potencialmente peligrosa para la salud. Por tanto, el TC concluye que inevitablemente, al ser una medida que afecta de plano al derecho fundamental de la integridad física, requerirá para su constitucionalidad del consentimiento libre, válido e informado de la persona afectada.

Advertido lo anterior, el tribunal equipara la intromisión (vacunación) sin la concurrencia de este necesario consentimiento a, una vulneración grave del derecho fundamental a la

6 La STC 120/1990 supone un caso paradigmático en la delimitación de la integridad física en el ámbito sanitario. Aunque el fondo versa sobre la alimentación forzosa de unos presos, la doctrina asentada constituye un precedente directo a la sentencia hoy comentada. Así el TC estima que: "asistencia médica coactiva constituirá limitación vulneradora del derecho fundamental, a no ser que tenga justificación constitucional". A colación se añade: "sólo ante los límites que la propia Constitución expresamente imponga al definir cada derecho (...) pueden ceder los derechos fundamentales"

integridad física, y para ello supedita la administración de la vacuna no consentida a los requisitos generales de la restricción de derechos fundamentales sustantivos (que vuelve a ser una reiteración doctrinal): i) que exista habilitación legal, con la debida calidad normativa en la definición del supuesto y sus consecuencias (concreción del principio de legalidad, que debe mediar en todos los supuestos de restricción de derechos para preservar la seguridad jurídica); ii) dicha restricción debe estar autorizada por una resolución judicial debidamente motivada, y en concreto, como veremos con una motivación reforzada; iii) medida dirigida a la consecución de un fin constitucionalmente legítimo; y finalmente, iv) que respete el principio de proporcionalidad en el juicio interno que la resolución que decida.

Seguidamente, vamos a exponer cómo el TC analiza en caso considerando los requisitos arriba expuestos, si bien, destacando aquellas cuestiones singulares relacionadas con el caso.

A. Respecto a la norma habilitante.

La habilitación legal para la medida injerente (la administración no consentida de la vacuna) se encuentra en el art. 9.3, letra c) de la Ley 41/2002. Esta norma introduce la fórmula del "*consentimiento por representación*" para solucionar la eventualidad de un contexto donde no sea posible la prestación del consentimiento, como lo es en este caso, el consentimiento del menor. Ya veremos cómo esta imposibilidad de consentir del menor debe matizarse y adaptarse a nuevas tendencias interpretativas de la capacidad de obrar.

Así lo hace el TC en la sentencia gemela STC 38/2023, donde la ausencia del consentimiento debe adaptarse a las exigencias sobre la capacidad de la persona con discapacidad de la Convención de Nueva York que persiguen ampliar las posibilidades de su consentimiento (Díaz, 2023). De esta forma, primará siempre la voluntad de la persona, salvo el caso excepcional y complejo en el que sea imposible determinarla. Algo similar podremos ver en esta sentencia con la capacidad decisoria del menor, que se verá ampliada lo máximo legalmente permitido.

De esta forma, en la presente sentencia se establece que siempre y cuando el menor "*no sea capaz intelectual ni emocionalmente de comprender el alcance de la intervención*", esto es, que no tenga "*competencia funcional*" (Gómez-Aller, 2010) y, después de haber escuchado su opinión [de conformidad con el art. 9 de la Ley Orgánica 1/1996, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil (en adelante Ley Orgánica 1/1996)], se podrá otorgar la representación a los progenitores para consentir. Este consentimiento se debe prestar de forma conjunta y, a falta de acuerdo entre ellos, se debe resolver por la autoridad judicial.

Esta interpretación de la norma, constituye un requisito esencial que siguieron otras sentencias para resolver casos similares. Estas sentencias, resolvieron sobre el fondo de forma escueta, reproduciendo religiosamente todos los pasos para resolver los casos de vacunación no consentida, siendo este el primer presupuesto a comprobar en todas ellas (véanse SSTC 181/2023, 182/2023, 185/2023, 186/2023, 187/2023). Por ello, en la presente sentencia, el Tribunal recuerda ciertas precisiones aplicables al caso.

Adicionalmente, se debe destacar que esta norma legal de alcance nacional es plenamente compatible con lo establece el Código del Derecho foral de Aragón, que es de aplicación por cuanto tanto la menor como sus progenitores tienen su vecindad civil en dicha comunidad autónoma.

B. Traslado a la vacunación del menor: búsqueda del interés superior del menor

Como se ha comentado, el consentimiento del menor se interpreta de forma amplia tanto por el Tribunal (en la STC 154/2002), como por la ley, ya que la minoría de edad no implica, per se, la falta de capacidad para la prestación del consentimiento informado, ni se remite automáticamente al consentimiento por representación, sino que primero debe demostrarse que el menor carece de la capacidad necesaria para comprender el alcance de la intervención.

En este sentido, y en relación con el alcance de la capacidad de la autodeterminación del menor, el TC establece que existen ciertos actos o situaciones jurídicas del menor a las cuales el ordenamiento otorga relevancia a su consentimiento personal, entre los que podemos encontrar aquellos actos que afecten a la integridad física. Sin perjuicio de ello, el TC establece que: i) que se pueda reconocer relevancia a ciertos actos no es suficiente para extender esa relevancia a todos los actos del menor; ii) este reconocimiento, que en efecto supone la exclusión de la representación, debe entenderse sin perjuicio del deber de los progenitores de salvaguardar el interés del menor (que comentaremos luego); y iii) la validez de estos actos con relevancia tendrá que determinarse teniendo en cuenta la prevalencia de su interés superior, siempre tutelado por los padres o, en su defecto, por el órgano judicial. Lo importante a destacar de estas precisiones es lo siguiente: la autodeterminación del menor en temas que afecten a su integridad física encuentra su límite en su interés superior, de forma que les compete a los progenitores velar porque dichas decisiones no contradigan su interés superior, y en caso de conflicto, a los órganos judiciales.

Como hemos visto hasta este momento, la vacunación, como intromisión en la integridad física del menor exige valorar primero si el menor puede otorgar su consentimiento y, en su defecto, éste puede producirse por representación siempre bajo la prevalencia de la satisfacción del interés superior del menor. Esto nos lleva a determinar ¿qué es el interés superior del menor?

C. El interés superior del menor en abstracto: legislación y jurisprudencia

Antes de entrar en el análisis concreto del caso, hemos de revisar cual es la evolución que ha tenido el concepto de interés general del menor y como opera hoy día en nuestro ordenamiento.

Así, a finales de julio de 2015 se reformó el sistema de protección de menores, lo cual supuso un cambio muy relevante a efectos sanitarios y, sobre todo, del consentimiento e interés del menor. Dicha reforma, integrada por la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia⁷ (en adelante Ley 26/2015) y la Ley Orgánica 8/2015 de Protección a la Infancia y a la Adolescencia⁸ (en adelante Ley Orgánica 8/2015), introducen como hito más destacable el establecimiento de una restricción del principio general de voluntariedad o de autonomía que regía hasta

7 «BOE» núm. 180, de 29/07/2015.

8 «BOE» núm. 175, de 23 de julio de 2015, páginas 61871 a 61889 (19 págs.)

el momento en dos frentes: la salud pública y la situación de riesgo, y en consecuencia otorgar al interés superior del menor un estatus de prevalencia (Santos, 2017).

La primera limitación habilita a obviar la voluntariedad en caso de que dicha decisión ponga en riesgo la salud de terceros y, la segunda -y más relevante para el caso que nos ocupa-, habilita a los tribunales a sustituir la decisión de los progenitores en aquellos supuestos donde estos hayan tomado una decisión (por ejemplo, la no vacunación) en caso de que la negativa de los progenitores pueda constituir un riesgo grave y objetivo para la salud del menor además de que quede probada la relación de mayor beneficio para este.

Esta posibilidad nos acerca al concepto de interés superior del menor. A estas dos limitaciones al principio de autonomía las acompaña otro novedoso enfoque: las limitaciones a la capacidad de obrar del menor se interpretarán de forma restrictiva, o, en otras palabras, los supuestos de capacidad de obrar del menor se interpretan de manera amplia, de forma que, siempre que el menor pueda comprender, su decisión sea efectiva y relevante jurídicamente.

Hecha la anterior advertencia, la sentencia establece que la decisión de los representantes legales relativa al otorgamiento del consentimiento informado por representación deberá atender a: "la protección del derecho a la vida, supervivencia y desarrollo del menor y la satisfacción de sus necesidades básicas, tanto materiales, físicas y educativas como emocionales y afectivas" [art. 2.2, letra a) de la Ley Orgánica 1/1996]. Todo ello contribuye a materializar en la sentencia, la tendencia legislativa de reforzar y concretar el interés superior del menor.

Lo que extraigo de esta tendencia legislativa es una desconcentración del poder decisorio de la esfera de los progenitores o representantes. De esta forma, las decisiones en la esfera del menor se reparten entre los progenitores mayoritariamente, pero, ahora, con mayor protagonismo del menor en ciertas materias e, incluso, con intervención de los tribunales en caso de que peligre el interés superior del menor.

En línea con lo anteriormente mencionado, desde el punto jurisprudencial podemos extraer dos precisiones de la sentencia. El primero es que el interés superior del menor actúa como una doble limitación: de la libertad de actuación del menor en aquellos actos dentro de su esfera de autodeterminación y de las decisiones de los progenitores cuando presten el consentimiento por representación. El segundo es que el interés superior del menor trasciende el ámbito privado para tener una consideración aproximada a una norma de orden público (*ius cogens*), lo que impone obligaciones tanto a los progenitores como a los poderes públicos por igual.

Respecto a la segunda precisión hay que recalcar que el Tribunal alega que existe un mandato a los poderes públicos de proteger el interés del menor, dándole estatus de: "consideración primordial a la que deben atender todas las medidas concernientes a los menores que tomen las instituciones públicas o privadas" y un valor preeminente de ponderación con el que: "en caso de que no puedan respetarse todos los intereses legítimos concurrentes, deberá primar el interés superior del menor sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir" (STC 64/2019, de 9 de mayo, FJ 4, por todas).

V. Antecedente relevante para contribuir al análisis crítico de la sentencia comentada: la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre la vacunación obligatoria.

1. Consideraciones previas y hechos de la sentencia

En aras de entender mejor y contextualizar el fallo de la sentencia que hoy nos ocupa, he considerado pertinente comentar lo resuelto por el TEDH en materia de vacunación obligatoria. Para ello me serviré, principal pero no exclusivamente, del asunto Vavříčka contra la República Checa de abril de 2021.

La jurisprudencia del TEDH viene diciendo que el art. 8 CEDH se considera afectado, que no violado, cuando se produce cualquier tipo de intervención médica en el cuerpo del individuo, aunque esta sea insignificante, lo que viene a significar que la vacunación no consentida supone una injerencia en el derecho a la integridad. En atención a la dicción del art. 8 CEDH, la vacunación obligatoria estaría justificada si existe: i) previsión legal; ii) persigue algún fin legítimo establecido en ella; y iii) la necesidad de la medida en una sociedad democrática. Como vemos, nuestro TC ciñe su doctrina a estos mismos parámetros.

Atendiendo a los hechos del caso; la ley general de salud pública de Chequia establece la obligación de vacunación para todos los nacionales y residentes de larga duración. Asimismo, los centros educativos preescolares solo pueden aceptar menores que hayan cumplido con dicho plan de vacunación. La ley prevé sanciones de hasta 400 euros por incumplimiento de estas obligaciones y existe un régimen de responsabilidad estatal por daños causados por las vacunas. El Sr. Vavříčka fue multado con 110 euros por negarse a vacunar a sus hijos contra la poliomielitis, la hepatitis B y el tétanos y su queja fue rechazada por el Tribunal Constitucional. Entre otros demandantes, la Sra. Novotná también vio rechazada la solicitud de ingreso de su hijo en un centro preescolar por falta de vacunación contra el sarampión, las paperas y la rubéola. Sus quejas fueron desestimadas en todas las instancias, ya que la normativa que detalla el programa de vacunación obligatoria fue considerada adecuada.

El principal motivo esgrimido es la violación del art. 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (en adelante, el CEDH), sobre el respeto a la vida familiar y privada en relación con la integridad física.

2. Resolución

Lo importante a efectos de nuestra sentencia del TC español, es que el TEDH sienta un precedente importante respecto de la vacunación obligatoria, el cual coincide en algunos aspectos con los requisitos del TC, pero también otorga, a mi juicio, un estándar de protección mayor para el ciudadano, lo cual supone un problema en los términos que comentaré más adelante.

Nada nuevo se añade respecto del requisito de previsión legal. Volvemos a encontrarnos con una evidente manifestación del principio de legalidad, cuyo incumplimiento vicia todo el resto del análisis, y resulta esencial para ambos tribunales.

En segundo lugar, si bien el fin legítimo en el CEDH se ancla a la disposición legal del art. 8 (debe constar en la dicción del artículo para su legitimidad), es consideración tanto del

TEDH como del TC español, que la protección de la salud y de los derechos fundamentales son fines constitucionalmente legítimos.

Finalmente, lo que el TEDH denomina el examen de la necesidad en un estado democrático, el TC lo denomina simplemente el triple juicio de proporcionalidad. Sin embargo, no son dos exámenes distintos, sino que el examen que lleva a cabo el TEDH incluye ciertas consideraciones adicionales a las de la proporcionalidad. Podemos ver como se analiza la necesidad social imperiosa, criterios de relevancia social, y consideraciones relativas al marco legal de los Estados Firmantes (consideraciones que, por razones obvias, no incluye el TC español). Para analizar esa "necesidad social imperiosa", el TEDH evalúa la naturaleza de las vacunas, estableciendo un doble parámetro de análisis: por una parte, si constituye una medida preventiva para el individuo, y por otra si se trata de una medida preventiva de propagación de enfermedades. Ambos motivos son suficientes para fundar la necesidad requerida para la vacunación obligatoria (Gómez, 2021).

3. Comparación entre ambas sentencias

Existe, sin embargo, un problema fundamental al comparar ambas sentencias. La sentencia del TEDH otorga un mayor estándar de protección a los menores que van a ser vacunados. El punto de partida difiere radicalmente entre ambas sentencias. Por una parte, el TEDH parte de la premisa de que las vacunas (hepatitis B, tétanos) son extremadamente seguras (habiendo efectos adversos únicamente en 6 casos de 100,000 vacunados), y que estaban apoyados sobre muchos años de pruebas y estudio que reforzaban esa seguridad. Sin embargo, como veremos, el TC no hace comentario alguno sobre el carácter experimental de la vacuna y los riesgos derivados de este preparado. El Tribunal obvia que sean vacunas que -por razones de urgencia- no han seguido todos los pasos que generalmente se imponen en los procesos de autorización de cualquier vacuna, existiendo desconocimiento de muchos de sus posibles efectos adversos, pero sobre todo que se ignore en su razonamiento consideraciones sobre si la vacunación evita el contagio y produce ese efecto "inmunidad de rebaño" que sopesa el TEDH en su test de proporcionalidad (Preciado Domènech, 2021).

En consecuencia tenemos al TEDH que lleva a cabo un análisis de necesidad mucho más profundo, teniendo en cuenta principios de salud pública y factores de inmunización colectiva, además de establecer como requisito de control y protección individualizado de la vacunación obligatoria: *"En vista de este riesgo muy raro, pero indudablemente muy grave para la salud de una persona, los órganos del Convenio han subrayado la importancia de tomar las precauciones necesarias antes de la vacunación (...) Esto evidentemente se refiere a la comprobación en cada caso individual de posibles contraindicaciones. También se refiere a la supervisión de la seguridad de las vacunas en uso"* (En el Asunto Vavříčka y otros c. la República Checa, párrafo 300) De acuerdo con esta garantía, el TEDH estableció que las administraciones encargadas de suministrar la vacuna deben tener procedimientos que se adecúen a este estándar a cada caso singular. Nada de esto se plantea en la sentencia del TC.

Lo que resulta verdaderamente problemático no es que ambos tribunales difieran en su interpretación o metodología, sino que el TC español otorgue a una vacuna objetivamente menos segura y predecible, un estándar de igual o menor de protección del otorgado por el TEDH a vacunas extremadamente seguras, con un riesgo mínimo. En ningún momento del argumentario del TC hay un análisis de los efectos colectivos que pueda tener la vacuna, sino superficialmente un análisis de beneficios de salud genéricos. Como

comentaremos en mayor detalle, el TC no otorga un tratamiento diferenciado a la vacuna del Covid-19, a pesar de sobresalir entre las otras vacunas por haber sido comercializada saltándose numerosos controles estándares, en consecuencia, presumiendo un nivel de seguridad equivalente al de cualquier otra vacuna ordinaria.

VI. Aplicación al caso de la doctrina constitucional expuesta

Llegamos a la resolución del conflicto jurídico, donde el Tribunal sienta doctrina sobre la constitucionalidad de la vacunación sin consentimiento de un menor de edad. Como se anticipó, numerosas sentencias posteriores hacen idénticos análisis al que vamos a exponer seguidamente, aunque muchos de los pasos que sigue el TC en esta sentencia para resolver son recordatorios y no innovaciones.

Como es propio, el Tribunal resuelve cada motivo de impugnación de forma separada. Comienza por la impugnación relativa a la ausencia de consentimiento informado, para luego proseguir con la impugnación relativa a la ausencia de motivación de las resoluciones judiciales impugnadas sobre la necesidad y beneficios de la vacunación de la menor.

1. Determinación del sujeto llamado a prestar dicho consentimiento

Como antesala al análisis del fondo, el máximo intérprete determina quién debe prestar el consentimiento, ya sean los padres o el menor, para poder pasar a ver si concurrían o no las condiciones para ello. El método para hacerlo es bastante simple y directo: hay que remitirse a la ley. El TC debe ver si se cumple el presupuesto básico del art. 9.3, letra c) de la Ley 41/2002 para que pueda acudirse al consentimiento por representación, a saber: que la menor carezca de capacidad emocional e intelectual necesarias para comprender el alcance de la intervención.

La resolución es clara. Al no existir ningún informe profesional, ni datos que permitan afirmar que la menor contaba con la madurez a efectos de responsabilizarse (que le corresponde después de las reformas del 2015 también al médico o profesional sanitario), no puede afirmarse lo contrario. Asimismo, no se planteó en ningún momento del procedimiento por la recurrente en amparo, la posibilidad de que la menor tuviera la capacidad emocional e intelectual necesarias para prestar el consentimiento a la vacunación por sí misma, de forma que tanto el padre como la madre asumieron el hecho que la menor carecía de capacidad, y quedaba en el marco decisorio de los progenitores. Tampoco resulta extraño que ni el TC ni los tribunales de instancia cuestionasen esta asunción. Así lo entiende el TC, que afirma que dada la complejidad científico-médica de la cuestión cabía asumir razonablemente que una menor, de once años, no había de contar con la capacidad intelectual ni los conocimientos precisos para dar un consentimiento válido. Por ello, tampoco se invocó la falta de audiencia de la menor.

2. Motivo de impugnación relativo a la ausencia de consentimiento informado.

Esta información, de acuerdo con los términos exigidos por el art. 4.2 de la Ley 41/2002: "Deberá ser verdadera y habrá de proporcionarse a la persona que ha de prestar el consentimiento de manera comprensible y adecuada a sus necesidades, todo ello con la finalidad de ayudarle a adoptar la decisión que corresponda «de acuerdo con su propia y libre voluntad»". El motivo subyacente a la impugnación, que a mi juicio en la sentencia se pasa por alto, es que el carácter experimental de la vacuna Covid-19 lleva aparejada una falta de información precisa y predictibilidad de consecuencias que son necesarias para poder autorizar semejante intervención.

El argumento que rápidamente despacha esta cuestión versa que dado que ambos progenitores, en sus respectivos escritos de demanda y oposición, aportaron una diversidad de documentos para sostener sus motivos, no puede entenderse que no se contase, previa a la demanda, con suficiente información. En otras palabras; no es lo mismo carecer de información suficiente para formar un consentimiento suficientemente informado, que, partiendo de toda la información accesible, se discrepase acerca de la decisión a adoptar. Y es, según el TC, esta discrepancia la que justifica la intervención del tribunal.

Desde mi punto de vista, el Tribunal Constitucional esquiva el punto del argumento de la recurrente (inocente o habilidosamente), calificándolo incluso como "carente de toda consistencia". El hecho de que la recurrente pusiese en duda el consentimiento informado, en la sociedad informática en la que vivimos, es evidente que no se hace en relación a la ausencia de información, ni siquiera a la ausencia de fuentes de información, sino cuestionando la profundidad o detalle de las informaciones oficiales. Cuestionando la naturaleza de la vacuna (que vemos cuando en su escrito de demanda la denomina "mal denominada vacuna Covid-19"), lo que se hace es alegar que su naturaleza experimental, rápida comercialización y puesta en circulación hace que los informes oficiales no otorguen información suficientemente concreta y predecible sobre los efectos de la vacuna. No tendría sentido alegar la falta de consentimiento informado, presentando a su vez documentos, sino se pretendiese con ello cuestionar la fiabilidad de los datos oficiales. De cualquier modo, es verdad que no le compete, por razones obvias, al Tribunal Constitucional evaluar la fiabilidad científico-técnica de los documentos presentados y, por ello, debe confiar en las autoridades con la más alta presunción objetiva de fiabilidad. Sin embargo, no por ello debe el tribunal tratar la vacuna del Covid-19 y sus correspondientes estudios, de la misma forma que trata otras vacunas ya que ni son situaciones idénticas ni la previsibilidad de las consecuencias son idénticas.

Hemos de tener en cuenta también que la jurisprudencia del TEDH entiende que el contenido de este consentimiento informado debe ser "previo y adecuado" en el sentido de que "los pacientes deben tener acceso a la información necesaria que les permita evaluar los riesgos sanitarios a los que se someten antes de ser intervenidos" (Sánchez Patrón, 2021: 511-553). Dado que la vacuna del Covid-19 es una vacuna de urgencia, si se quiere, que ha pasado los trámites de control con enorme rapidez para atender las urgentes demandas del mundo, no me resulta carente de consistencia entender que no existe suficiente información adecuada para evaluar los eventuales riesgos con un mínimo de seguridad en la decisión.

En definitiva, el Tribunal, al comprender que los motivos de ambos progenitores se apoyaban en numerosos documentos, entiende que no es posible considerar que no había suficiente información previa a la demanda para poder dar un consentimiento válido.

3. Motivo de impugnación relativo a la ausencia de motivación de las resoluciones judiciales impugnadas sobre la necesidad y beneficios de la vacunación de la menor.

Habiendo establecido que son los progenitores en conjunto quienes deben autorizar la vacuna, y que además hay disputa entre ellos, el Tribunal ahora pasa a examinar si la decisión judicial que autoriza la vacunación casa con las exigencias constitucionales que se mencionaron antes, las genéricas de restricción de derechos fundamentales (al ser sin el consentimiento). A lo largo de la sentencia, y, por ende, a lo largo de este comentario, se han ido confirmando algunos requisitos. Ya vimos que existía previsión legal en la Ley

41/2002 para autorizar esta medida restrictiva, pero aún queda por determinar si las resoluciones cumplieron con el canon de motivación reforzada exigible, además de estar orientadas a la consecución de una finalidad constitucionalmente legítima, pero también hay que comprobar si se cumple el principio de proporcionalidad. De forma algo lacónica, el Tribunal resuelve todos estos asuntos en esta última sección, siendo a su vez, los más relevantes a efectos de doctrina.

A. Finalidad constitucionalmente legítima

En primer lugar, el TC extrae de las resoluciones impugnadas en el amparo, que las decisiones tuvieron como fundamento esencial la protección del interés superior del menor. Este interés superior del menor es una finalidad plenamente legítima desde el punto de vista constitucional. Cabría decir que no sólo es legítima, sino que es una materia de tal importancia, que goza de prevalencia y acarrea una obligatoriedad en su observancia en los análisis y ponderaciones de intereses constitucionales, como hemos podido ver en la reciente deriva legislativa y jurisprudencial. Además, hemos de comentar que con esta sentencia se comienzan a introducir las consideraciones del TEDH que hemos comentado con anterioridad, en este caso concreto, el TC español entiende las finalidades legítimas de forma similar al TEDH.

B. Determinación del interés superior de la menor en concreto.

Como hemos podido ver, para que el órgano judicial pueda decidir sobre una medida restrictiva de derechos en materia de menores, este debe siempre orientarse hacia el interés superior del menor, y queda en manos del tribunal su determinación cuando este se pone en tela de juicio por los progenitores. El Tribunal fusiona en el mismo análisis los tres puntos que le quedaban por resolver: determinar el interés superior del menor, evaluando la ponderación de beneficios y perjuicios para el juicio de proporcionalidad, viendo si todo ello queda debidamente justificado y motivado en las resoluciones judiciales. De forma que los dos últimos requisitos generales para la restricción de derechos fundamentales son usados para la determinación del interés superior del menor.

El TC, en pasada jurisprudencia ya estableció que es un principio constitucionalmente protegido y garantizado por el art. 39 CE y que: "justifica una modulación del contenido y alcance de aquellos, precisamente para tutelar este interés superior constitucionalmente reconocido, llegando incluso a atemperar la rigidez de algunas normas procesales o sacrificar los legítimos intereses y perspectivas de terceros e incluso derechos y principios constitucionales" (por todas; la SSTC 187/1996, de 25 de noviembre). Sin embargo, en esta sentencia se introduce una precisión importante y que debemos comentar: la protección del interés superior del menor tiene dos vertientes fundamentales subrayadas en la presente sentencia; la protección de la salud física individual -en este caso frente a la eventual infección del Covid-19- y protección de la salud mental -en este caso mediante la preservación de sus relaciones interpersonales en el entorno social, familiar y escolar-. Lo fundamental de esta precisión es la introducción del criterio de salud mental en la ponderación de intereses, que implica una tendencia a introducir este criterio y a darle una creciente importancia, como respuesta también a la corriente social que presiona en este tema. Más adelante veremos cómo se introduce este criterio de forma determinante en el análisis.

En coherencia con esta división protectora, el TC primero evalúa la motivación y pon-

deración sobre la salud individual de la menor. En ello, entiende que las evidencias científicas disponibles hasta el momento de dictar sentencia mostraban que no solo se habían datado casos graves de infección por Covid-19 en menores (síndrome inflamatorio multisistémico pediátrico, y también casos de Covid-19 persistente entre otros), sino que, en comparación con esta posibilidad, los riesgos por administrar la vacuna eran muy reducidos. Asimismo, los beneficios de la vacuna eran indudables en comparación (reducción del riesgo de contraer la enfermedad, así como del riesgo de sufrir complicaciones a corto y largo plazo).

De este modo, al no tener constancia de que la menor tuviese ninguna predisposición de salud que pudiese hacer que la vacunación fuese perjudicial de manera extraordinaria, la conclusión en el balance riesgo-beneficio es a favor de la vacunación. De forma añadida, el TC valora preferentemente los informes emitidos por organismos públicos (esgrimidos por las resoluciones) dado que puede presumirse un alto grado de objetividad y fiabilidad, en contraposición con aquellos informes presentados por la parte recurrente, los cuales "carecían de un respaldo científico objetivo suficientemente sólido como para poner en cuestión las conclusiones de todos los organismos oficiales citados".

En relación con la protección de la salud mental, la segunda vertiente protectora y la más interesante a mi parecer. Aunque el Tribunal no desarrolla esta vertiente en profundidad, merece la pena comentarla, dado que creo que es la parte más innovadora de la doctrina que sienta. El TC, después de tomar en consideración el balance de la salud física, pasa a introducir una consideración contextual sobre la salud mental de los menores a causa de la pandemia. Apoyada en varios informes: «Salud mental y Covid-19: datos iniciales sobre las repercusiones de la pandemia» de la Organización Mundial de la Salud publicado el 2 de marzo de 2022, «Estado mundial de la infancia 2021: En mi mente. Promover, proteger y cuidar la salud mental de la infancia» de UNICEF, la sentencia alerta que el contexto excepcional que se generó a raíz de la pandemia había aumentado notablemente los problemas de salud mental y las tasas de depresión y ansiedad se habían duplicado. Esto se debe principalmente al aislamiento social en un grupo de edad que depende para su desarrollo emocional de la socialización con los pares.

VII: Conclusiones: Doctrina asentada y comentario personal

1. Doctrina Asentada

La doctrina asentada resulta de importante relevancia, especialmente en los tiempos post pandemia que vivimos. La cuestión de la administración no consentida de las vacunas ya no es un tema distópico y lejano, es algo que nos toca muy de cerca y, a efectos del estado de derecho en el que vivimos, es esencial tener pronunciamientos respecto de este tema.

Como dijimos anteriormente, numerosas sentencias posteriores a la presente sintetizan bien la doctrina asentada. De esta forma, sentencias como la 187/2023 entre otras, adoptan la metodología y argumentación esgrimida en esta sentencia, estableciendo que será constitucional autorizar la vacunación no consentida de una menor, de acuerdo a las exigencias del art. 15 CE, cuando: i) se pueda cumplir el presupuesto básico del art. 9.3 letra c) que habilita el consentimiento por representación, habiendo demostrado que el

menor carece de capacidad de comprensión en los términos que ya hemos mencionado; ii) la motivación de las resoluciones no solo deben de estar motivadas, sino que deben de tener como fundamento especial la protección del interés superior del menor, teniendo en cuenta las recomendaciones sanitarias de las autoridades y haciendo un juicio ponderado de riesgos y beneficios.

Estos son los elementos más relevantes a los que posterior jurisprudencia se remite para la solución de asuntos similares (por todas, la STC 185/2023). Sin embargo, a mi forma de ver, hay otros elementos novedosos que la dotan de relevancia. En comparación con la STC 38/2023, la sentencia que nos trae al caso no se distancia prácticamente nada en la argumentación, ni en la doctrina. Por este carácter complementario, ambas sentencias constituyen el bloque doctrinal de referencia para la administración médica sin consentimiento del titular, en concreto de la vacuna, autorizada por los órganos judiciales (en nuestro caso sería en ausencia de consentimiento por representación a causa de una disputa de los progenitores, y en la STC 38/2023 hace referencia a la negativa del representante de una persona de avanzada edad con discapacidad). No obstante, la sentencia 148/2023 analiza ciertos temas con mayor profundidad. Podemos ver como, por ejemplo, en el test de proporcionalidad (que comentaré más adelante), menciona de forma explícita el beneficio directo y claro que debe de percibir la persona a vacunar, que resulta ser un estándar adicional para evaluar las intervenciones médicas, elevando el nivel de protección de los derechos fundamentales. Además, en la presente sentencia podemos ver como a la hora de evaluar el interés del menor, hay una mayor introducción y consideración de las particularidades contextuales y situacionales generadas por la pandemia. Este enfoque contextual es el que introduce el criterio de la salud mental como beneficio directo hacia el menor.

En esta misma línea, la introducción del criterio de salud mental como una nueva dimensión del estándar de protección, es remarcable por suponer un avance indudable respecto de esta área de la sanidad. Considero que merece la pena mencionar este criterio, pues es sin duda un elemento determinante, que va cobrando una mayor importancia y visibilidad social. A efectos de la doctrina, no cabe duda que en futuras sentencias la salud mental tendrá que incluirse como criterio de ponderación en aquellos casos donde haya que evaluar la incidencia en el derecho fundamental de la integridad física.

2. Comentario Personal.

Finalmente terminaré con un breve comentario personal de la sentencia. Como se pudo ver previamente, realicé una crítica respecto a la valoración que hace el Tribunal del motivo de impugnación del consentimiento informado. Como dije, me resulta visible como el Tribunal parece obviar uno de los principales problemas de la vacuna del COVID-19 y es que no se trataba de producto que cumpliera todos los controles de seguridad establecidos a nivel nacional e internacional. Esta era la intención de la presentación de la prueba por parte de la recurrente, que no era meramente para apoyar su negativa a dar el consentimiento, sino cuestionar si, ante una situación razonablemente dudosa y potencialmente peligrosa, era constitucional esta intromisión en la integridad física de una persona. A mi parecer ese era el núcleo de la impugnación, que tenía por finalidad individualizar la vacuna del Covid-19, separarla del género "vacuna" para así tratarlo como un caso singular.

Esto se conseguía presentando ciertos documentos que mostrasen que la vacuna del

Covid-19 no cumplía con las características ni requisitos definitorios de una vacuna, por lo que enmarcarla en el género y por ende darle un tratamiento de vacuna ordinaria conceptualmente sería erróneo al tratar de forma igual situaciones desiguales. Al obviar este punto, quizás deliberadamente, y no ofrecer un tratamiento y análisis distinto entre la vacuna del Covid-19 de otras vacunas como puede ser la del tétanos o gripe, creo que no se ha resuelto el problema ofreciendo una solución especial para este tipo de casos, lo cual puede ser preocupante, si esta misma cuestión se produjese en un contexto diferente. También entiendo muy novedoso (y habrá que observar con atención su evolución) la introducción del parámetro de la salud mental dentro de la ponderación a la hora de tomar decisiones.

Tampoco me parece que tener en cuenta la naturaleza "experimental de la vacuna" fuera a alterar de ningún modo el fallo, al fin y al cabo, al introducir como criterio valorativo el contexto social de excepcionalidad -como hemos mencionado antes-, se podría fácilmente argumentar que la vacunación entraba dentro del el interés superior del menor. Habría sido, no obstante, lo anterior, valioso a efectos de doctrina, pues habría dado, a una vacuna novedosa, un enfoque jurídico novedoso, y, en definitiva, habría tratado el fondo del conflicto de forma más directa y transparente.

Referencias bibliográficas

- Arroyo, M. C. (2009). La obtención del consentimiento informado en España: la asistencia urgente como excepción, doctrina del Tribunal Constitucional. *Ciencia forense: Revista aragonesa de medicina legal*, (9-10), 117-134.
- Díaz, M. C. T. (2023). El derecho a la integridad personal ante la vacunación no consentida: ¿qué ha dicho el Tribunal Constitucional?
- García, Y. V. (2024). La autorización judicial para administrar la vacuna de la COVID-19 a personas con capacidad limitada no vulnera derechos fundamentales. *Tribunal Constitucional. Sentencia -Pleno- 38/2023*, de 20 de abril. *Recurso de amparo 3214/2022* (BOE. 22 de mayo de 2023). *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, 67.
- Gómez, F. J. O. (2021). La Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el asunto Vavříčka contra Chequia: el valor jurídico de las vacunas.
- Gómez-Aller, D. (2010). Problemas del consentimiento informado por representación.
- Preciado Domènech, C. H. (2021). Vacunación obligatoria de menores: multa y exclusión de los menores de preescolar. *Revista de Jurisprudencia Laboral*. https://doi.org/10.55104/RJL_00231
- Sánchez Patrón, J. M. (2021). La vacunación en la jurisprudencia europea. *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 511-553. <https://doi.org/10.18042/cepc/rdce.69.02>
- Santos, J. A. C. (2017). Cuestiones médico-legales ante pacientes menores en situación de riesgo clínico. <https://uvadoc.uva.es/bitstream/handle/10324/24317/TFG-M-M830.pdf?sequence=1>

Anexo de Legislación

- España. (1999). Instrumento de Ratificación del Convenio para la protección de los derechos humanos y la dignidad del ser humano con respecto a las aplicaciones de la Biología y la Medicina (Convenio relativo a los derechos humanos y la biomedicina), hecho en Oviedo el 4 de abril de 1997. *Boletín Oficial del Estado*, 251, 36825-36830. Disponible en:

[https://www.boe.es/eli/es/ai/1997/04/04/\(1\)](https://www.boe.es/eli/es/ai/1997/04/04/(1))

- Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Disponible en: <https://www.boe.es/eli/es/lo/1996/01/15/1/con>
- Ley Orgánica 8/2015 de Protección a la Infancia y a la Adolescencia. Disponible en: <https://www.boe.es/eli/es/lo/2015/07/22/8>
- 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. Disponible en: <https://www.boe.es/eli/es/l/2002/11/14/41/con>
- Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria. Disponible en: <https://www.boe.es/eli/es/l/2015/07/02/15/con>
- Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia. Disponible en: <https://www.boe.es/eli/es/l/2015/07/28/26/con>

Anexo de Jurisprudencia

- Caso Vavříčka y otros c. la República Checa, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Gran Sala, Estrasburgo, 8 de abril de 2021, demandas N.º 47621/13 y otras 5.
- Sentencia del Tribunal Constitucional 38/2023, de 20 de abril de 2023.
- Sentencia del Tribunal Constitucional 247/2004, de 20 de diciembre de 2004. Recurso de amparo 396-2002.
- Sentencia del Tribunal Constitucional 44/2023, de 9 de mayo de 2023. Recurso de inconstitucionalidad 4523-2010.
- Sentencia del Tribunal Constitucional 120/1990, de 27 de junio. Recurso de amparo 443/1990.

Derechos fundamentales en la interrupción voluntaria del embarazo

Fundamental rights in voluntary interruption of pregnancy

Miguel Chaves Montalbán¹

DOI: [https://doi.org/10.37767/2591-3476\(2024\)23](https://doi.org/10.37767/2591-3476(2024)23)

Comentario a
STC 78/2023 del 3 de julio
Tribunal Constitucional Español

Acceso al Fallo

RESUMEN:

Doña A.C.M acudió al Hospital General de Cartagena tras quedar embarazada. Allí, le detectan una anomalía que es confirmada por una clínica médica privada a la que posteriormente acudió y le confirmaron la enfermedad del feto (agenesia completa del cuerpo calloso) y se le explica allí, la necesidad de realizarle una resonancia magnética para analizar el grado en que se encuentra el feto, todo ello culmina con la interrupción voluntaria del embarazo el 1 de diciembre.

Posteriormente Doña A.C.M interpone una reclamación de responsabilidad por el funcionamiento de los servicios públicos, pues considera vulnerados el derecho a la integridad física y moral por «tratos humillantes y vejatorios» y porque «no se practicaron, las pruebas en el momento oportuno»; derecho a la intimidad familiar y personal porque «no se le suministró de manera completa y adecuada la información sobre su embarazo de alto riesgo ni el anormal desarrollo del feto»; o el derecho a la no discriminación por «una objeción de conciencia generalizada por parte de los profesionales sanitarios», entre otros.

Así, el Tribunal Constitucional valorará dichos antecedentes junto a las declaraciones de los profesionales sanitarios implicados en el proceso y se dictaminará sentencia al respecto.

¹ Estudiante de un doble grado en Derecho y Administración y Dirección de Empresa en la Universidad Autónoma de Madrid; ORCID-ID RECORD: <https://orcid.org/0009-0001-0418-5036>

ABSTRACT

Ms. A.C.M went to the General Hospital of Cartagena after becoming pregnant. There, they detect an anomaly that is confirmed by a private medical clinic to which he later went and they confirmed the disease of the fetus (complete agenesis of the corpus callosum) and the need to perform an MRI to analyze the degree is explained to him there. in which the fetus is, all of this culminates with the voluntary interruption of the pregnancy on December 1.

Subsequently, Ms. A.C.M files a claim for responsibility for the operation of public services, since she considers that the right to physical and moral integrity was violated due to "humiliating and humiliating treatment" and because "the tests were not carried out at the appropriate time"; right to family and personal privacy because "she was not provided complete and adequate information about her high-risk pregnancy or the abnormal development of the fetus"; or the right to non-discrimination due to "a generalized conscientious objection on the part of health professionals", among others.

Thus, the Constitutional Court will evaluate said background together with the statements of the health professionals involved in the process and a ruling will be issued in this regard.

PALABRAS CLAVE: Aborto; Derechos fundamentales; Objeción de conciencia; interpretación.

KEY WORDS: Abortion; Fundamental rights; Conscientious objection; interpretation.

I. Introducción

Se trata de una sentencia del Tribunal Constitucional que aborda uno de los temas más controversiales en la actualidad: «la interrupción voluntaria del embarazo». En dicha sentencia se hace un énfasis en la trascendencia constitucional de este "nuevo" derecho fundamental. Tal es así, que, por su naturaleza y su reciente incorporación al marco constitucional es necesario que este derecho se llene de contenido y de doctrina constitucional (es por ello por lo que se admite a trámite este recurso de amparo). En esta sentencia se discute sobre la interposición de varios derechos fundamentales sobre el derecho a la interrupción voluntaria del embarazo. La recurrente en amparo considera vulnerados su derecho a la integridad física y moral; derecho a la intimidad familiar y personal; el derecho a no sufrir discriminación o el derecho a la igualdad.

A este respecto el TC resolverá el recurso de amparo que culminará con un fallo estimatorio parcial de dicho amparo.

Los hechos que suscitan el caso se contextualizan en la región de Murcia, donde una mujer embarazada acude al hospital general de Cartagena para ver el estado y condición del feto en la que se alega que no se le hicieron las pruebas pertinentes ni se le informaron sobre los procedimientos. Así, más tarde acude de nuevo y se detecta una anomalía que no puede ser determinada con exactitud, ante esto, acude a una clínica privada le dicen que la enfermedad del feto es agenesis del cuerpo calloso y acude de nuevo al hospital de Cartagena en la que se llega a conclusión que no pueden confirmar la enfermedad que puede padecer el feto, será en la clínica privada donde confirmará el diagnóstico del feto: agenesis completa del cuerpo calloso, es aquí donde se recomienda hacer una resonancia magnética nuclear para ver el grado en el que se encuentra el feto, ante el

pronóstico tan negativo, la recurrente en amparo decide solicitar la interrupción voluntaria del embarazo y se le explican los procedimientos y la información del mismo. Todo ello culmina con la interrupción del embarazo el día 1 de diciembre, con pretexto del Art. 15 c) de la LO 2/2010 de 3 de marzo de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo.

Para la resolución de dicho amparo se nombra la jurisprudencia de las instituciones supranacionales en las que España ha aceptado su jurisprudencia y donde, según el Art. 10.2. CE: «Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los acuerdos y tratados internacionales sobre las mismas materias ratificados por España»

II. Caracterización general

1. Naturaleza del derecho de la mujer a interrumpir el embarazo

Tiempo atrás, el Tribunal Constitucional tuvo la oportunidad de pronunciarse sobre este asunto en la STC 44/2023 en la que se dice que la interrupción voluntaria del embarazo «forma parte del derecho constitucionalmente protegido del derecho fundamental a la integridad física y moral (Art. 15 CE) en conexión con la dignidad de la persona y el libre desarrollo de su personalidad como principios rectores del orden político y paz social». Como se expone en la sentencia, se trata de un derecho que necesita de un desarrollo normativo, plasmado en la LO 2/2010 de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo. Ahora bien, en este punto se nos podría plantear la siguiente cuestión: ¿Supone vulneración del derecho fundamental a la integridad física y moral de la mujer no respetar lo preceptuado en dicho desarrollo normativo? En este punto considero relevante la diferenciación entre afectación y vulneración de los derechos fundamentales, esta radica en el grado de intromisión a los mismos. Así, destacamos:

- **Afectación:** Consiste en una transgresión singular al ejercicio de un derecho fundamental, respetando los límites internos y el contenido esencial de los derechos fundamentales (derivan de la naturaleza del derecho, más allá de las cuales no se está ante un derecho), por lo que puede estar justificada en aras de protección de otros derechos fundamentales o bienes constitucionalmente protegidos. Así, consiste en una transgresión de grado menor.
- **Vulneración:** Consiste en una transgresión directa al derecho fundamental, esto se consigue en el momento en que se sobrepasan los límites internos y se ignora el contenido esencial de los mismos. Supone vulneración la protección excesiva del derecho en cuestión que se vuelva impracticable o la desprotección del mismo. Supone una transgresión de grado mayor y por tanto, injustificada

Partiendo de esta base, responderemos a la pregunta planteada, según expone el Tribunal Constitucional conforme al FJ 5: «Cualquier infracción de la ley que regula el ejercicio del derecho a la interrupción del embarazo conlleva infracción del derecho fundamental a la integridad física y moral de la mujer». Así, el Tribunal aclara algunos supuestos que constituirían la vulneración de este derecho fundamental: «En los casos donde no se respete el ámbito de libertad que el legislador ha otorgado a la mujer para que pueda

adoptar de forma autónoma y sin coerción de ningún tipo la decisión que considere más adecuada en cuanto a la continuación o no de su gestación» o donde «Se dificulte de manera relevante el acceso a la prestación sanitaria de la interrupción del embarazo o su práctica».

A. Crítica a la naturaleza del derecho fundamental del derecho de la mujer a interrumpir el embarazo

Quiero centrar mi crítica conforme lo expone la magistrada Doña Concepción Espejel Jorquera en su voto particular concurrente tras el fallo de esta sentencia. Esta crítica se forma a partir del ámbito competencial que se le atribuye al Tribunal Constitucional. Así, como se expone en el Art. 1.1 LO 2/1979 donde se deriva que es el Tribunal Constitucional el máximo intérprete de la Constitución Española.

Ahora bien, ser el “máximo intérprete” consiste en «Fijar los límites dentro de los cuales puede moverse libremente el legislador y convertir en ley sus opciones políticas [...] la reversibilidad de las decisiones normativas es inherente a la idea de democracia [...] esto otorga al legislador un amplio margen de configuración plenamente legítimo, amplio, pero no limitado pues está suspendido a los deberes que emana de la constitución (STC 233/2015, de 5 de noviembre, FJ 2)».

A mi juicio, el Tribunal Constitucional concurre en una extralimitación de sus funciones en lo relativo a la STC 44/2023. En dicha sentencia, el Tribunal califica como “contenido constitucionalmente protegido” la interrupción voluntaria del embarazo que se deriva del derecho fundamental a la integridad física y moral. Doña Concepción Espejel expone: «En vez de limitarse a analizar si la opción legislativa se acomoda o no a la Constitución, acabó creando un pseudoderecho fundamental». Esto no es la primera vez que sucede en el recorrido histórico- constitucional pues ya sucedió con la “creación” del derecho fundamental a la protección de datos personales o la eutanasia.

Son varias las consecuencias que se derivan de la creación de un derecho fundamental: En primer lugar, lo que podemos llamar la “devaluación de los derechos fundamentales”. Reconocer un derecho fundamental significa hacerlo efectivo, por lo que la incorporación de forma desmesurada de nuevos derechos fundamentales puede ser contraproducente si no pueden estar garantizados. Otro de los mayores problemas consiste en la vinculación de los derechos fundamentales al legislador. Así una de las características principales de los derechos fundamentales es la vinculación al legislador (Art. 53.1 CE). De esta forma, desde la concepción absoluta de respeto al contenido esencial de los derechos fundamentales, los derechos fundamentales tienen una estructura análoga a la de un melocotón, donde el legislador puede restringir la parte blanda (con justificación) pero nunca en el núcleo o contenido esencial.

Así, una cosa es que una ley o disposición normativa se acomode dentro de la Constitución derivado de un determinado derecho fundamental, en cuyo caso, el poder legislativo es libre de hacer efectiva o no dicha ley o disposición, y en si lo hace, es libre en la determinación del contenido de esta, siempre, con respeto a la Constitución y sus límites. Cosa bien distinta es la creación de un derecho fundamental (como se ha procedido), donde se obliga al legislativo al desarrollo normativo de un nuevo derecho, y, por supuesto, el respeto al contenido esencial del derecho en cuestión.

En la actualidad, supongamos que el derecho a la interrupción voluntaria del embarazo, al constituirse como derecho fundamental, requiere de un desarrollo normativo, en lo plasmado en la LO 2/2010. Sin embargo, en caso de que se produzca un cambio de gobierno con una mayoría proclive a la derogación del aborto, este no sería posible, debido a que por su naturaleza, se entiende vulnerado el derecho fundamental cuando «No se respete el ámbito de libertad que el legislador otorga a la mujer» o «Se dificulte de manera relevante el acceso a la prestación sanitaria a la interrupción del embarazo», situaciones que por supuesto se ven vulnerados si se opta por la derogación de dicho derecho.

En definitiva, considero que el Tribunal Constitucional debe reorientar su conducta en cuanto a creación de derechos fundamentales se refiere, ya que no nos encontraríamos ante un tribunal de control de constitucionalidad, sino de creación Constitucional, cosa que es competencia legislativa y no de dicho tribunal.

III. Derechos fundamentales en conflicto

1. Derecho a la integridad física y moral

En primer lugar, deberemos analizar la naturaleza del derecho en cuestión, en especial la prohibición de los tratos inhumanos o degradantes. Así, bien, la Constitución prohíbe los tratos inhumanos o degradantes. Ahora bien, ¿cómo identificar un trato inhumano o degradante? Así, el Tribunal Constitucional establece que es trato inhumano o degradante el infligir a una persona un sufrimiento físico o psíquico con el fin de humillarla o de doblegar su voluntad. Sin embargo, no debe tratarse de cualquier sufrimiento, sino un tipo de conducta de especial intensidad que acarree con ello graves consecuencias físicas o psíquicas.

Es de vital importancia en este punto aclarar lo que se expone en el FJ 4 c): Se pone de manifiesto que cuando el Tribunal Constitucional conoce de la presunta vulneración de un derecho fundamental, sí podrá conocer de los hechos que dieron lugar al proceso (que según la norma se lo impide). Ahora bien, el Tribunal ha de respetar en todo caso, dichos hechos salvo que se acuda en amparo alegando que se ha incurrido en error patente, arbitrariedad o irracionalidad en la apreciación de los hechos. Debemos aclarar aquí entre los hechos, entendido como un suceso o acontecimiento de carácter objetivo y, por otro lado, las valoraciones o interpretaciones que son juicios que tratan de explicar el significado de los hechos.

«En lo concerniente a las vulneraciones atribuidas a la administración, este Tribunal no está vinculado por las valoraciones fácticas realizadas en la jurisdicción ordinaria [(STC 56/2019 de 6 de mayo, FJ 3)], pero sí lo está, salvo la excepción apuntada, en lo que concierne a la determinación de los hechos».

De esta forma, el Tribunal sostiene lo siguiente: «La demandante no recurre en amparo esta resolución por apreciar que el órgano ha incurrido en un error patente, en arbitrariedad o en irracionalidad» esto conlleva que no se acreditan la existencia de tratos humillantes o vejatorios

A. Crítica al derecho a la integridad física y moral en el caso concreto

En este punto me gustaría destacar la reiterada jurisdicción del Tribunal Constitucional del FJ 4

c) de esta misma sentencia. Como hemos expuesto, el Tribunal puede no estar vinculado a los hechos en juicio siempre que se observe que «el órgano judicial ha incurrido en un error patente, arbitrariedad o irrazonabilidad en la apreciación de los hechos». De esta afirmación puedo sacar a priori una doble línea argumentativa que necesita de un mayor estudio enfocado a dicha cuestión:

Por un lado, considero esta doctrina como un “método reforzado” de protección constitucional, donde si bien antes de dicha doctrina el Tribunal no estaba vinculado a los hechos del caso, cabría la posibilidad que dicha acción u omisión de los órganos judiciales (en línea con el Art.

44.1 b) LO 2/1979 de 3 de octubre) se tradujera en la ocultación o falta de justificación de algún hecho concreto. Por eso podemos ver dicha nueva jurisprudencia donde el tribunal sí pueda conocer de los hechos de un caso concreto

Por otro lado, vemos que esta “no vinculación” del Tribunal Constitucional a los hechos de un caso concreto provoca que el Tribunal asuma las competencias de un juez ordinario. Así, la función del Tribunal Constitucional consiste en verificar si la sentencia cabe o no dentro del marco constitucional, sentencia que proviene de las valoraciones fácticas que realizó el órgano judicial a raíz de unos determinados hechos. Si bien se expuso: «este tribunal no está vinculado por las valoraciones fácticas realizadas en la jurisdicción ordinaria».

En conclusión, como regla general considero que el Tribunal Constitucional consiste en la no vinculación de las valoraciones de los órganos de la jurisdicción ordinaria y en la vinculación de los hechos. Ahora bien, podría ser posible que se observe un error patente, arbitrariedad o irracionalidad en la apreciación de los hechos, pero eso sí, dicha situación debe estar cuanto menos, muy justificada por el Tribunal, debido a que se puede incurrir en una extralimitación de sus funciones, si bien es cierto que me cuesta encontrar una situación donde haya un problema en la apreciación de los hechos (debido a que son situaciones objetivas y no subjetivas) no cierro la puerta que en casos muy excepcionales sí puedan ocurrir.

2. Intimidad personal y familiar

La naturaleza del derecho a la intimidad personal se ha reiterado en numerosas sentencias que el derecho a la intimidad garantiza la existencia de un ámbito propio y reservado frente a la acción y el conocimiento de los demás.

En este caso, la recurrente sostiene que se lesionó su derecho a la intimidad personal y familiar debido a que «no se le suministró de manera completa y adecuada información sobre su embarazo» o «el anormal desarrollo fetal» ni «la posibilidad de interrumpir la gestión» todo ello, alegando que la Administración se demoró excesivamente sobre la interrupción voluntaria del embarazo.

Se exponen, además, las valoraciones de los profesionales médicos que asistían a la recurrente en este proceso que niegan las pretensiones de la misma. De esta manera, se expuso que la enfermedad que padecía el feto no era detectable hasta la semana veinte y «una vez que se detecta, se establece un protocolo de seguimiento». Se admite una cierta demora ínfima que queda justificada debido a que la resonancia para detectar

la enfermedad aumenta su eficacia después de la semana veintidós y a veces se suele retrasar un poco más y que supone afectación (que no vulneración) en el derecho a la intimidad personal y familiar. Según afirman: «suele ser agobiante para la familia, pero lo que debe prevalecer es llegar a un diagnóstico lo más certero posible» y con ello «permitir que se tomen decisiones con tiempo suficiente». Además se mostraron la historia clínica, cartilla de embarazada e informes clínicos de los ginecólogos en las que se explican las posibilidades diagnósticas.

El Tribunal, con buen criterio resuelve que los profesionales sanitarios no incurran en ocultación de información ya que la enfermedad fetal no pudo determinarse con exactitud en la primera ecografía porque como expone el personal sanitario dicha enfermedad no se detecta hasta la semana veintidós. De esta manera, el médico indicó la posibilidad de que fuese agenesia del cuerpo calloso y debía ofrecerle más información de la enfermedad, pero no con ello se deduce que hubo intención de ocultación de información que impidiese el ejercicio del derecho a la interrupción del embarazo. También se alude a la confirmación del diagnóstico por parte de la clínica privada

3. Objeción de conciencia

Como bien sabemos, en nuestra Constitución aparece explícitamente una sola objeción de conciencia (La del servicio militar obligatorio. Así, ¿De dónde nace la objeción de conciencia al aborto? El Tribunal Constitucional se pronunció acerca de esta cuestión en la famosa sentencia 53/1985 FJ 14 en la que se expone: ese derecho existe y puede ser ejercido con independencia de que exista o no regulación legal, pues «forma parte del contenido del derecho fundamental a la libertad ideológica religiosa» esta concepción ha cambiado con el paso del tiempo hasta que en la STC 44/2023 se dice: «la libertad ideológica y de conciencia por sí sola no es suficiente para liberar a los ciudadanos del cumplimiento de deberes constitucionales legales». Sin embargo la excepción a dicha regla está según afirma el Tribunal Constitucional: el legislador pueda o, incluso en algunos casos deba eximir al individuo de cumplir sus mandatos por razones de conciencia en los casos en los que estos aleguen supuestos de «suficiente arraigo cultural». El tribunal añade a estos supuestos la objeción de conciencia a la eutanasia y al aborto.

La recurrente en amparo tuvo que desplazarse de una Comunidad a otra para que le practicara la interrupción voluntaria del embarazo alegando la existencia de una objeción de conciencia generalizada por parte de los profesionales sanitarios. De esta manera, EL director gerente del área I del Servicio de salud argumentó la inexistencia de un registro de facultativos en relación con la objeción de conciencia justificándose en que ningún facultativo ha solicitado practicar dicho procedimiento.

En la línea argumentativa del Tribunal, este, en primer lugar, declara que no es posible la inexistencia de un registro de objetores de conciencia en lo relativo a la interrupción voluntaria del embarazo por contradecir lo dispuesto en la LO 2/2010 de 3 de marzo. Ahora bien, el Tribunal hace una mención especial sobre el ejercicio de este derecho fundamental en relación con la STC 44/2023 FJ.9 «están exentos de practicar la interrupción voluntaria del embarazo cuando hayan ejercido su derecho a la objeción de conciencia conforme lo establecido a la Ley Orgánica 2/2010» cosa que como queda claro, no se llevó a cabo por la inexistencia de dicho registro de objetores.

A. Crítica al derecho de objeción de conciencia

En primer lugar, señalar un posible problema que se deriva de este derecho la objeción de conciencia, en línea a lo que sostiene la recurrente en amparo, si bien es cierto que dicho derecho está protegido e integrado en el derecho fundamental a la libertad ideológica, en el caso que se nos presenta, la función de este derecho es que, por motivos de conciencia los profesionales médicos tienen la posibilidad de negarse a practicar la interrupción voluntaria del embarazo, hasta aquí parece coherente, el problema surge cuando realmente se aprecie una generalidad de objetores de conciencia que derive en ello, en la imposibilidad de interrumpir un embarazo, en dicho escenario (como se alega en la sentencia posteriormente) se deriva a la paciente a otro centro acreditado para la práctica al aborto. Sin embargo, mantengo la postura de que, en ese preciso instante, surge el choque entre los derechos fundamentales de la libertad de la interrupción voluntaria de la mujer y el derecho de los profesionales sanitarios a la objeción de conciencia. Así, según el Art. 19.5 LO 2/2010 se dispone: «Si, excepcionalmente, la administración pública sanitaria no pudiera facilitar en tiempo la prestación [por ejemplo, por una objeción de conciencia generalizada], las autoridades sanitarias reconocerán a la mujer embarazada el derecho a acudir a cualquier centro acreditado en el territorio nacional» se presupone una cierta preferencia al derecho fundamental de los profesionales médicos a la objeción de conciencia, preferencia que no queda del todo justificada por el Tribunal Constitucional y que culmina con la derivación de la recurrente en amparo a una clínica en una localidad distinta a la de su residencia.

Por otro lado, criticar en esta línea las STC 44/2023 y la STC 19/2023 por la que se reconocen la existencia del derecho a la objeción de conciencia a la práctica de la interrupción voluntaria al aborto y a la eutanasia, derecho que se desliga del derecho fundamental a la libertad ideológica. La principal idea que subyace del reconocimiento de este derecho es la siguiente: Se puede liberar a los ciudadanos del cumplimiento de deberes constitucionales o legales por motivos de conciencia. Ahora bien, el Tribunal Constitucional hace una aclaración: esto será posible si dichos motivos de conciencia tuvieran “suficiente arraigo cultural”.

Me parece muy forzado la postura del Tribunal en este sentido, el silencio del tribunal sobre la necesidad del “suficiente arraigo cultural” provoca que el sistema constitucional sufra de una inseguridad jurídica enorme, puesto que, al no especificarse ningún tipo de criterios para identificarlos, esto queda en manos del tribunal y provocando que los particulares impidan recurrir a la protección de sus derechos fundamentales ya que se desconocen los criterios de identificación. ¿Es un motivo de suficiente arraigo cultural el impago de impuestos por considerar que están mal invertidos? ¿En qué se diferencia esto de la STC 44/2023?

Personalmente sigo más la línea de la STC 161/1987 por la que se establece que el derecho fundamental a la libertad ideológica no es base suficiente para librar a los ciudadanos del cumplimiento de deberes que le imponen la Constitución y otras leyes. En el caso concreto, hablamos de que la objeción de conciencia lo llevan a cabo los profesionales sanitarios, partiendo de esa base, debemos analizar la situación de estos ya que como funcionarios públicos forman parte de la Administración en donde sus derechos fundamentales no son anulados, pero sí son modulados y basando su actuación según disponga la Constitución y las leyes. Así, como vemos en la STC 120/1990 los funcionarios públicos actúan en protección de los derechos fundamentales tal como resultó de la Ley

penitenciaria y la Constitución sin tener para ello en cuenta los motivos personales de ellos. Algo similar es lo que se cuestiona, la libertad ideológica de cada individuo ha de ser respetada en el marco de su autonomía privada, ahora bien, cosa distinta se produce cuando se está de servicio y actuando como funcionario público.

Respecto a la posición del Tribunal sobre la objeción de conciencia en el caso concreto me parece acertada su resolución, no se puede acreditar que se produjese una objeción de conciencia generalizada, si bien, no se han seguido los procedimientos estipulados en la LO 2/2010.

4. Derecho a la igualdad

La recurrente en amparo sostiene que se ha incurrido en una vulneración del derecho fundamental a la igualdad en la medida en que, al alegar una objeción de conciencia generalizada (cosa que se ha descartado por el Tribunal), los servicios sanitarios de salud la derivaron a una clínica privada de Madrid para practicar la interrupción voluntaria del embarazo.

La norma de la LO 2/2010 en su artículo 19.5 se muestra la posibilidad de que, alegando circunstancias excepcionales en que el servicio público de salud no pueda facilitar a tiempo la prestación se podrá derivar a la paciente a otros centros para la práctica de la interrupción voluntaria del embarazo. Ahora bien, no se puede alegar la supuesta objeción de conciencia generalizada por parte de los profesionales sanitarios como circunstancia excepcional puesto que fácticamente no se ha producido dicha objeción de conciencia por los motivos antes expuestos. Todo ello, para «asegurar que la interrupción voluntaria del embarazo se lleve a cabo del modo menos gravosos para la mujer tratando de evitar desplazamientos que además de provocar gastos, pueden ser perjudiciales».

5. Fallo

El Tribunal Constitucional declara que el Servicio Murciano de Salud vulneró el derecho fundamental a la integridad física y moral que integra su derecho a la interrupción voluntaria del embarazo tras derivarla a una clínica fuera de su lugar habitual de residencia para la práctica de dicho procedimiento.

IV. Referencias internacionales

Para hablar de textos y acuerdos internacionales debemos acudir a lo que establece el Art. 96.1 CE que dice lo siguiente: «Los tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, formarán parte del ordenamiento interno». Es decir, desde el momento en que dichos tratados sean ratificados y publicados por España, se integrarán y surtirán todos sus efectos dentro del sistema jurídico español.

Por otro lado, aclarar el significado de la norma del Art. 10.2 CE: «Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España». Establece que no solo los jueces y tribunales ordinarios, sino también el Tribunal constitucional deberán interpretar las normas de la Constitución de conformidad con la Declaración universal de Derechos Humanos y demás tratados y convenios internacionales firmados por España.

Debemos tener en cuenta que estos textos son canon de interpretación, pero no de validez, dónde si ni la justicia ordinaria ni el Tribunal Constitucional pueden declarar contrario a derecho actos o normas que lesionen dichos acuerdos. Lo que sí pueden hacer es declarar contrario a derecho actos o normas que lesionen derechos fundamentales de la Constitución interpretados a la luz de los textos internacionales. Por otro lado, son canon de interpretación de las normas constitucionales de los derechos fundamentales no sólo tales tratados, sino la doctrina sentada sobre estos por los tribunales instituidos en los órganos internacionales cuya competencia ha aceptado el Estado español.

1 Relación entre la norma del Art. 10.2 CE y la norma 96.1 CE

En este punto, sería importante mostrar una teoría que se está sosteniendo en la doctrina constitucional, donde si bien la norma del Art. 96.1 CE es aplicable a todas las materias sobre las que se realicen dichos tratados, hablamos así de una eficacia general; la norma del Art. 10.2 CE versa sobre aquellas relativas a derechos fundamentales, se trata, pues de una eficacia específica. La complejidad en este asunto sería relacionarlas entre sí. Aquellos tratados que sean firmados por España quedarán "incorporados al ordenamiento interno" aunque dichos tratados se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales a los que España haya firmado y, al igual ocurre con la doctrina sentada por los tribunales supranacionales en los que España haya aceptado su competencia

A este respecto se pronuncia el Tribunal en el FJ 4 d): «al Tribunal no le corresponde, al conocer el recurso de amparo, examinar la observancia o inobservancia de los textos internacionales que obliguen a España en materia de derechos humanos, sino comprobar el respeto o la infracción de los preceptos constitucionales que reconocen los derechos fundamentales y libertades públicas susceptibles de amparo constitucional, sin perjuicio de que, por mandato del Art. 10.2 CE, deban ser interpretadas tales preceptos de conformidad con la Declaración Universal de derechos humanos y tratados y acuerdos internacionales sobre la misma materia ratificados por España».

V. Conclusión

Creo que es de vital importancia hacer referencia a una de las características más importantes dentro de nuestro sistema constitucional: "la interpretación evolutiva de la constitución". Esto consiste en que la interpretación que el Tribunal Constitucional lleva a cabo sobre los casos que se le plantean, estén a la par con los cambios y la realidad política o social de la nación española. (así ocurrió con la protección del matrimonio homosexual). Se trata pues, de una manera donde la constitución no quede sujeto a la fría letra de una norma jurídica enraizada a los preceptos del siglo anterior, y logra adaptar dicha norma a los cambios sociales que desde entonces han surgido para "dar vida" a la Constitución. Si bien considero esto como un arma de doble filo. Pues si bien permite adaptar la Constitución a la actualidad, en la línea de Miguel Ángel Recuerda Girela, el mal uso de la interpretación evolutiva ha permitido que el Tribunal Constitucional haya permitido incluso crear derechos constitucionales a pesar de que estos sólo pueden ser creados por la Constitución. Así establece: «La Constitución es, ante todo, una norma jurídica, sin perjuicio de que también sea un producto histórico, político o sociológico». No niego la importancia de la interpretación evolutiva de la Constitución, pues lo considero hasta un elemento útil en nuestro sistema constitución, lo que sí es necesario tener medida en este asunto, puesto que no se están estableciendo límites entre ser intérprete y ser el poder constituyente. El pretexto de la interpretación evolutiva ha permitido caer en dicha extralimitación de las funciones del Constitucional.

En relación con las “referencias internacionales” aclarar, en primer lugar, que la “teoría” de la eficacia específica de los derechos fundamentales en relación con los textos internacionales presuponen a las «Disposiciones constitucionales de derechos fundamentales se configuran como normas incompletas y abiertas susceptibles de ser “especificadas” o “rellenadas” con los contenidos de los tratados de derechos humanos suscritos por España. En este sentido, el orden constitucional de los derechos fundamentales se va decantando a partir de su paulatina interpretación de conformidad con los tratados sobre la materia que se vayan incorporando al sistema español». Esta importancia de la interpretación está relacionada con la interpretación evolutiva de la que mencionamos anteriormente, y que está íntimamente relacionado con el principio del “favor libertatis” por el cual sirve como criterio específico de interpretación de las normas constitucionales sobre derechos fundamentales, por la que les otorga un valor especial sobre las demás normas constitucionales. Con arreglo a este principio, la interpretación y aplicación de las formas sobre derechos fundamentales ha de hacerse en el sentido más favorable a ellos. Así, las normas que restringen o limitan derechos fundamentales han de interpretarse restrictivamente.

Respecto de la sentencia per se, me sitúo en la línea del Tribunal Constitucional en el fallo de esta y la forma de su resolución, obviando las críticas correspondientes a cada argumentario expuesto, pues, no se deben a críticas de la forma de resolución, sino más bien, a la naturaleza de los derechos fundamentales que la recurrente alega en amparo. Esta sentencia supone un “complemento doctrinal” relativo a la interrupción voluntaria del embarazo, pues este derecho, por su condición de reciente incorporación, se desconoce el objeto de lo que está protegido. Por ello, es importante el estudio de esta clase de sentencias.

Referencias bibliográficas

- Arauz Sánchez, H. (2021). El favor libertatis como regla de interpretación constitucional. <https://rinedtep.edu.pa/server/api/core/bitstreams/e5b6e0d5-0029-44a6-a68b-37c6f166f26b/content>
- Cidoncha Martín, A. (2024). Notas Asignatura derecho Constitucional II. Derechos fundamentales.
- Cuenca Gómez, P. (2006). La incidencia del derecho internacional de los derechos humanos en el derecho interno: la interpretación del Artículo 10.2. de la Constitución española. *Revista de Estudios Jurídicos*, 7. <https://revistaselectronicas.ujaen.es/index.php/rej/article/view/829/727>
- Jamardo, M. (2023, 13 de mayo). Exmagistrados y catedráticos critican al TC por crear un nuevo derecho al aborto: «Es activismo judicial». *El Debate*. https://www.eldebate.com/espana/20230513/exmagistrados-catedraticos-critican-tc-crear-nuevo-derecho-aborto-activismo-judicial_114456.html
- Recuerda, M. A. (2023). La interpretación evolutiva de la Constitución. *Iustel*. https://www.iustel.com/diario_del_derecho/noticia.asp?ref_iustel=1234915

Sentencia Firme: el Tribunal deniega el recurso de Paternidad

Final Judgment: the Court rejects the paternity appeal

Nicolás Pingarrón Barci¹

DOI: [https://doi.org/10.37767/2591-3476\(2024\)24](https://doi.org/10.37767/2591-3476(2024)24)

Comentario a

STS 1958/2023, del 16 de mayo

Tribunal Supremo Español

Acceso al Fallo

RESUMEN:

La sentencia muestra una doble reclamación filial de los hijos engendrados por reproducción asistida tras la separación de una pareja no matrimonial. Vemos como el Tribunal Supremo consolida el desarrollo jurisprudencial elaborado en anteriores sentencias sobre nuevos conceptos originados de las distintas realidades socioculturales sobre el interés superior del menor, la posesión por estado o el consentimiento por parte del progenitor no gestante en las técnicas de reproducción asistida. Además, el Tribunal hace una valoración sobre el derecho de los hijos en sus relaciones con sus hermanos y en la capacidad para exigir un desarrollo fraternal en conexión, independiente de la filiación con los progenitores.

ABSTRACT

The judgement shows a double filial claim for children fathered by assisted reproduction after the separation of a non-marital couple. We see how the Supreme Court consolidates the jurisprudential development elaborated in previous judgments on new concepts originating from the new socio-cultural realities on the best interests of the minor, possession by state or consent by the non-pregnant parent in assisted reproduction techniques. In addition, the Court makes an assessment of the right of children in their relations with their siblings and the ability to demand a fraternal development in connection, independent of the filiation with the parents.

¹ Estudiante de Derecho y Políticas por la Universidad Autónoma de Madrid. Mail: nicolas.pingarro@hotmail.com. Número de ORCID: <https://orcid.org/0009-0002-2847-5617>.

PALABRAS CLAVE: Posesión de Estado; Reproducción Asistida; Interés del Menor; Filiación; Fama.

KEY WORDS: State Possession; Assisted Reproduction; Interest of the Child; Filiation; Fame.

I. Introducción

Los hechos comienzan con la interposición de una demanda por parte de D. Gonzalo contra D. Horacio con una doble acción de paternidad. Los dos varones habían mantenido una relación sentimental no matrimonial, durante este periodo establecieron un acuerdo para realizar cuatro procedimientos de gestación subrogada con el fin de que crecieran como hermanos. Como resultado de ello, cada uno de los padres es progenitor biológico de dos de los hijos.

Una vez su relación llegó a término D. Horacio consideró que solo eran hijos propios aquellos que fueran biológicamente suyos. Es por ello, que D. Gonzalo presentó una demanda en primera instancia para el reconocimiento de filiación de los cuatro hijos a cada una de las partes. Además, de manera subsidiaria el establecimiento de medidas para mantener la relación entre los hijos y para con sus padres respectivamente.

El Juzgado de Primera Instancia de Pozuelo, el 26 de octubre de 2020, desestimó las pretensiones principales de filiación, aceptando las medidas subsidiarias. Ante ello D. Gonzalo recurrió en segunda instancia que fue contestado por la Audiencia Provincial de Madrid. Dicho tribunal desestimó el recurso interpuesto y mantuvo la decisión del Juez de Primera Instancia el 8 de abril de 2022.

Asimismo, D. Gonzalo recurrió de nuevo la decisión adoptada por la Audiencia Provincial interponiendo un recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación. Contesta a ello el Tribunal Supremo de Madrid que decide desestimar el recurso e imponer costas a D. Gonzalo.

II. Cuestiones Generales

Es necesario para la evaluación crítica de la sentencia entender de manera correcta la situación en la que se hallaban los menores durante el proceso y una vez que este terminó. Podríamos pensar que teniendo en cuenta que la pretensión principal de la demanda, un derecho de filiación, es porque la situación de los menores inicialmente era de desamparo.

Es por ello necesario recalcar cuáles eran los términos reales del caso. Ambas partes firmaron un régimen privado de atención de los menores que vinculaba directamente a D. Horacio, en la medida que la situación económica del otro progenitor, D. Gonzalo, se veía descompensada. Además, se estableció un régimen para el mantenimiento de la conexión entre los hermanos y el fortalecimiento y bienestar de su unidad fraternal.

Asimismo, debido a que la estancia de los hijos era en Panamá, D. Horacio le daba a D. Gonzalo una asignación mensual de tres mil euros, así como un alquiler en Panamá, dos coches uno en Madrid y el otro en Panamá, un seguro de salud en Panamá, pasajes de vuelos para los hijos para poder ir a España y pagar la mensualidad hipotecaria de la vivienda en la que residía la madre de D. Gonzalo.

Continuando con las medidas, con la finalidad de mantener la relación los hijos, todos ellos se mantendrán benefactores del patrimonio que Horacio constituya en Panamá. También, todos percibirán una misma cantidad monetaria para sus ahorros futuros, percibir la misma educación y garantizar la igualdad patrimonial a efectos hereditarios.

En cuanto al régimen de convivencia los cuatro hijos vivirán en el mismo domicilio, situado en Panamá. Donde Don Horacio será quien viva en el domicilio y se encargue del cuidado de los hijos.

III. Reconocimiento en los Procesos de Reproducción Asistida

El Tribunal Supremo en anteriores sentencias ha estado dando una gran importancia a la prestación del consentimiento por parte del progenitor no gestante en los procesos de reproducción asistida. Es clave entender el porqué de ello, es cierto que en base a la legislación del Código Civil en su artículo 133 permite la reclamación filial por posesión de estado (asunto que debatiremos posteriormente); sin embargo sigue existiendo un vacío ante las nuevas realidades sociales y culturales derivadas de los matrimonios y relaciones homosexuales. Es por ello, que el Tribunal Supremo pone un mayor interés en el consentimiento del otro progenitor debido a "la necesidad de adecuar la regulación del ejercicio de las acciones de filiación a estas realidades, cuestión que no fue abordada por el legislador tras la promulgación de la ley que permitía el matrimonio entre personas de la misma condición sexual."²

Esto es significativo para el caso debido a que el recurrente argumenta para la nueva filiación una intencionalidad que se dio durante el desarrollo de las técnicas de reproducción asistida. Esto contradice cuando ninguna de las partes intervino ni prestó consentimiento para la gestación de los niños que no eran biológicamente suyos, implicando y siguiendo con el razonamiento aportado por el Tribunal Supremo que diferenciaría este caso de los aportados por el recurrente siendo algo clave para la determinación filial.

Junto a ello aclarar que el problema suscitado en el caso no tiene relación con la forma por la cual se engendraron a los hijos. De esta manera el Tribunal Supremo aclara que no se plantea un problema de reconocimiento en España de procesos llevados a cabo en el extranjero.

IV. Efectos de la Negativa

Como veíamos en el anterior punto algo significativo era el consentimiento por parte del progenitor. Sin embargo esto ya fue atendido por la Audiencia, ya que de haber querido acceder, conforme a las leyes del país donde ocurrió la gestación y el nacimiento podrían haber obtenido un certificado o una resolución judicial donde se declarará la doble paternidad.

Además dado que el registro de los niños fue posterior a la publicación de la Instrucción de la Dirección General de los Registros y del Notario del 5 de octubre de 2010 aunque estos documentos no hubieran tenido gran validez jurídica podrían haber logrado en la práctica la adhesión de los dos progenitores. También, recordar la sentencia del Tribunal Supremo 835/2013, que en un caso semejante logró a través de los procedimientos legales establecidos, pudieran llegar a figurar las dos progenitoras. Vemos como se sigue con

² De la Fuente Núñez de Castro, M^a Soledad (2015: 16)

la doctrina y jurisprudencia la "primacía de la voluntad"³ en la determinación de la filial adaptándose a los nuevos paradigmas sociales.

Otra de las opciones legales para haber llegado a una situación similar hubiera podido ser la adopción. A partir del 2005, cada una de las partes pudo haber contraído matrimonio y adoptar así respectivamente los hijos del otro siguiendo así el art. 177.2. 2ª del Código Civil que entonces aún estaba vigente. Y posteriormente tras la reforma de la Ley 26/2015, de haberlo deseado, podrían haberlos adoptado aún sin la celebración matrimonial.

V. Posesión de Estado

Uno de los principales argumentos utilizados por el recurrente fue la posesión de estado como medio para reconocer la filiación de los hijos. La posesión de estado es una situación jurídica que, según la doctrina y la jurisprudencia, se compone de tres elementos esenciales: nomen, tractatus y fama. El elemento "nomen" se refiere al uso constante del apellido del progenitor por parte del menor. "Tractatus" es el trato otorgado a una persona como hijo, manifestado no sólo a través de la asunción de responsabilidades económicas, sino principalmente en la relación afectiva, en las actividades diarias compartidas y en los comportamientos y actitudes característicos de un padre o una madre. Por último, "fama" implica que estos actos tienen repercusión en el ámbito público o social.

Respecto a nuestra actual situación analizando cada dimensión: el "nomen" nunca se llegó a determinar porque los padres durante su relación nunca pretendieron reconocer los hijos biológicos del otro; el "tractatus" se llegó a determinarse y de igual manera se mantuvo una vez acabó la relación; y la "fama" se podría entender que si la hubo ya que actuaban como que los hijos eran propios. Sin embargo, el Tribunal resalta otro problema y no la concepción propia del concepto si su capacidad para reconocer la filiación en el caso que se diera.

En nuestro código actual existe el artículo 133 del Código Civil; no obstante, aunque se reconoce la posibilidad de filiación el Tribunal Supremo en las sentencias 740/2013 y en la 836/2013 resalta que no fue el único argumento utilizado. Siendo necesario evaluar de manera conjunta cada una de las especificidades del caso en función de las circunstancias. Lo que se buscaba en dichas sentencias era que la posesión de estado unido al interés del menor en guardar la relación y la existencia de un proyecto en común entre las dos progenitoras. Se debe resaltar la sentencia del pleno 277/2022 por la cual se determinó la filiación de una madre sin vinculación genética no siendo el único argumento la posesión de estado. Es por tanto que "la posesión de estado no permite, por sí misma, la constatación formal de la filiación."⁴

Dejando a un lado la doctrina y la jurisprudencia del Tribunal, la posición que sostiene el D. Gonzalo es que de la convivencia de los hijos como hermanos, nace una posesión de estado que debería ser determinada judicialmente con la filiación que alega el recurrente, debido a que en interés de los hijos crearía una situación fáctica que igualaría la posición de los cuatro niños. No obstante, el Tribunal lo aclara de manera perfecta: "Pero lo cierto es que ni una anterior convivencia establecida voluntariamente y amparada por acuerdos alcanzados por las partes, ni una invocación genérica e interesada del principio del interés del menor, justifican que se puedan establecer unas paternidades, con el conjunto de

3 Farnós Amorós, Esther (2015: 51)

4 Navarro Michael, Mónica (2022: 11)

derechos y obligaciones que ello comporta, que carecen de cobertura legal.”

Este posicionamiento nace ya que el vínculo socioafectivo entre los niños y quien fue la pareja de su respectivo padre no da validez como título para la terminación de un vínculo filial. Esto es debido a que existe el procedimiento de la adopción, que como ya he expresado con anterioridad, fue rechazado por las partes. Por lo tanto, no era el ordenamiento español el que impedía la situación, sino que fueron las partes quienes teniendo la posibilidad prefirieron no adoptar. Esto no evita que al desestimar la acción de filiación los menores no puedan mantener una relación familiar por hecho de que no exista un vínculo genético de los niños con D. Horacio o con D. Gonzalo.

La situación que se dio en las instancias anteriores aseguraron el mantenimiento de la relación entre los propios menores entre sí al igual que el poder mantener una relación con el otro progenitor, creando una situación de convivencia estable entre ambos afectados. Además, esta situación es la misma que a la que se hubiera llegado con independencia de las circunstancias de su nacimiento (mediante el uso de la reproducción asistida) como del sexo de los progenitores.

VI. Interés Superior del Menor

El interés superior del menor es uno de los dos argumentos claves utilizados por el recurrente. Sin embargo es un concepto de difícil determinación. Este se puede definir de la siguiente forma: “El interés del menor básicamente consiste en salvaguardar sus derechos fundamentales y garantizar el libre desarrollo de su personalidad”⁵. Sin embargo, es un derecho del menor, directamente exigible y que sirve para esclarecer en aquellas normas inexactas o con lagunas legales y de un carácter esencial, ya que exige ser tenido en cuenta en todos los procesos judiciales y legales cuyas decisiones afecten al menor.⁶

En el caso acontecido, el recurrente alude a la vulneración del principio del interés del menor, con infracción del art 3.1 de la Convención de las Naciones Unidas y del art 2.3 de la LO 1/1996 de Protección del Menor. Y aludiendo a las sentencias STS 835/2013 y reproducida en la 277/2022.

En la propia sentencia el Tribunal Supremo ya muestra una jurisprudencia anterior que ha pretendido esclarecer la aplicación de dicho precepto en cuanto a la reclamación filial en las STS 45/2022 y la 558/2022.

En la STS 45/2022, de 27 de enero ya se establecía como debe ser entendido dicho término: “El interés del menor no es causa que permita al juez atribuir una filiación. Es el legislador quien, al establecer el sistema de determinación de la filiación y de las acciones de impugnación y reclamación de la filiación, debe valorar en abstracto el interés superior del menor junto a los demás intereses presentes (la libertad de procreación, el derecho a conocer los propios orígenes, la certeza de las relaciones, la estabilidad del hijo)”. Esta misma afirmación se consolida con la STS 558/2022, de 11 de julio.

Cabe resaltar otro de los argumentos utilizados por el Tribunal Supremo a la hora de determinar la filiación por interés del menor. En sus propias palabras “el mero beneficio económico, el acceso a un mayor nivel de vida, cultural o educativo que pudieran resultar

5 García Díez, Helena (2021: 47-84)

6 García Rubio, M^a Paz (2020: 14-49)

de la paternidad reclamada, por sí, ni son criterios para atribuir la filiación” es por tanto que aunque puedan resultar de mayores beneficios económicos tras la filiación este no es un criterio a valorar según la interpretación realizada de lo dispuesto en el artículo 2 de la Ley Orgánica 1/1996 de Protección Jurídica del Menor.

VII. Conclusiones

En conclusión, podemos determinar que la sentencia 1958/2023 esclarece los términos jurisprudenciales que marcan una evolución del entendimiento judicial en materia filial. Pudiendo resaltar ciertos puntos que esclarecen la situación de los menores en España: En primer lugar, la filiación en este país es algo alcanzable para todos, que incluso en procedimientos no recogidos en nuestro ordenamiento o que incluso lo prohíben los menores siempre tendrán derecho a la filiación. Reconociéndoles un derecho innato a todo tipo de circunstancias apoyados por un sistema judicial y jurisprudencial capaz de adaptarse a las nuevas realidades sociales.

En segundo lugar, que el derecho de los padres a que se les sea reconocido a sus hijos tienen sus límites, no se puede hacer un juego jurídico primero negándolo y luego reclamándolo. Mostrando así que existiendo los cauces legales, los padres no pueden cambiar bajo su constante voluntad la filiación de sus hijos. Siendo así que España reconoce una diversidad de vías legales para el reconocimiento del mismo y que deben ser utilizados.

En tercer lugar, que la posesión de Estado no es base suficiente para la determinación de la filiación. Además, el vínculo socioafectivo entre los hijos como con la pareja de su progenitor no son base suficiente para determinar una filiación. Es por tanto, que los casos donde se determina dicha situación en los que se alega la posesión de Estado es porque es complementario a otros argumentos y en función de las características propias de cada situación.

En cuarto lugar, que el interés superior del menor, tampoco son base suficiente para determinar la filiación de los menores. Al igual que no se puede entender el interés superior del menor sólo cuando las condiciones económicas de este se vean mejoradas por dicho reconocimiento.

Es por tanto que se logra una sentencia que, aunque con primeros ojos pueda resultar controvertida, realmente consolida la jurisprudencia y asegura el derecho de los menores, al igual que resuelve lagunas legales nacidas por otras circunstancias filiales no contempladas en el Código Civil o subsidiarios.

Referencias bibliográficas

- De la Fuente Núñez de Castro, M. S. (2015). Acción de reclamación de la filiación y doble maternidad legal. A propósito de las SSTs de 5.12.2013 y 15.1.2014. InDret, 1-35.
- Farnós Amorós, E. (2015). La filiación derivada de reproducción asistida: voluntad y biología. Anuario de Derecho Civil, (1), 5-61.
- García Díez, H. (2021). Filiación, gestación por sustitución, responsabilidad parental e interés superior de la niñez. Perspectivas de derecho comparado. En [Editor del libro], Título

del libro (pp. 47-84). [Editorial].

- García Rubio, M. P. (2020). ¿Qué es y para qué sirve el interés del menor? *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, (13), 14-49.
- Navarro-Michael, M. (2022). La filiación derivada de gestación por sustitución: posesión de estado e interés del menor, orden público y derechos fundamentales. *Revista de Bioética y Derecho*, 56, 5-28.

Responsabilidad social y el derecho a la salud en cirugías plásticas

Social responsibility and the right to health in plastic surgeries

Marcos Maximiliano Cáceres Falkiewicz¹

DOI: [https://doi.org/10.37767/2591-3476\(2024\)25](https://doi.org/10.37767/2591-3476(2024)25)

Comentario a

Sentencia 55/2023

Corte Constitucional de Colombia

Acceso al Fallo

RESUMEN:

En el presente asunto el Tribunal interviniente estudió la acción de tutela formulada por una mujer que solicitó la realización de una cirugía reconstructiva del lóbulo de su oreja derecha, la cual no fue autorizada por su EPS al considerar que tiene una finalidad estética. La accionante solicitó al juez de tutela que se autorizara el procedimiento en mención, debido a que la rasgadura en el lóbulo le genera afectaciones psicológicas y no le permite continuar su vida normalmente. Al analizar el caso en concreto, se aplicaron criterios que ha establecido la jurisprudencia para establecer cuándo un procedimiento puede ser considerado funcional o relacionado con la salud y cuándo un procedimiento puede ser considerado estético. En concreto, reiteró que para establecer la naturaleza del procedimiento se deben examinar en conjunto los siguientes criterios: (i) que debe tener una patología de base que haya producido el efecto que se pretende corregir por medio del procedimiento médico; (ii) que haya orden del médico tratante que justifique la intervención quirúrgica, para morigerar o controlar los efectos físicos y psicológicos generados por la patología; (iii) que la persona carezca de medios económicos para poder costear el procedimiento que solicita y (iv) que la intervención quirúrgica sea necesaria para garantizar el derecho a la vida en condiciones dignas, a la salud física y mental, y a la integridad personal.

1 Abogado (UNC). Investigador de la Universidad Siglo 21y Director del Proyecto de Investigación titulado "La Responsabilidad Social Empresaria y su íntima vinculación con el Derecho del Trabajo. El cumplimiento de la normativa laboral para garantizar un desarrollo sostenible", Universidad Siglo 21. Especialista en Derecho del Trabajo (UNC- UNL - UCC). Magíster en Derecho de la Empresa y la Contratación, por la Universidad Rovira i Virgili de Tarragona, España (URV). Docente de grado y postgrado de la Universidad Siglo 21. Correo electrónico: maxicaceresf@gmail.com- ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0003-0248-4806>.

ABSTRACT

In the present case, the intervening Court studied the protection action filed by a woman who requested reconstructive surgery on her right earlobe, which was not authorized by her EPS considering that it had an aesthetic purpose. The plaintiff asked the guardianship judge to authorize the aforementioned procedure, because the tear in the lobe causes psychological effects and does not allow her to continue her life normally. When analyzing the specific case, criteria established by jurisprudence were applied to establish when a procedure can be considered functional or related to health and when a procedure can be considered aesthetic. Specifically, he reiterated that to establish the nature of the procedure, the following opinion must be examined together: i) that must have an underlying pathology that has produced the effect that is intended to be corrected through the medical procedure; ii) that there is an order from the treating doctor that justifies the surgical intervention, to mitigate or control the physical and psychological effects generated by the pathology; (iii) that the person lacks the financial means to be able to pay for the procedure requested (iv) that the surgical intervention is necessary to guarantee the right to life in dignified conditions, to physical and mental health, and to personal integrity.

PALABRAS CLAVE: Derechos Humanos; Salud; Responsabilidad Social; criterios; estética.

KEY WORDS: Human Rights; Health; Social responsibility; opinion; esthetics.

I. Introducción:

A inicios del año 2020, la señora Martha Milena Morellis se encontraba afiliada en el régimen subsidiado a la EPS AMBUQ. En ese entonces, la accionante acudió en varias ocasiones a citas médicas programadas, en las cuales fue atendida y examinada por múltiples profesionales adscritos a la ESE Hospital Universitario Julio Méndez Barreneche. Estos médicos trataron a la señora Morellis por una bifurcación y rasgadura de la oreja derecha.

El 16 de enero de 2020, la señora Morellis fue valorada por el médico especialista en cirugía plástica Cruz Charris en la IPS Previmedialud S.A.S. El profesional emitió un concepto en el que manifestó que la señora Morellis Castillo debía ser valorada por cirugía general con el propósito de establecer si se considera que la afectación es funcional o estética.

Posteriormente, en consulta del 10 de febrero de 2020, en la ESE Hospital Universitario Julio Méndez Barreneche, el médico especialista en cirugía plástica Frank Alonso Rodríguez Martínez anotó que la accionante estaba en estado de depresión secundario a causa en lóbulo de la oreja² y la remitió a cirugía plástica.

Luego, en cita del 18 de marzo de 2020, el médico especialista en cirugía plástica Edwin Vega de la Hoz consignó en la historia médica que la paciente refiere que no está conforme con su apariencia y aspecto cosmético y que por esta razón la paciente comentó que ha presentado tristeza y depresión relacionadas con su autopercepción. El médico consideró que se requería la intervención quirúrgica para superar la rasgadura en la oreja,

2 Expediente digital T-8.975.383, documento: "47001405300720210016100_DEMANDA_18-03-2021 2.02.48 p.m.," p. 1

pero que se debía gestionar en EPS procedimiento No POS o que no hace parte del plan de beneficios por tener un componente cosmético o estético.

Por esta razón, el 18 de marzo de 2021, la ciudadana interpuso acción de tutela en contra de la EPS AMBUQ en la que solicitó que se le protejan sus derechos a la vida, a la dignidad humana, a la seguridad social, y a la salud. Asimismo, solicitó que se ordene a la entidad accionada autorizar, en forma urgente, la operación del lóbulo de su oreja rasgada y remitirla a cirugía plástica.

Con respecto al fundamento de sus pretensiones, la accionante alegó que verse bien es importante para su autoestima y que, por causa de la rasgadura en su oreja derecha, siente que le falta una parte de sí misma.

Así, con fundamento en lo expuesto, la accionante solicitó, como medida de protección de sus derechos a la salud y a la vida en condiciones dignas, que se ordene a la EPS accionada prescribir y autorizar la cirugía reconstructiva del lóbulo de la oreja derecha. La acción de tutela le correspondió, por reparto, al Juzgado Séptimo Civil Municipal de Santa Marta. En auto del 18 de marzo de 2021, la autoridad judicial admitió la acción de tutela en contra de EPS AMBUQ y requirió a esta entidad para que, dentro de los 2 días siguientes a la notificación de dicho auto, rindiera un informe detallado en relación con los hechos expuestos por la accionante. Empero, la entidad accionada no se pronunció en ningún momento.

El 8 de abril de 2021, el Juzgado Séptimo Civil Municipal de Santa Marta emitió fallo de única instancia en el que concedió parcialmente el amparo de los derechos de la accionante. El juez de tutela amparó el derecho a la salud de la señora Morellis Castillo y le ordenó a la EPS AMBUQ que autorizara la cita con psicología prescrita por los médicos tratantes. Sin embargo, el juez negó la pretensión relacionada con la autorización de la cirugía reconstructiva del lóbulo de la oreja derecha solicitada en la acción de tutela.

El magistrado interviniente indicó que, de acuerdo con la jurisprudencia constitucional, existe una distinción relevante para establecer qué procedimientos quirúrgicos deben ser cubiertos por el sistema de seguridad social en salud.

De tal guisa, ella consiste en diferenciar entre la atención médica con fines de embellecimiento y la atención médica de carácter funcional. A partir de lo anterior, el juez de tutela concluyó que la intervención solicitada por la accionante no puede ser considerada funcional, pues no está demostrada la afectación psicológica que alega padecer la señora Morellis Castillo como consecuencia de la bifurcación y rasgadura en el lóbulo derecho de su oreja, pues de los documentos anexados no se logra demostrar el diagnóstico emitido por parte de un profesional en psicología que determine esta condición. Con fundamento en lo expuesto, el Juzgado Séptimo Civil Municipal de Santa Marta concluyó que: (i) el procedimiento que solicitó la accionante no cuenta con un concepto médico que acredite su necesidad desde una perspectiva funcional o de salud mental; (ii) como consecuencia de lo anterior, se concluye que el procedimiento solicitado es de carácter cosmético o estético; (iii) las cirugías con fines estéticos se encuentran excluidas del Plan de Beneficios en Salud según la Resolución 2481 de 2020; (vi) la accionante no demostró una afectación psicológica y, por lo tanto, no hay lugar a conceder el amparo solicitado respecto de la realización de la cirugía reconstructiva del lóbulo derecho.

Es decir que, el juez amparó parcialmente el derecho a la salud de la señora Morellis, y ordenó a la EPS accionada autorizar y realizar la cita con psicología que le fue ordenada a la accionante por sus médicos tratantes. Esta decisión no fue impugnada, por lo que, mediante oficio de 16 de diciembre de 2021, el Juzgado Séptimo Civil remitió el expediente a la Corte Constitucional, con el fin de que se realizara la eventual revisión del fallo de tutela proferido en única instancia.

Posteriormente, mediante auto de 18 de noviembre de 2022, la magistrada sustanciadora, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, vinculó al proceso a la EPS Mutual Ser, entidad a la que se encuentra afiliada la accionante actualmente y decretó de oficio varias pruebas dirigidas a contar con los elementos suficientes para adoptar una decisión.

La EPS Mutual Ser manifestó que no ha vulnerado los derechos de la paciente y, en esa medida, solicitó que en caso de que se conceda la atención integral a la accionante, se le reconozca el derecho a reclamar el reembolso ante la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud (desde ahora ADRES) de las sumas requeridas para brindar la atención integral.

Cabe destacar que, en el trámite de revisión se advirtió que dicha EPS fue liquidada mediante Resolución 1214 de 2021 y por tal razón se aplicó el mecanismo de asignación y traslado de usuarios establecido en el Decreto 1424 de 2019. Así, la accionante fue trasladada a la EPS Mutual Ser desde el 1 de mayo de 2022. Actualmente, la accionante reporta afiliación en el régimen contributivo en dicha entidad, como cotizante en estado activo. Por esta razón, en el trámite de revisión, se vinculó a la EPS Mutual Ser en el proceso de tutela.

La EPS AMBUQ era la encargada de prestar los servicios de salud a la accionante y es la entidad a la que se atribuyó la violación de los derechos fundamentales cuya protección se reclamó en la solicitud de amparo. Por tanto, en virtud de lo dispuesto en el artículo 13 del Decreto 2591 de 1991, la EPS AMBUQ se encontraba legitimada pasivamente cuando se formuló la acción de tutela, esto es, el 18 de marzo de 2021.

Sin embargo, en la actualidad, la encargada de prestar los servicios de salud a la accionante es la EPS Mutual Ser. Aunque ésta no incurrió en las acciones u omisiones que se consideran transgresoras de los derechos fundamentales de la accionante, actualmente es la entidad competente para adelantar las actuaciones ante una orden eventual de restablecimiento de los derechos fundamentales de la señora Morellis.

En este orden, en el presente caso se debate la realización de un procedimiento que depende de la valoración psicológica que ya autorizó la anterior EPS (AMBUQ), y si en la actualidad la EPS Mutual Ser es la responsable de autorizar el procedimiento solicitado por la accionante y, por tanto, está efectivamente llamada a responder.

La jurisprudencia constitucional ha indicado que, en aras de garantizar la eficacia y prevalencia de los derechos fundamentales, la solicitud de amparo será procedente, a pesar de que haya transcurrido un extenso lapso entre la situación que dio origen a la transgresión alegada y la presentación de la acción, si se advierte la presencia de una o varias de las siguientes circunstancias:

“(1) La existencia de razones que justifiquen la inactividad del actor en la interposición de la acción. (2) La permanencia en el tiempo de la vulneración o amenaza de los derechos fundamentales del accionante, esto es, que, como consecuencia de la afectación de sus derechos, su situación desfavorable continúa y es actual. (3) La carga de la interposición de la acción de tutela resulta desproporcionada, dada la situación de debilidad manifiesta en la que se encuentra el accionante; por ejemplo, el estado de indefensión, interdicción, abandono, minoría de edad, incapacidad física, entre otros³”.

En el presente caso, se observa que se presentan dos de las anteriores situaciones.

En primer lugar, existen razones que justifican la inactividad de la accionante. Lo cierto es que la señora Morellis no tenía un referente válido para asumir que el procedimiento que solicitó iba a ser definitivamente negado. En esa medida, se configuró una justificación válida para entender por qué la accionante no interpuso la acción de tutela sino hasta comprender que la valoración por psicología no sería programada.

En segundo lugar, permanece la vulneración de los derechos de la accionante. En efecto, en relación con el derecho de salud, la Corte ha establecido que para estudiar la inmediatez se debe tener en cuenta el estado de salud actual del accionante⁴. Con base en ello, la Corte ha concedido protección en sede de tutela a personas que a pesar de haber dejado transcurrir un cierto tiempo entre la situación que originó la vulneración y la interposición de la tutela, siguen en una situación donde se afecta su derecho a la salud⁵.

También, se cumple con el requisito de subsidiariedad, pues la accionante no cuenta con otros mecanismos judiciales efectivos para obtener la protección de sus derechos a la salud y vida en condiciones dignas.

Así se define a este tipo de acciones como aquellas utilizables en situaciones en las que, por carencia de otras vías legales de mayor rapidez y aptitud, peligra la salvaguarda de derechos fundamentales (Palacio de Caeiro, 2016:23).

Por esta razón, se ha consolidado una posición jurisprudencial que establece que la acción de tutela es el medio eficaz y principal para proteger los derechos fundamentales invocados por los usuarios por acciones u omisiones de las entidades prestadoras de salud.

Por ello, en marras la acción de tutela cumple con el requisito de subsidiariedad, pues la accionante no cuenta con otro mecanismo idóneo y eficaz para solicitar la protección de su derecho a la salud. En conclusión, la tutela presentada por la señora Martha Milena Morellis Castillo cumple con los requisitos generales de procedencia de esta acción. En esa medida, se pasará a plantear el problema jurídico y el esquema de la decisión.

II. Planteamiento del problema jurídico

Tal como lo expresáramos *ut supra*, en el fallo de única instancia proferido el 8 de abril de 2021 por el Juzgado Séptimo Civil Municipal de Santa Marta se amparó parcialmente el derecho a la salud de la accionante y se ordenó a la entidad accionada autorizar la cita con psicología prescrita por los médicos tratantes.

3 Sentencia T-037 de 2013.

4 Sentencia T-1028 de 2010.

5 T-654 de 2006.

En la resolución del 8 de febrero de 2021, la Superintendencia Nacional de Salud ordenó la intervención forzosa de la EPS AMBUQ y, luego, el 1º de mayo de 2021 la accionante se trasladó a la EPS Mutual Ser como cotizante en el régimen contributivo.

De esta manera, en el presente caso se advierte una posible omisión que se mantiene en la autorización de la cita con psicología, presentándose un problema jurídico relacionado con la actuación de MutualSer, actual encargada de prestar dicho servicio de salud.

Con base en los hechos expuestos, se observa que existen dos escenarios de análisis de la eventual violación de los derechos fundamentales de la accionante. El primero, corresponde a la actuación de la EPS AMBUQ y la decisión de no ordenar el procedimiento quirúrgico que reclamó la accionante. El segundo, consiste en establecer si la EPS Mutual Ser violó los derechos de la accionante al no autorizar la cita con psicología ordenada por los médicos que la trataron y por un juez de tutela.

III. Marco normativo aplicable

A los fines de resolver los incordios jurídicos antes mencionados, el Tribunal analizó el caso objeto de comentario, desde tres ópticas: (i) el modelo de salud definido en la Ley 1751 de 2015, los servicios a cargo del sistema de seguridad social en salud y las exclusiones; (ii) la línea jurisprudencial en relación con el derecho a la salud y las cirugías plásticas; y (iii) el traslado de los afiliados entre entidades promotoras de salud en liquidación y el principio de continuidad.

Con respecto al modelo de salud colombiano estatuido por la Ley 1751 - Ley Estatutaria de Salud 1751 de 2015 (en adelante LES) - se estableció que la salud era un derecho fundamental y fijó nuevas reglas sobre la prestación de servicios en salud; y, a partir de ello, el modelo de salud se concretó en el Plan de Beneficios en Salud (en adelante PBS). El sistema PBS abandonó el anterior modelo, y propuso un sistema de exclusiones explícitas, en el que todo servicio o tecnología en salud que no se encuentre excluido, se encuentra incluido y debe ser garantizado por el sistema de seguridad social en salud.

El artículo 15 de la LES precisó lo referente a los servicios incluidos. Así el inciso 1, establece una regla que dispone que el sistema debe garantizar el derecho fundamental a la salud a través de la prestación de servicios y tecnologías, estructurados sobre una concepción integral de la salud, que incluya su promoción, la prevención, la paliación, la atención de la enfermedad y la rehabilitación de sus secuelas⁶.

La Corte Constitucional ha sostenido que ese inciso consagra el principio de integralidad, en virtud del cual los afiliados al sistema pueden acceder a las prestaciones que requieran de manera efectiva y, por lo tanto, los usuarios tienen derecho a que se les otorgue una protección completa en relación con todas aquellas prestaciones en salud que sean necesarias para mantener su calidad de vida⁷.

Por su parte, el inciso segundo del artículo 15 de la LES estableció el sistema de exclusión del PBS, en el que se precisan los servicios que no son financiados por el sistema público en salud. Dicha disposición definió los criterios que permiten establecer cuándo los servicios no serán sufragados con los recursos públicos destinados a la salud. Estos

6 Ley 1751 de 201, artículo 15, inciso 1.

7 Sentencia de tutela T-586 de 2013, reiterada en la sentencia C-313 de 2014.

requisitos, que tienen como objetivo garantizar la sostenibilidad del sistema de salud, excluyen servicios con fundamento en los siguientes criterios:

- a) que los servicios en salud tengan como finalidad principal un propósito cosmético o suntuario no relacionado con la recuperación o mantenimiento de la capacidad funcional o vital de las personas.
- b) que no exista evidencia científica sobre la seguridad del servicio de salud y su eficacia clínica.
- c) que no exista evidencia científica sobre la efectividad clínica del servicio.
- d) que el uso del servicio no haya sido autorizado por la autoridad competente.
- e) que el servicio requerido se encuentre en fase de experimentación.
- f) que los servicios tengan que ser prestados en el exterior⁸.

Además de estos criterios, la Corte Constitucional también ha establecido, a partir de una lectura integral de la LES, dos requisitos adicionales para que un servicio de salud pueda ser excluido del PBS. El primer criterio consiste en que la exclusión se efectúe de manera concreta y precisa⁹; y el segundo, es que la exclusión de los servicios en el PBS no tiene reglas absolutas que apliquen para todos los casos en general. Este criterio exige que, para verificar si el servicio de salud está excluido, se deben tener en consideración las situaciones específicas de cada caso. Esto significa, en otros términos, que es posible encontrar casos donde la situación específica permite que el sistema de salud cubra un servicio que por regla general está excluido.

Sin embargo, es menester destacar que aunque se ha admitido la posibilidad de excluir algunos servicios del PBS en virtud del artículo 15 de la LES, la Corte ha insistido en que esta exclusión no puede contrariar o conculcar el principio de progresividad, protegido constitucional y convencionalmente.

Nikken define el concepto de progresividad de los derechos humanos sosteniendo que, la progresividad a lo que apunta es al desarrollo y vigorización de los recursos de que dispone la persona para hacer efectivo el respeto a ese deber jurídico a cargo de los Estados. Precisamente, por tratarse de un deber cuyo cumplimiento es inmediatamente exigible, se han conjugado diversos factores para arbitrar medios cada vez más eficaces para reclamar su cumplimiento (Nikken, 1967: 311).

En igual sentido, se entiende que la progresividad de los derechos es una política de avance claro hacia su logro ya que de lo que se trata es de avanzar hacia el cumplimiento de los derechos económicos, sociales y culturales y lo que no puede entenderse ubicando a estos derechos y sus correlativas obligaciones para el Estado en un limbo jurídico (Pinto, 2012:157).

En esa medida la Corte ha concluido que, aunque se pueden excluir algunos servicios del PBS, en virtud de los principios de integralidad y progresividad: a) se debe entender que está incluido todo servicio o tecnología en salud que no se encuentre expresamente excluido del PBS y; b) que el Gobierno nacional tiene la obligación de actualizar y ampliar la cobertura en materia de atención en salud¹⁰.

8 Ley 1751 de 2011, artículo 15, inciso 2.

9 Sentencia C-313 de 2014.

10 Sentencia SU-508 de 2020.

Con respecto al segundo punto de vista, la Sala pasa a analizar qué ha dicho la jurisprudencia constitucional sobre la posibilidad de que la seguridad social en salud asuma los costos de los procedimientos en cirugía plástica. En efecto, la cirugía plástica, por regla general, es uno de los servicios que está excluido del PBS en virtud de los criterios establecidos en el inciso 2 del artículo 15 de la Ley 1751 de 2015, por considerar que en la mayoría de los casos tiene propósitos estéticos.

Sin embargo, la jurisprudencia constitucional ha matizado esta afirmación y establecido que la naturaleza de las cirugías plásticas no siempre es la misma, y por lo tanto las entidades prestadoras de los servicios de salud no pueden calificar, en principio, una cirugía plástica reconstructiva como “estética” o “cosmética” sin antes hacer un análisis del caso particular y de las condiciones físicas, psicológicas y funcionales del paciente que la solicita¹¹. Así el referido tribunal ha sostenido que debe demostrarse que una cirugía plástica se realiza con el fin de corregir alteraciones que afecten el funcionamiento de un órgano o con el propósito de impedir afectaciones psicológicas¹².

Conforme con el desarrollo de la jurisprudencia constitucional, las cirugías plásticas pueden ser clasificadas en dos tipos a efectos de establecer su cobertura por parte del sistema de seguridad social en salud. De un lado, se encuentran las cirugías de carácter estético y, de otro lado, las cirugías de rehabilitación o recuperación funcional. Las primeras tienen como finalidad modificar o alterar la estética o apariencia física de una parte del cuerpo con el fin de satisfacer el concepto subjetivo que la persona que se somete a este tipo de intervenciones tiene sobre el concepto de belleza¹³. Las segundas, en cambio, buscan preservar el derecho a la salud dentro de los parámetros de una vida sana y contrarrestar las afectaciones psicológicas que atentan contra el derecho a llevar una vida en condiciones dignas. En otros términos, las cirugías plásticas con fines estéticos buscan cambiar las partes del cuerpo que no le satisfacen al paciente mientras que los procedimientos quirúrgicos reconstructivos con fines funcionales tienen como objetivo lograr mitigar o reconstruir los efectos negativos producto de un accidente o trauma¹⁴.

En consecuencia, para determinar si es viable constitucionalmente solicitar a una entidad promotora de salud la realización de una cirugía plástica se debe establecer si el procedimiento puede ser considerado como funcional, relacionado con la salud, o como exclusivamente estético.

Por esta razón, los criterios que ha establecido la Corte para determinar si un procedimiento es funcional o estético parten de un análisis de la situación social, médica y mental de quien solicita el servicio en salud, es decir, teniéndose en cuenta la responsabilidad social del estado, de la prestataria y el o la solicitante. En este sentido Drucker (1996: 1) sostiene que toda organización tiene que asumir la responsabilidad de su impacto en los empleados, ambiente, en los clientes y en cualquier persona o cosa que toque, esa es su

11 Sentencia T-490 de 2020.

12 En casos similares, la Corte Constitucional ordenó a la Entidad Promotora en Salud autorizar la realización del procedimiento quirúrgico denominado “dermolipsectomía bilateral de muslos y corrección de ptosis mamaria bilateral”, requerida por la accionante, al considerar que “las cirugías ordenadas por el médico tratante, son cirugías de carácter reconstructivo funcional, por cuanto buscan corregir los problemas generados en la paciente por la obesidad mórbida y la posterior realización del bypass gástrico como procedimiento para su tratamiento” Sentencias T-975 de 2010, reiterado por la Sentencia T-573 de 2013. Ver también Sentencias T-142 de 2014, T-579 de 2017.

13 Sentencia T-579 de 2017.

14 Sentencia T 490 de 2020.

responsabilidad social. De igual modo, el doctrinario Morello (2004:37) se refiere a ella como el conjunto de acciones planeadas a favor de las personas y su dignidad.

Así, la jurisprudencia ha fijado reglas específicas¹⁵ que toman en consideración tanto la situación de salud en términos técnicos, pero también los criterios socioeconómicos, entre los que corresponde mencionar: que el caso no tenga una pretensión exclusivamente estética o con fines de embellecimiento; que haya orden del médico tratante que justifique la intervención quirúrgica, para morigerar o controlar los efectos físicos y psicológicos; que la persona carezca de recursos económicos y que la intervención quirúrgica sea necesaria para garantizar el derecho a la vida en condiciones dignas.

Finalmente, con respecto a la tercer óptica destacó que la accionante actualmente está afiliada a una entidad diferente a la que le atribuyó la violación de sus derechos fundamentales; por ello puso el acento en el principio de continuidad.

En este marco, resaltó que la continuidad es uno de los principios que rige los servicios de salud, el cual está previsto en la ley 1751 de 2015 y asegura que las personas tienen derecho a recibir los servicios de salud de manera continua, es decir, una vez iniciada la prestación de un servicio determinado, no puede ser interrumpido por razones administrativas o económicas.

Por su parte, la jurisprudencia ha señalado que la prestación del servicio de salud debe ser ininterrumpida, permanente y constante¹⁶. Por lo tanto, en virtud del principio de continuidad, se debe impedir que las controversias de tipo contractual, económico o administrativo permitan a una entidad encargada de prestar servicios de salud incumplir la responsabilidad social que tiene para con la comunidad en general, y con sus afiliados y beneficiarios en particular¹⁷. Es decir, la continuidad en los servicios en salud garantiza que los afiliados al sistema de seguridad social en salud no se vean afectados por los inconvenientes de carácter presupuestal o administrativo que atraviesen las EPS. Entendemos que este principio se encuentra estrechamente ligado con el principio de progresividad.

En tal sentido, conforme el referido principio se advierte que, si una EPS ha autorizado o tiene obligaciones vigentes con sus afiliados, el hecho de que esa entidad entre en liquidación no significa que la obligación con sus afiliados cese.

IV. Análisis del Caso

De manera sintética, se puede afirmar que le corresponde a la Sala determinar si en el presente caso la actuación de la EPS a la que estaba afiliada la accionante, que no autorizó la cirugía reconstructiva del lóbulo de la oreja derecha ni realizó la valoración psicológica ordenada por los médicos, vulneró el derecho a la salud y a la vida digna.

Como ya se mencionó, para determinar la afectación de los derechos a la salud en los casos de cirugía plástica, la Corte ha distinguido entre el concepto de procedimiento funcional o relacionado con la salud y el concepto de procedimiento estético. A la luz de esta

15 Sentencia T381 de 2014.

16 Sentencia T-169 de 2009 que retomó la línea contemplada en la Sentencia T-246 de 2009.

17 Sentencia T 1210 de 2003.

distinción se entiende que solo hay una verdadera afectación de los derechos en salud cuando se niega el acceso a un procedimiento que pueda ser calificado como funcional o relacionado con la salud.

Así, para responder si corresponde darle la razón al planteamiento de la accionante, el Tribunal de sentencia deberá determinar si en el presente caso el procedimiento solicitado puede ser considerado funcional o estético, en los términos que la Corte ha definido dichos conceptos a partir de los criterios que hemos mencionado anteriormente y conforme la línea jurisprudencial sustentada en diversos pronunciamientos anteriores y atinentes con la plataforma fáctica de los obrados.

Siguiendo con este análisis, la Sala procedió a verificar si existe una patología de base que haya producido el efecto que se pretende corregir por medio del procedimiento médico. Al analizar este criterio en el caso en concreto, no se advierte que la accionante tuviera una patología o trauma previo que diera lugar a la solicitud de la cirugía reconstructiva de lóbulo de la oreja derecha.

Asimismo y continuando con la evaluación y análisis de los criterios fijados jurisprudencialmente, se exige una orden del médico tratante que justifique la intervención quirúrgica para morigerar o controlar los efectos físicos y psicológicos generados por la patología. La Sala, entendió que en el presente asunto no se observa que los médicos especialistas en cirugía plástica que trataron a la accionante emitieran una orden que autorizara el procedimiento solicitado ya que ninguno de los especialistas consideraron que el procedimiento fuera necesario para contrarrestar algún efecto en la salud de la paciente ni en el plano físico ni en el plano mental.

Otro criterio que ha establecido la jurisprudencia para determinar el carácter funcional de un procedimiento es que la persona carezca de medios económicos para poder costear la cirugía que solicita; con respecto al mismo, el juzgador observa que, en un principio cuando la paciente estaba afiliada a la EPS AMBUQ, era beneficiaria del régimen subsidiado. Sin embargo, a partir de su traslado a la EPS Mutual Ser en mayo de 2021, la accionante pasó a ser parte del régimen contributivo como cotizante, lo que permite concluir que no se encuentra en una situación económica particularmente apremiante.

También, se menciona como criterio a evaluar que la intervención quirúrgica sea necesaria para garantizar el derecho a la vida en condiciones dignas de salud física y mental, protegiendo la integridad personal. Al respecto la Sala, entendió que, si bien no parecen existir indicios que permitan afirmar que la rasgadura de la oreja de la accionante pueda poner en riesgo su vida o su integridad, lo cierto es que tampoco se evidencian elementos que permitan establecer que la rasgadura en su oreja no genera una afectación psicológica significativa.

De tal guisa, la ausencia de elementos de prueba sobre el grado de afectación psicológica de la accionante impide establecer el impacto del procedimiento en su salud y establecer a ciencia cierta cuál es la naturaleza del procedimiento.

Por lo expuesto, y a partir del análisis de todos los criterios expuestos, para la Corte, en el presente caso no se cumplen muchos de los requisitos necesarios para determinar que el procedimiento solicitado es funcional o está relacionado con la salud.

Sin embargo, la Corte encuentra que, si bien no se presentó una violación de los derechos fundamentales por la decisión de la EPS AMBUQ de no autorizar el procedimiento quirúrgico solicitado por el accionante, sí se advierte una violación del derecho a la salud de la actora por la interrupción en la prestación de los servicios de salud al no realizar la valoración por psicología. Así, por un lado, los médicos tratantes de la accionante indicaron que la rasgadura en la oreja puede tener incidencia en la salud psicológica de la accionante y, por el otro, se advierte que hubo remisiones para atención en salud psicológica por parte del juez de única instancia, en fallo de 08 de abril de 2021 donde concedió parcialmente el amparo del derecho a la salud de la señora Martha Morellis.

Por ello, la Sala confirmó la decisión del Juzgado Séptimo Civil Municipal de Santa Marta ahora denominado Juzgado Séptimo de Pequeñas Causas de Santa Marta que amparó el derecho a la salud de la accionante y ordenó que se realizara la valoración por psicología. En esa medida, no se concedió la pretensión principal planteada por la accionante correspondiente a la autorización del procedimiento de reconstrucción del lóbulo de la oreja derecha. Empero, se precisa que, si del resultado de la valoración psicológica ordenada se concluye una afectación grave al derecho a la salud de la accionante, lo procedente es que la EPS analice si es necesario la realización del mentado procedimiento.

V. Conclusiones

Como colofón del fallo analizado, podemos concluir -sin miedo a equivocarnos- que un Estado que pretende ser coherente y responsable con los derechos humanos debe ser responsable socialmente. Ello conlleva la necesidad de observar los principios constitucionales de continuidad y progresividad en materia de derechos humanos, y con respecto al derecho a la salud en particular.

En este marco y conforme al análisis efectuado, cabe destacar que las cirugías plásticas con propósitos estéticos se encuentran expresamente excluidas; sin embargo, las de carácter funcional se pueden entender incluidas cuando tienen como fin contrarrestar las alteraciones que afecten el funcionamiento de un órgano o impedir afectaciones psicológicas.

Además, es menester poner de resalto que los Tribunales a la hora de fallar en casos vinculados con el derecho humano a la salud -necesariamente- deben echar mano a los criterios y principios constitucionales y jurisprudenciales a los fines de dotar de razonabilidad y equidad a sus decisiones.

Referencias bibliográficas

- Borrero, C., Galvis, M. C., Rojas, D., & Uprimny, R. (2002). La igualdad en la jurisprudencia de la Corte Constitucional. *Pensamiento Jurídico*, (15). Universidad Nacional de Colombia.
- Drucker, P. (1996). Su visión sobre: La administración; La organización basada en la información; La economía; La sociedad. Grupo Editorial Norma.
- Morello, G. (2004). ¿De qué hablamos cuando hablamos de RSE? Aportes argentinos a la ética y a la responsabilidad social empresaria. Instituto de Ciencias de la Administración de la Universidad Católica de Córdoba.

- Nikken, P. (1967). La protección Internacional de los Derechos Humanos –su desarrollo progresivo–. Civitas.
- Palacio de Caeiro, S. B. (2016). Acción de Amparo en Córdoba. Advocatus.
- Pinto, M. (2012). Cumplimiento y exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales en el marco del Sistema Interamericano. Avances y desafíos actuales. Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 56, 157-188.

Acceso a la Salud y Afirmación de Género para Personas Transgénero en Colombia

Access to Health Care and Gender Affirmation for Transgender People in Colombia

Abril Alani Castillo¹

DOI: [https://doi.org/10.37767/2591-3476\(2024\)26](https://doi.org/10.37767/2591-3476(2024)26)

Comentario a

Sentencia T-199-23, del 2 de junio 2023

Corte Constitucional de Colombia

Acceso al Fallo

RESUMEN:

La Sentencia T-199-23 de la Corte Constitucional de Colombia marca un hito en la protección de los derechos de las personas transgénero en el acceso a la salud y a la afirmación de género. El caso se centra en Paula, una mujer transgénero que enfrentó obstáculos significativos para acceder a un procedimiento quirúrgico de afirmación de género por parte de su EPS. La entidad demandada demoró en proporcionar los servicios médicos requeridos, alegando barreras administrativas y diagnósticos de salud mental para denegar el tratamiento pretendido. Finalmente, la Corte revocó las decisiones previas y enfatizó la necesidad de que las EPS ajusten sus procedimientos para garantizar un acceso efectivo y no discriminatorio a la salud para las personas transgénero. Esta sentencia subraya la importancia de obtener un diagnóstico integral como garantía para acceder a servicios médicos basados en el respeto y la dignidad, y destaca la relevancia de despatologizar la identidad de género.

ABSTRACT

The T-199-2023 Ruling of the Constitutional Court of Colombia signifies a milestone in the protection of transgender people's rights in accessing healthcare and gender affirmation. The case centers on Paula, a transgender woman who faced significant obstacles in accessing a gender affirmation surgery from her health insurance provider (EPS). The accused entity

¹ Abogada (UNC) y Escribana (UES21); Diplomada en Derechos Humanos de las Mujeres (UA); Diplomada en Derechos Humanos con mención en acceso a la justicia (UCC). Profesora Adscripta en la Cátedra B de Derecho Público Provincial y Municipal (UNC). Se desempeña como Meritorio en Poder Judicial de Córdoba, Cámara Contencioso Administrativa de Segunda Nominación. Mail: abril.alani.castillo@mi.unc.edu.ar. N° de ORCID: <https://orcid.org/0009-0001-2555-0872>

delayed the provision of the required medical services, arguing administrative barriers and mental health diagnoses to deny the intended treatment. Finally, the Court overturned previous decisions and emphasized the need for EPS providers to adjust their procedures to ensure effective and non-discriminatory access to healthcare for transgender people. This ruling highlights the importance of obtaining a comprehensive diagnosis as a guarantee to access medical services based on respect and dignity and stresses the importance of depathologizing gender identity.

PALABRAS CLAVE: Personas transgénero; Salud; Afirmación de género; Diagnóstico integral; Barreras Administrativas.

KEY WORDS: Transgender people; Healthcare; Gender-affirming; Comprehensive Diagnosis; Administrative barriers.

I. Introducción

La identidad de género es fundamental para preservar la dignidad y la humanidad de todas las personas. En el camino hacia una sociedad más equitativa y justa, es imperativo rechazar cualquier forma de discriminación hacia las personas transgénero, especialmente en el ámbito del sistema de salud, donde afrontan desafíos significativos y particulares².

La discriminación en el acceso a los servicios de salud impacta desproporcionadamente a las personas transgénero, constituyendo una clara violación de sus derechos fundamentales. La discriminación basada en la identidad de género atenta especialmente contra el principio de igualdad entendido como "no sometimiento", es decir, los casos donde la desigualdad se origina en situaciones de disparidad estructural a las que se hallan expuestos algunos grupos en nuestra sociedad (Saba, 2004: 28).

Butler argumenta que ser parte de una minoría sexual implica una dependencia profunda de las protecciones legales y sociales que aseguran nuestra viabilidad como seres humanos³ (Butler, 2006: 57/58). Este argumento resalta la necesidad de un marco legal y social que no solo reconozca, sino que proteja y promueva la igualdad y los derechos de las personas transgénero.

En este contexto, es fundamental que los sistemas de salud eliminen las barreras discriminatorias e implementen políticas inclusivas que aseguren que todos los individuos, independientemente de su identidad de género, reciban atención médica de acuerdo con sus particularidades. De igual modo, es necesario que los Tribunales interpreten las normas y aborden los casos con perspectiva de género, teniendo en cuenta la condición

2 De acuerdo con la Fundación GAAT - Grupo de Acción y Apoyo a Personas Trans-, en Colombia: el 85% de las personas trans sienten que los profesionales de la salud no están sensibilizados con su realidad, el 83% consideran que el sistema no está capacitado para atender las necesidades de la población transexual y transgénero, el 53% han pospuesto su atención en salud por miedo a que su género afectara directamente la atención y el 55% se ha sentido agredido alguna vez por parte de los profesionales de la salud (Fundación GAAT, s.f., recuperado de <https://www.youtube.com/watch?v=OieGqC4GG4>).

3 La autora señala que "[s]er parte de una minoría sexual implica, de forma profunda, que también dependemos de la protección de los espacios públicos y privados, de las sanciones legales que nos protegen de la violencia, de las garantías institucionales de varios tipos contra la agresión no deseada que se nos impone y de los actos violentos que a veces sufrimos. En este sentido, nuestras propias vidas y la persistencia de nuestro deseo dependen de que haya normas de reconocimiento que produzcan y sostengan nuestra viabilidad como humanos. Así pues, cuando hablamos de derechos sexuales no estamos simplemente hablando de derechos relacionados con nuestros deseos individuales, sino de las normas de las que depende nuestra propia individualidad".

de vulnerabilidad de ciertos grupos históricamente estigmatizados, como el de las personas transgénero.

La Sentencia T-199-23, emitida por la Corte Constitucional de Colombia, es un hito importante en la lucha por la protección de estos derechos. En este comentario, analizaré los aspectos más relevantes de la sentencia, destacando las barreras administrativas, las decisiones judiciales y las implicaciones de la resolución de la Corte.

II. Análisis del Caso

1. Barreras Administrativas Injustificadas

*Paula*⁴ es una mujer transgénero que inició un proceso de tutela para que la Entidad Promotora de Salud (en adelante EPS) a la que se encontraba afiliada, autorizara el procedimiento de vaginoplastia y la terapia de reemplazo hormonal necesaria para su afirmación de género. En julio de 2018 el Juzgado 9° Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías de Cali ordenó a la EPS que procediera con la valoración por una junta médica multidisciplinaria y autorizara el tratamiento médico adecuado para la solicitante.

Dos años después, Paula aún no había recibido los servicios de valoración por psicología, psiquiatría y endocrinología. A pesar de que la EPS había emitido algunas autorizaciones, estas no se concretaron, lo que llevó a Paula a promover un incidente de desacato. Si bien inicialmente se sancionó a la entidad por incumplimiento de lo ordenado, luego, el Juzgado 14° Penal del Circuito de Conocimiento de Cali revocó la sanción alegando que la entidad había adelantado acciones para cumplir con la sentencia.

El proceso fue largo y lleno de obstáculos. Paula relata que, tanto en noviembre del 2019 como en mayo del 2020, la EPS la remitió a la IPS Fundación Valle del Lili "para ser atendida por su condición de mujer transgénero en específico su tránsito sexual" y que en ambas ocasiones fue informada por los médicos tratantes que en dicha clínica no se estaban realizando cirugías de reasignación de genitales.

Más de un año después, el endocrinólogo que estaba atendiendo su caso prescribió la orden médica para su remisión al hospital que estaba realizando el procedimiento requerido. Luego fue atendida por un especialista en psiquiatría quien determinó que no había impedimento para el tratamiento quirúrgico solicitado y, en consecuencia, lo autorizó. En noviembre de 2021, el experto en cirugía de afirmación de género certificó que se trataba de una "paciente con inconformidad y disforia de género en manejo multidisciplinario hace varios años ... [que] cumple los requisitos de la organización mundial de profesionales para la salud transgénero para someterse a los procedimientos quirúrgicos de afirmación de género..."⁵.

Esta situación evidencia una clara violación de los derechos de Paula y resalta las barreras administrativas injustificadas que las personas transgénero enfrentan en el acceso a servicios de salud esenciales. La dilación y la falta de respuesta oportuna por parte de la EPS no solo agravan la situación de vulnerabilidad de las personas transgénero, sino que también perpetúan la discriminación y estigmatización hacia esta población.

4 Sigla con la que ha sido identificada la actora como medida de protección de su derecho a la intimidad personal.

5 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-199 de 2023.

2. Decisiones Judiciales en Primera y Segunda Instancia

En primera instancia, el Tribunal negó la tutela solicitada argumentando que las órdenes médicas provenían de médicos particulares y no habían sido avaladas por la EPS. Paula apeló esta decisión, destacando la falta de consideración de su situación de vulnerabilidad y la negligencia en el tratamiento de su condición médica. A su vez, alegó que su diagnóstico de esquizofrenia no la invalidaba como candidata para la intervención quirúrgica y que la EPS estaba utilizando esta condición para negar el servicio.

El Juzgado 7° Civil del Circuito de Cali confirmó la decisión inicial, reiterando que sin una orden médica de la red de la EPS no era posible proceder con el tratamiento y que los médicos adscritos a la EPS habían determinado que la paciente no era candidata para la intervención solicitada.

Esta situación plantea una reflexión profunda sobre cómo los sistemas de salud y justicia tratan a las personas transgénero. Es alarmante que se utilicen diagnósticos de salud mental para negar el acceso a procedimientos médicos necesarios, perpetuando así la marginalización de esta población. Además, resalta la falta de comprensión y sensibilidad por parte de los Tribunales inferiores hacia las necesidades y derechos específicos de las personas transgénero.

3. Solución del Caso por la Corte Constitucional

La Corte Constitucional revocó las decisiones anteriores y declaró la carencia actual de objeto por configuración de un hecho superado, ya que luego de ser nuevamente valorada por distintos especialistas el procedimiento de vaginoplastia fue finalmente autorizado y realizado en septiembre de 2022.

La Corte, a pesar de la declaración de abstracción de la causa, se expidió sobre el fondo de la cuestión y enfatizó la necesidad de que las EPS adecuen sus procedimientos para garantizar los derechos a la salud y a la identidad de género de las personas transgénero, instando a la entidad a proporcionar un tratamiento integral conforme a las prescripciones médicas.

Este fallo importa un avance en la protección de los derechos de las personas transgénero y en su comprensión como personas sujetas a condiciones de vulnerabilidad⁶. Sin embargo, es esencial que se implementen mecanismos efectivos para garantizar que situaciones similares no se repitan y que todas las personas transgénero puedan acceder a los servicios de salud que necesitan sin enfrentar barreras administrativas ni discriminación.

III. La Sentencia Judicial como Mecanismo de Fomento en el Reconocimiento y Protección de Derechos

1. Subsistencia de la Competencia de la Corte como Medida Preventiva

La Corte subrayó la importancia de emitir pronunciamientos aun cuando el objeto de la tutela haya sido superado, si con ello se permite prevenir la repetición de situaciones vulneradoras de derechos. Esta postura refuerza el compromiso de Colombia con los estándares internacionales de derechos humanos.

6 Las Reglas De Brasilia incluyen “la orientación sexual e identidad de género” dentro de las causas de vulnerabilidad, por lo que las personas transgénero están comprendidas dentro de los beneficiarios de las reglas.

La misma Corte ha reconocido que si con posterioridad a la activación de la jurisdicción la situación fue superada o de alguna manera resuelta, carece de sentido un pronunciamiento, puesto que la respectiva orden caería en el vacío⁷. En el caso, la pretensión de la acción de tutela había quedado satisfecha en el transcurso del trámite, lo que pone de relieve que el objeto de la controversia había desaparecido, tornando abstracta la cuestión.

Es fundamental que los jueces de tutela continúen ejerciendo su competencia en estos casos para llamar la atención sobre la falta de conformidad constitucional de la situación que originó la tutela y tomar medidas para que los hechos vulneradores no se repitan. Esto no solo protege los derechos de la persona que presenta la acción, sino que también establece un precedente importante para otros casos similares.

En este sentido, cabe recordar que sobre los signatarios de la Convención Americana sobre Derechos Humanos pesa la obligación de respetar y garantizar los derechos en ella reconocidos sin discriminación (artículos 1.1 y 24 de la CADH) y remover cualquier obstáculo para el goce de aquellos (artículo 2 de la CADH), por lo que los Estados están en la obligación de reconocer, regular, y establecer los procedimientos adecuados para que esto suceda.

Así, se puede decir que los poderes estatales están llamados a “comportarse activamente para incorporar espontáneamente los deberes éticos universales de los derechos humanos asumidos. En otras palabras, emerge una actitud activa antes que pasiva en la protección y promoción de los compromisos internacionales. Se debe tomar la iniciativa para remover cualquier valla a la efectividad de los derechos” (Gutierrez Colantuono, 2019: 15).

En el caso puede interpretarse que la Corte Constitucional de Colombia actuó conforme sus obligaciones internacionales, en tanto, priorizó -pese al objeto abstracto- entrar al fondo de la cuestión a fin de instar a las entidades promotoras de salud a que adecuen los procedimientos y servicios a los parámetros establecidos en la ley y la jurisprudencia constitucional en relación con la garantía de los derechos a la salud y a la identidad de género de sus afiliados que se encuentren en procesos de afirmación de género.

2. Derecho a la Salud y Diagnóstico Integral de Personas Transgénero.

La sentencia destacó que el sistema de salud debe ofrecer servicios oportunos, eficaces e integrales, sin obstáculos administrativos que impidan la afirmación de género. La evaluación técnica y científica oportuna es crucial para garantizar el más alto nivel posible de salud.

La Corte determinó que el servicio prestado a la accionante no fue oportuno ni eficaz como consecuencia de distintos obstáculos de orden administrativo que tuvo que enfrentar para conseguir la realización del procedimiento pretendido. La Sala en los fundamentos esgrimidos por la mayoría declaró que la EPS accionada no actuó con la debida diligencia en relación con la materialización de los derechos a la salud, incluyendo su dimensión de diagnóstico y a identidad de género de la accionante.

7 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia SU-522 de 2019.

La evaluación integral debe considerar tanto el diagnóstico de disforia de género como cualquier otra condición de salud mental, asegurando que no se utilicen diagnósticos previos para negar tratamientos necesarios para la afirmación de género. La Corte recordó que la garantía de diagnóstico se cumple con los siguientes objetivos: "(i) establecer con precisión la patología que padece el paciente (ii) determinar con el máximo grado de certeza permitido por la ciencia y la tecnología el tratamiento médico que asegure de forma más eficiente el derecho al más alto nivel posible de salud e (iii) iniciar dicho tratamiento con la prontitud requerida por la enfermedad sufrida por el paciente"⁸.

3. Acceso a la Salud para Personas Transgénero: Despatologización y no Estigmatización

Históricamente, las personas transgénero han enfrentado estigmatización y discriminación⁹, lo que ha dificultado su acceso a los servicios de salud. Por ello, es crucial despatologizar la transexualidad y garantizar una atención médica que respete la identidad de género.

En Colombia, el derecho a la salud está garantizado en el artículo 49 de su Constitución como un servicio público a cargo del Estado; además, se encuentra regulado como derecho fundamental en la Ley Estatutaria 1751 de 2015, la cual en su artículo 2 específicamente señala que el citado derecho "...comprende el acceso a los servicios de salud de manera oportuna, eficaz y con calidad para la preservación, el mejoramiento y la promoción de la salud..." y que "...el Estado adoptará políticas para asegurar la igualdad de trato y oportunidades en el acceso...".

Además, la Corte ha entendido que el derecho a la salud comprende la garantía y protección de los elementos psicológicos, físicos y sociales, entre otros, que influyen en el desarrollo de la vida de las personas, apuntando siempre a lograr el nivel más alto de calidad posible¹⁰.

Lo expuesto, lleva a concluir que el Estado debe velar porque el sistema de salud reconozca las especificidades propias del colectivo trans, como miembros de un grupo minoritario que se caracteriza por identidades complejas y apariencias diversas.

La inclusión de la discordancia o incongruencia de género en la Clasificación Internacional de Enfermedades dentro del capítulo "Condiciones relacionadas con la salud sexual" (CIE-11), y su consecuente eliminación del capítulo de "Trastornos mentales y del comportamiento" (CIE-10), debería asegurar el acceso de las personas trans a la atención médica afirmativa de género, así como una cobertura adecuada del seguro de salud para dichos servicios¹¹.

Clasificar las identidades trans y de género diverso como condiciones de enfermedad mental puede causar un enorme estigma y dificultar su acceso a la salud¹². La despatologización de la transexualidad es un paso crucial para garantizar que las personas transgénero reciban el respeto y la atención médica que merecen.

8 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-1041 de 2006.

9 Históricamente se las ha considerado afectadas por patologías de la salud mental, catalogadas como: desviación sexual (1965), enfermedad mental (1978) o trastorno de la identidad de género (1990).

10 Corte Constitucional de Colombia, sentencias T-263 de 2020 y T-218 de 2022.

11 Organización Mundial de la Salud. (s.f.). Gender incongruence and transgender health in the ICD. WHO. <https://www.who.int/standards/classifications/frequently-asked-questions/gender-incongruence-and-transgender-health-in-the-icd>

12 Ibíd.

No obstante, cabe remarcar que, si bien es acertado el cambio de ubicación, la Organización Mundial de la Salud define a la “incongruencia de género” como “una marcada y persistente incongruencia entre el género experimentado por el individuo y el sexo asignado”. Al no estar pensada desde una perspectiva de género, la idea de incongruencia sostiene una comprensión biologicista, binaria y cis-normativa en la que hay dos factores dados en el sujeto que no compaginan entre sí, lejos de entender los géneros y las corporalidades como construcciones socioculturales que se manifiestan singularmente y que dan cuenta de la diversidad humana (Centro de Estudios Legales y Sociales, 2018).

Lo expuesto demuestra que aún existen desafíos significativos en el camino a la plena igualdad y al reconocimiento de la diversidad en la atención sanitaria para las personas transgénero. Es fundamental continuar trabajando para eliminar el estigma asociado a las identidades de género diversas y asegurar el acceso a servicios de salud adecuados y respetuosos. Esto requiere políticas públicas inclusivas, educación continua para profesionales de la salud y un compromiso continuo con los derechos humanos y la igualdad de género en todos los niveles de la sociedad.

IV. Barreras Administrativas y Discriminación en el Sistema de Salud

1. Evaluaciones Médicas y Diagnósticos

La evaluación médica es un componente esencial para garantizar el acceso a la salud de las personas transgénero. En el caso de Paula, las múltiples remisiones a la IPS Fundación Valle del Lili, una institución que no realiza cirugías de reasignación de género, evidencian una falta de diligencia y una barrera administrativa significativa.

La Corte subrayó que la EPS debe garantizar que las evaluaciones médicas sean realizadas por profesionales competentes y que se tomen en cuenta todos los aspectos de la salud de la persona, incluyendo su identidad de género. La evaluación debe ser comprensiva de la identificación de disforia de género como de cualquier condición de salud mental, garantizando que los tratamientos esenciales para la afirmación de género no sean denegados basándose en diagnósticos anteriores.

La Sala describió que la completa garantía de los derechos a la identidad de género y a la salud de las personas transgénero que buscan iniciar su proceso de afirmación de sexo implica que: (i) los servicios de salud previamente prescritos por el especialista de la salud se presten de manera oportuna, eficaz e integral; (ii) no se impongan obstáculos de carácter administrativo que impidan al sujeto manifestar su identidad de género, desarrollar su plan de vida y llevar a buen término el proceso de afirmación de sexo; (iii) no se consideren los procedimientos médicos ordenados por los profesionales de la salud que tengan como fin lograr la afirmación como si estos fueran de carácter simplemente estético y (iv) no se pierda de vista que el diagnóstico de estas personas es de gran importancia porque tienen derecho a ser valoradas de manera adecuada y completa y a ser informadas sobre los procedimientos y tratamientos que se deben adelantar para lograr la respectiva afirmación en el marco del derecho al diagnóstico¹³.

2. Negación de Servicios por Condiciones de Salud Mental. Discriminación por identidad de género.

13 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-199 de 2023.

La EPS argumentó que Paula no era candidata para la vaginoplastia debido a su diagnóstico de esquizofrenia. Sin embargo, la esquizofrenia, controlada adecuadamente, no es un impedimento para la afirmación de género. La sentencia enfatiza que las condiciones de salud mental no deben ser utilizadas para negar servicios de salud esenciales, salvo que exista una contraindicación médica específica y bien fundamentada.

En el caso, la Sala describió que la EPS no realizó una evaluación integral de la situación de la accionante. Por el contrario, de las pruebas documentales allegadas al expediente, pudo evidenciarse que en lugar de continuar con las recomendaciones dictadas por la junta médica el 21 de agosto del 2018, se procedió a evaluar a la accionante de manera aislada, sin tener como objetivo tratar la disforia de género o emitir concepto sobre el procedimiento que solicitó.

Adicionalmente, los especialistas en psiquiatría y psicología allegados al proceso únicamente se refieren al diagnóstico de esquizofrenia, pero en ellos no se observa que hubiera pronunciamiento alguno sobre si este afectaba la posibilidad de llevar a cabo el proceso de afirmación de género solicitado. Sumado a lo anterior, se observa que, aunque la EPS manifiesta que fue una junta multidisciplinaria la que emitió la negativa sobre el asunto, este documento no fue allegado al proceso.

El reconocimiento de la *identidad de género*¹⁴ conlleva implícito el derecho al libre desarrollo personal y a la autonomía de la voluntad de la persona. Partiendo de la base de que los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos, el respeto a la identidad de género es esencial para resguardar la dignidad y la humanidad de toda persona y no debe ser motivo de discriminación o abuso.

Lo anterior significa que los Estados deben respetar y garantizar a toda persona la posibilidad de cambiar, rectificar o adecuar su nombre, la referencia al sexo o género con la que se la identifica y los demás componentes esenciales de su identidad como la imagen, sin interferencias por parte de las autoridades o terceros.

Al respecto, el Principio de Yogyakarta¹⁵ n° 17 refiere que los Estados “Facilitarán el acceso a tratamiento, atención y apoyo competentes y no discriminatorios a aquellas personas que procuren modificaciones corporales relacionadas con la reasignación de género ...”¹⁶.

Lo expresado implica que las personas que se identifiquen con identidades de género diversas deben ser reconocidas como tales y que el Estado debe coadyuvar a que se lleve a cabo la materialización de la identificación personal mediante las modificaciones corporales que sientan necesarias para poder expresar y desarrollar su vida en plenitud.

14 Puede definirse como “...la vivencia interna e individual del género tal como cada persona la siente profundamente, la cual podría corresponder o no con el sexo asignado al momento del nacimiento, incluyendo la vivencia personal del cuerpo (que podría involucrar la modificación de la apariencia o la función corporal a través de medios médicos, quirúrgicos o de otra índole, siempre que la misma sea libremente escogida) y otras expresiones de género, incluyendo la vestimenta, el modo de hablar y los modales...” (Yogyakarta Principles, 2007, p. 6) Recuperado de: https://yogyakartaprinciples.org/wp-content/uploads/2016/08/principles_sp.pdf.

15 Refiere a los “Principios de Yogyakarta sobre la Aplicación de la Legislación Internacional de Derechos Humanos en Relación con la Orientación Sexual y la Identidad de Género” que recopilan y clarifican las obligaciones de los Estados cuando interpretan y aplican las normas internacionales de Derechos Humanos con relación a la orientación sexual e identidad y expresión de género de las personas.

16 Yogyakarta Principles, 2007, p. 24. Recuperado de https://yogyakartaprinciples.org/wp-content/uploads/2016/08/principles_sp.pdf

V. Implementación de la Sentencia y Futuras Directrices

1. Adecuación de Procedimientos por parte de las EPS

La Corte ordenó a las EPS que adecuen sus procedimientos y servicios a los parámetros establecidos en la ley y la jurisprudencia constitucional para garantizar los derechos a la salud y a la identidad de género de las personas transgénero. Esto incluye la eliminación de obstáculos administrativos y la provisión de servicios de salud de manera oportuna y eficaz.

2. Seguimiento y Monitoreo

La implementación efectiva de esta sentencia requiere un seguimiento continuo y un monitoreo riguroso por parte de las autoridades competentes. Las EPS deben ser evaluadas regularmente para asegurar que están cumpliendo con las directrices establecidas por la Corte y que están proporcionando un acceso adecuado a los servicios de salud para las personas transgénero.

3. Formación y Sensibilización de Profesionales de la Salud

Es fundamental que los profesionales de la salud reciban formación y sensibilización sobre las necesidades específicas de las personas transgénero. Esta capacitación debe incluir aspectos relacionados con la identidad de género, la disforia de género y los procedimientos de afirmación de género, así como el manejo adecuado de las condiciones de salud mental en este contexto.

En palabras de los Principios de Yogyakarta: "todas las personas tienen el derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental sin discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género", lo que necesariamente conlleva que los Estados deban asegurar que los establecimientos, productos y servicios para la salud estén diseñados de modo que mejoren el estado de salud de todas las personas sin discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género, y que respondan a sus necesidades y tengan en cuenta sus singularidades¹⁷.

Siguiendo lo propuesto por Reisner, para mitigar los factores contextuales, biológicos, conductuales, sociales y estructurales únicos que rodean los riesgos en la salud de las personas transgénero y fomentar la resiliencia¹⁸, se necesita un enfoque integral que incluya la afirmación de género como un marco de salud pública, sistemas de salud mejorados y acceso a la atención médica informados por datos de alta calidad, y asociaciones efectivas con las comunidades transgénero locales para garantizar la capacidad de respuesta y la especificidad cultural en los programas (Reisner et al., 2016).

VI. Conclusión

La diversidad de género, presente en todas las culturas y contextos geográficos, debe ser celebrada y no patologizada (Reisner, 2016). A pesar de los avances, las personas transgénero continúan enfrentando desafíos que les privan de respeto, oportunidades y dignidad, lo que conlleva efectos perjudiciales en su salud mental, física y bienestar general. Es crucial abordar las necesidades de salud y vulnerabilidades de las personas transgénero mediante una comprensión adecuada de las políticas legales y sociales que las

17 *Ibid.*, pp. 23-24.

18 En el texto original "foster resilience", entendido como: promover o fomentar la capacidad de adaptación y resistencia de una persona o comunidad frente a situaciones difíciles, desafíos o adversidades; fortalecer las habilidades y recursos necesarios para superar obstáculos y recuperarse de experiencias adversas, tanto a nivel individual como colectivo.

afectan, lo que solo es posible a través de la perspectiva de género. Como propone Saldivia Menajovsky, debería elaborarse una teoría del derecho que visibilice a las personas transgénero e intersexuales como sujetos de derechos, reconociendo su existencia más allá del binomio hombre/mujer¹⁹ (Saldivia Menajovsky, 2012: 26).

La Sentencia T-199-23 de la Corte Constitucional de Colombia representa un avance significativo en la protección de los derechos de las personas transgénero. Al exigir a las EPS la adecuación de sus procedimientos para garantizar una atención médica integral y sin discriminación, la Corte reafirma su compromiso con la defensa de los derechos fundamentales y promueve un entorno de salud inclusivo y respetuoso de la diversidad de género.

El Tribunal, en los fundamentos de la mayoría, abordó el fondo de la cuestión pese a no tener necesidad de hacerlo, lo que importó reconocer que su pronunciamiento constituye un mecanismo efectivo para coadyuvar a que situaciones similares no se repitan. Así, la Corte procura la protección de los derechos de la salud sexual de futuros solicitantes que deseen transitar un proceso de afirmación de sexo para adecuar su imagen corporal y características físicas a su identidad de género, como fundamento para la construcción de su identidad y dignidad como personas.

En conclusión, es imperativo continuar los esfuerzos por despatologizar la transexualidad y garantizar una atención médica respetuosa de la identidad de género, libre de discriminación y estigmatización. Solo así se podrá avanzar hacia una sociedad verdaderamente inclusiva y justa, donde todas las personas, independientemente de su identidad de género, puedan vivir con dignidad y pleno acceso a sus derechos fundamentales.

Referencias bibliográficas

- Butler, J. (2006). *Deshacer el género*. Paidós.
- Centro de Estudios Legales y Sociales. (2018, 14 de agosto). La transexualidad y el travestismo ya no integran la clasificación internacional de enfermedades. <https://www.cels.org.ar/web/2018/08/la-transexualidad-y-el-travestismo-ya-no-integran-la-clasificacion-internacional-de-enfermedades/>
- Gutiérrez Colantuono, P. A. (2019). Administraciones heterogéneas: miradas inclusivas y con perspectiva. En M. M. Ivanega (Ed.), *Igualdad y género* (pp. 3-18). La Ley.
- Reisner, S. L. (2016, 16 de junio). Making transgender health visible. *The Lancet*. [https://doi.org/10.1016/S0140-6736\(16\)30839-X](https://doi.org/10.1016/S0140-6736(16)30839-X)
- Reisner, S. L., Poteat, T., Keatley, J., Cabral, M., Mothopeng, T., Dunham, E., Holland, C. E., Max, R., & Baral, S. D. (2016). Global health burden and needs of transgender populations: A review. *The Lancet*. [https://doi.org/10.1016/S0140-6736\(16\)00684-X](https://doi.org/10.1016/S0140-6736(16)00684-X)
- Saba, R. (2004). [Des]igualdad estructural. En J. Amaya (Ed.), *Visiones de la Constitución, 1853-2004* (pp. 479-514). UCES.
- Saldivia Menajovsky, L. (2012). Reflexionando sobre la construcción binaria de la sexualidad. https://law.yale.edu/system/files/documents/pdf/.../SELA09_Saldivia_Sp_PV.pdf

19 No obstante, el autor reconoce que “esta empresa es sumamente dificultosa dado que el derecho ya está construido sobre el binomio hombre/mujer y cualquier uso que se pretenda hacer del mismo para avanzar y mejorar causas vinculadas a violaciones de derechos en virtud del género de una persona descansa en tal binariedad sexual” (Saldivia Menajovsky, 2012, p. 26).

El poder judicial y el alcance del control jurisdiccional

The judicial power and the scope of jurisdictional control

Nadia Virginia Copello¹

DOI: [https://doi.org/10.37767/2591-3476\(2024\)27](https://doi.org/10.37767/2591-3476(2024)27)

Comentario a

Zárate, Enrique Augusto v. SENASA, 21 de marzo de 2023

Corte Suprema de Justicia de la Nación

Acceso al Fallo

RESUMEN:

En el marco de un amparo, un ciudadano rosarino solicitó que se tomarán medidas tendientes para que se fiscalicen periódicamente las frutas, verduras y hortalizas que ingresan desde otras jurisdicciones a los Mercados de Concentración Fisherton y de Productores de Rosario, a fin de evitar y controlar la presencia de biocidas, plaguicidas y otros agrotóxicos.

Mediante recurso extraordinario federal, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, remitiéndose al dictamen de la Procuradora General de la Nación, se expresó en relación a las competencias en materia de aplicación del Código Alimentario Nacional y sobre las atribuciones del poder judicial a la hora de ordenar determinadas inspecciones y controles en cabeza del Senasa, sin afectar la división republicana de poderes, cuando hay un derecho constitucional en juego, en este caso el derecho a salud.

ABSTRACT

Within the framework of an amparo, a Rosario citizen requested that measures be taken to periodically inspect the fruits, vegetables and vegetables that enter the Fisherton and Producer Concentration Markets of Rosario from other jurisdictions, in order to prevent and control the presence of biocides, pesticides and other agrotoxics.

Through an extraordinary federal appeal, the Supreme Court of Justice of the Nation, referring to the opinion of the Attorney General of the Nation, expressed itself in relation to the powers regarding the application of the National Food Code and to what extent the judicial power

¹ Abogada, Universidad Nacional de Córdoba. Escribiente Auxiliar de la Defensoría Pública Oficial ante los Tribunales Federales de Primera y Segunda Instancia de Córdoba. Profesora en Ciencias Jurídicas de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Córdoba. Maestrando en Derecho Constitucional, Universidad Nacional de Córdoba. Adscripta de la cátedra de Derecho Procesal Penal de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Córdoba. Mail: copellonadiav@gmail.com. ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0001-9557-107>

could interfere in how carry out inspections and controls, without affecting the republican division of powers, when there is a constitutional right at stake, in this case the right to health.

PALABRAS CLAVE: Sistema republicano; Poder judicial; Límites del control judicial; Derecho a la salud; Senasa

KEY WORDS: Republican system; Power of attorney; Limits of judicial control; Right to health; Senasa.

I. Introducción al caso

Enrique Augusto Zárate, ciudadano rosarino, interpuso acción de amparo contra el Servicio Nacional de Sanidad y Calidad Agroalimentaria (SENASA), hoy perteneciente a la Secretaría de Bioeconomía del Ministerio de Economía de la Nación; su pretensión consistía en que se establecieran medidas tendientes a la fiscalización periódica de las frutas, verduras y hortalizas, provenientes de otras provincias y que ingresan a los Mercados de Concentración Fisherton y de Productores de Rosario, a fin de evitar y controlar la presencia de biocidas, plaguicidas y otros agrotóxicos.

El Juzgado Federal de Primera Instancia N°1 de Rosario hizo lugar al amparo y ordenó a la demandada a realizar inspecciones y monitoreos "suficientes y adecuados", imponiendo una cantidad mínima de ellas -seis inspecciones y veinticuatro monitoreos por año-, a abordar la problemática en conjunto, cooperativa y coordinadamente, con las autoridades provinciales y municipales, y publicar lo actuado en virtud de la Ley 27.275 de acceso a la información pública.

Esta decisión fue impugnada por la accionada, a su turno la Cámara Federal de Apelaciones de Rosario confirmó parciamente la sentencia de la primera instancia.

Esta decisión motivó al SENASA a presentar un recurso extraordinario federal, para ocurrir ante el Máximo Tribunal. Argumentó que se había desconocido la normativa aplicable sobre las obligaciones y responsabilidades correspondientes a cada actor interviniente en la cadena alimentaria, estableció cuáles eran sus facultades en el control público y privado de sanidad y calidad de los vegetales y sostuvo que sí se habían llevado a cabo los controles sanitarios de manera periódica, proporcionales y razonablemente. Asimismo, afirmó que mantener una decisión como la impugnada es contrario a la distribución de competencias federales dispuestas por la Constitución Nacional.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación hizo propios los argumentos expresados por la Procuradora Fiscal de la Nación. En virtud de ellos, se reconoció que el "SENASA es un organismo descentralizado con autarquía económica-financiera y técnico-administrativa (...) con funciones propias de sanidad animal y vegetal, conforme la ley 27.233. Luego, este organismo tiene a su cargo otras obligaciones y facultades que se le han impuesto mediante decretos reglamentarios, como ser "la fiscalización higiénico-sanitaria de los productos y subproductos de origen vegetal en las etapas de producción y acopio, en especial debe fiscalizar que no sean utilizados en los lugares de producción elementos químicos o contaminantes que hagan a los alimentos no aptos para el consumo humano".

A ello, debe adicionarse el Código Alimentario Nacional -ley 18.284- cuya aplicación “en las respectivas jurisdicciones” recae en “las autoridades nacionales, provinciales, el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires y los municipios”.

Asimismo, en el ámbito del SENASA para ejercer un sistema de control adecuado y afianzar la sanidad e inocuidad de los alimentos, se han establecido el Sistema de Control de Frutas y Hortalizas (SICOFHOR) y el Programa de Control de Residuos e Higiene de los Alimentos (CREHA).

Es posible observar entonces que, tanto legislativa como administrativamente se le ha reconocido a esa administración carácter de autoridad de aplicación para el “control público y privado de la sanidad y calidad de alimentos de origen vegetal provenientes del tráfico federal”.

En el caso concreto, la acción de amparo se interpuso ante la omisión del SENASA de llevar a cabo esos controles y fiscalización que le competen. Ahora bien, ¿hasta dónde el Poder Judicial de la Nación, en su rol de garante de los derechos, puede ordenarle al SENASA determinadas directrices?

Pues bien, la Corte sostuvo que “no corresponde a los magistrados de la causa establecer el alcance del control (...) incluyendo específicamente una cantidad mínima” de inspecciones y monitoreos, “verificada la omisión de un deber legal, la sentencia puede condenar a la demandada a poner fin a dicha situación según los términos en que se trabó la litis, tal circunstancia no justifica que se ordene el modo preciso en que debe realizar su tarea de control sobre los alimentos de origen vegetal (...)”.

Dicho lo anterior, concluyó que hubo “un exceso jurisdiccional en menoscabo de los poderes y funciones atribuidos a las autoridades administrativas por las leyes que las instituyen y les confieren sus competencias respectivas”. De esta manera, se revocó la sentencia apelada.

II. Sistema republicano de gobierno

Conforme el artículo 1° de la Constitución Nacional, hemos adoptado para nuestro gobierno “la forma representativa republicana federal”². En lo que aquí interesa, la adopción de la forma republicana como sistema político conlleva, entre otras cuestiones, una división, control y equilibrio de los poderes del Estado.

Sobre este punto, históricamente hemos adoptado principios propios del constitucionalismo norteamericano. James Hamilton, en sus escritos de “El Federalista”, explicó la necesidad de la separación de poderes, para evitar caer en una tiranía (Hamilton *et. al.*, 1998: 204-205). Pero esa separación no requiere ser absoluta, deben encontrarse articulados unos con otros. Argumentaba que “todo el mundo está de acuerdo en que los poderes propios de uno de los departamentos no deben ser administrados completa ni directamente por cualquiera de los otros. Es también evidente que ninguno de ellos debe poseer, directa o indirectamente, una influencia preponderante sobre los otros en lo que se refiere a la administración de sus respectivos poderes” (Hamilton *et. al.*, 1998: 210).

2 INFOLeg, Información Legislativa (2024): Constitución de la Nación Argentina. Disponible en: <https://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/0-4999/804/norma.htm>

Se ha sostenido que “la finalidad perseguida no es otra que evitar el desborde del poder y el peligro para las libertades personales que suscitaría la centralización en la toma de decisiones públicas” (Gelli, 2001: 19).

La clásica tripartición de los poderes del Estado: ejecutivo, legislativo y judicial, adoptan los nombres de su función prevaleciente, pero no exclusiva. Esta separación “en realidad entre los órganos- implican atribuciones propias y cooperación compartida entre ellos” (Gelli, 2001: 19).

Tal es así que, “los jueces actúan legislativamente (en el sentido de ley material) cuando dictan acordadas y lo hacen administrativamente cuando designan empleados, pero su función esencial y predominante es la de hacer justicia. De su parte, los legisladores realizan funciones administrativas cuando nombran empleados, así como las cumplen judiciales cuando aplican sanciones disciplinarias, pero su función esencial y predominante es la de legislar”, el ejecutivo “desempeña funciones judiciales cuando aplica una sanción administrativa, y legislativa cuando dicta reglamentos, pero su función esencial y predominante es administrar o ejecutar. Cada vez que un poder desempeña funciones propias de los otros lo hace en el sentido no formal de la expresión, lo que redundará en beneficio de la actividad ‘separada’ de los poderes.” (Boffi Boggero, 2008: 169).

1. Atribuciones del poder judicial y la supremacía constitucional

Dentro del ámbito del poder judicial, los jueces, en líneas generales, se encargan de resolver conflictos de intereses, aplicando e interpretando la normativa vigente y cuando “se trata de los magistrados de la Corte Suprema, expresa la última voz en materia de interpretación de la Constitución, ejerciendo el control de constitucionalidad”.

Sobre esta última función, el artículo 31 de la Constitución Nacional dispone que “esta Constitución, las leyes de la Nación que en su consecuencia se dicten por el Congreso y los tratados con las potencias extranjeras son la ley suprema de la Nación; y las autoridades de cada provincia están obligadas a conformarse a ella (...)”³. Pero este artículo no debe leerse de manera aislada, sino que es necesario analizarlo a la luz del 75 inc. 22 y 24.

Estas normas receptan el principio de supremacía constitucional, en virtud del cual se pretende garantizar “la prelación de las normas supremas y superiores respecto al restante ordenamiento normativo inferior, custodia y asegura el sistema republicano y federal de gobierno y el respeto de los derechos fundamentales de los individuos” (Hernández, 2012: 177). En otras palabras, implica asegurar que tanto los actos de particulares como del Estado, deben adecuarse al contenido de la Constitución Nacional.

Es en virtud de este principio que los autores identifican a la Constitución Nacional como la base del ordenamiento legal, la norma máxima o la norma fundamental. En palabras de Hans Kelsen, la Constitución Nacional “es la norma fundamental de la cual depende la validez del orden jurídico en su conjunto” (Gelli, 2001: 19).

Ahora bien, ¿cómo garantizar esa premisa? En nuestro país se ha asignado al Poder Judicial como guardián del derecho constitucional, cuyos jueces pueden, a través del control de constitucionalidad, asegurar tan mentada supremacía.

3 INFOLeg, Información Legislativa (2024), Ob. Cit.

Dicho control requiere que “los magistrados judiciales están habilitados – de oficio o a petición de parte- a observar el principio de supremacía de la Carta Magna, consagrado en su art. 31, y en ese orden, a velar por la necesaria coherencia y armonía del sistema jurídico vigente y de los actos llevados a cabo por los órganos legislativo y ejecutivo” (Hernández, 2012: 177).

Pues bien, cuando interpretamos la Constitución Nacional, la norma fundamental de una sociedad determinada, no debemos perder de vista que lo que se encuentra en juego aquella convivencia marcada por la libertad, la pluralidad y la igualdad. El poder judicial en esta tarea debe cumplir eficientemente con su misión de garante de la supremacía constitucional y el respeto de las instituciones de un Estado de Derecho.

Pero, ¿todo es pasible de ser revisado judicialmente? ¿Qué sucede con los actos emanados de los otros poderes del Estado? La regla general que sí, que “todos los actos emanados de los poderes Ejecutivo (32) y Legislativo son justiciables” (Cassagne, 2005).

Esta regla encuentra fundamento en dos principios constitucionales: a) haber adoptado un sistema judicialista (arts. (arts. 108, 109 y 116 CN) y b) el que prescribe la tutela judicial efectiva (art. 8.1, Pacto de San José de Costa Rica y arts. 8, 9 y concordantes del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (...)) que complementa la garantía de la defensa (art. 18 CN)” (Cassagne, 2005).

Siguiendo esta línea de análisis, es posible afirmar que frente a cualquier acto que, directa o indirectamente, lesione, restrinja o altere los derechos de un sujeto, habilitaría la instancia de acudir a la justicia a efectos de resguardar sus intereses.

2. SENASA

El Servicio Nacional de Sanidad y Calidad Agroalimentaria es un organismo que funciona bajo la órbita del Ministerio de Economía -antes del Ministerio de Agricultura, Ganadería y Pesca-, es decir dentro del Poder Ejecutivo Nacional. Tiene por objeto cuidar la sanidad animal, vegetal y la inocuidad de los alimentos⁴.

El SENASA ha sido establecida como la autoridad de aplicación de la ley 27.233 y tiene por objeto “la sanidad de los animales y los vegetales, así como la prevención, el control y la erradicación de las enfermedades y de las plagas que afecten la producción silvoagropecuaria nacional, la flora y la fauna, la calidad de las materias primas producto de las actividades silvo-agrícolas, ganaderas y de la pesca, así como también la producción, inocuidad y calidad de los agroalimentos, los insumos agropecuarios específicos y el control de los residuos químicos y contaminantes químicos y microbiológicos en los alimentos y el comercio nacional e internacional de dichos productos y subproductos⁵; abarcando cada etapa desde la producción hasta el consumo de agroalimentos.

Su funcionamiento se encuentra enmarcado, no sólo por la ley 27.233, sino también por la ley 18.284 Código Alimentario Argentino, decretos reglamentarios y resoluciones administrativas específicas y técnicas de la materia (Marra, 2021).

4 Consulta pública a <https://www.argentina.gob.ar/senasa>

5 INFOleg, Información Legislativa (2024): Declaración de interés nacional. Disponible en: <https://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/255000-259999/257451/norma.htm#:~:text=ART%C3%8DCULO%201%C2%B0%20E2%80%94%20Se%20declara,producto%20de%20las%20actividades%20silvo>

III. Derecho a la salud

Es evidente que los programas llevados a cabo por el SENASA, a fin de afianzar la sanidad e inocuidad de los alimentos, están orientados a proteger la salud de los usuarios y consumidores.

El derecho a la salud es un derecho humano fundamental y cuenta con jerarquía constitucional, desde la reforma de 1994 y la incorporación de Tratados Internacionales de Derechos Humanos a la Carta Magna (artículo 75, inciso 22). Podemos mencionar el art. 12, inc. 1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el art. 6. 1. del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, los arts. 4.1. y 5.1. de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el art. 3 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y el art. 11 de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre.

Como puede advertirse, el Estado Nacional asume dos roles frente al derecho a la salud: es regulador y garante; es decir, al regular y reglamentar su ejercicio -recordemos que ningún derecho es absoluto- y al mediar “entre los diferentes actores que interactúan en materia de salud” y establecer “políticas públicas sanitarias (...) significativas y relevantes para garantizar un acceso igualitario al derecho a la salud (...)” (Marra, 2021: 85).

IV. Zárate v. SENASA

En el caso analizado, se habría probado que el SENASA había omitido controles y fiscalizaciones correspondientes en dos mercados de la ciudad de Rosario, motivo por el cual los jueces -en primera y segunda instancia- que tomaron conocimiento de la acción de amparo, le ordenaron a la demandada -entre otras cuestiones- que dispusiera de una determinada cantidad mínima de inspecciones y monitoreos anuales.

La controversia surge a partir de la impugnación realizada por la accionada, quien entiende que, al resolver de este modo, el poder judicial se estaría inmiscuyendo en atribuciones propias de la administración, violentando la división republicana de poderes.

Vale destacar el argumento del SENASA, en cuanto afirma que “la causa y la finalidad de la división de poderes es la especialización para el debido cumplimiento de las diversas funciones que deben satisfacer los Estados y que las competencias atribuidas al SENASA por el ordenamiento tienen una especificidad de orden técnico que difícilmente el organismo jurisdiccional esté en condiciones de arrogárselas y sustituirlo en su ejercicio.” En definitiva, la cuestión a resolver es si los jueces incurrieron o no en un exceso jurisdiccional al imponerle a la demandada una serie de cargas y obligaciones tan específicas.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación al referirse al tema, ha expresado que “corresponde al Poder Judicial de la Nación buscar los caminos que permitan garantizar la eficacia de los derechos, y evitar que estos sean vulnerados, como objetivo fundamental y rector a la hora de administrar justicia y de tomar decisiones en los procesos que se someten a su conocimiento; y añadió que no debe verse en ello una intromisión indebida del Poder Judicial cuando lo único que hace es tender a tutelar derechos, o suplir omisiones en la medida en que dichos derechos pueden estar lesionados (v. doctrina de Fallos: 331:2925; 339:1423; 343:1332, entre otros).”

De allí que, es posible afirmar que las medidas dispuestas tanto por el Juzgado Federal

Nº1 de Rosario, como la Cámara Federal de Apelaciones, se enmarcan en estas atribuciones antes descriptas a fin de garantizarle a los ciudadanos el pleno goce y disfrute del derecho a la salud. Lo que sucede, es que al imponerle las medidas de un modo tan específico y técnico -seis inspecciones y veinticuatro monitoreos al año-, ha ido más allá de lo que le está permitido, porque se ha inmiscuido en políticas de control sanitario y de apreciación de criterios de oportunidad, mérito o conveniencia de contenidos técnicos.

V. Conclusiones

El derecho a la salud, como derecho humano fundamental tiene reconocimiento legal, constitucional y convencional. Y como tal, exige que el Estado Nacional adopte las medidas necesarias para tornar efectivo el ejercicio y pleno disfrute de este derecho.

En este orden de ideas, cada poder del Estado, conforme a sus funciones, se responsabilizará por cumplir con ello. Concretamente, en la órbita del poder judicial, los jueces deberán velar por la supremacía constitucional eficientemente y no permitir que la Constitución Nacional y los Tratados Internacionales de Derechos Humanos se conviertan en letra muerta. Siendo vital para que la sociedad pueda confiar en los guardianes de las normas.

Sin dudas, al llevar a cabo esta tarea, los magistrados tienen límites. Esto responde, entre otras cuestiones, a la forma republicana de gobierno adoptada por nuestro país, que prevé un sistema de división, control y equilibrio de poderes.

Es decir, los jueces pueden y deben intervenir ante todo conflicto de intereses, sobre todo cuando se encuentren derechos constitucionales en juego. El límite estará dado en la medida de que, al decidir, no se arrogue funciones propias de la administración pública, podrá controlar esos actos de gobierno, pero no podrá ordenarles cómo deben hacerlo cuando impliquen consideraciones sobre la aplicación de criterios de oportunidad, mérito o conveniencia de contenidos técnicos.

Referencias Bibliográficas

- Boffi Boggero, L. M. (2008). Nuevamente sobre las llamadas 'cuestiones políticas'. *La Ley*, 156, 1143. *Derecho Constitucional, Doctrinas Esenciales*, I, 169.
- Cassagne, J. C. (2005, 14 de diciembre). Sobre la judicialización de las cuestiones políticas. *La Ley*, 2006-A, 858.
- Gelli, M. A. (2001). *Constitución de la Nación Argentina: Comentada y concordada*. La Ley.
- Hamilton, A., Madison, J., & Jay, J. (1998). *El Federalista* (6ª reimp.). Fondo de Cultura Económica.
- Hernández, A. M. (2012). *Derecho Constitucional* (Vol. 1). La Ley.
- INFOLeg. (2024a). Constitución de la Nación Argentina. <https://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/0-4999/804/norma.htm>
- INFOLeg. (2024b). Declaración de interés nacional. <https://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/255000-259999/257451/norma.htm>
- Marra, M. (2021). El derecho a la salud en Argentina y el deber de garantía del Estado na-

cional. Ab- revista de abogacía, 5(9). https://publicaciones.unpaz.edu.ar/OJS/index.php/ab/issue/view/58/Ab_9

• Senasa. (2024). Digesto Normativo del SENASA. <https://digesto.senasa.gob.ar/>

Derecho a morir dignamente: reflexión a partir del fallo "S.O.R.M "del Tribunal Superior de Justicia de Córdoba

Right to die with dignity: reflection on the
"S.O.R.M" ruling of the High Court of Justice of
Córdoba

Noelia Soledad Sánchez¹

DOI: [https://doi.org/10.37767/2591-3476\(2024\)28](https://doi.org/10.37767/2591-3476(2024)28)

Comentario a

"S.O.R.M y otros c/ Municipalidad de Córdoba- Amparo Ley 4915"
Sentencia n.º 115, del 2 de noviembre de 2023
Tribunal Superior de Justicia de Córdoba

Acceso al Fallo

RESUMEN:

El Tribunal Superior de Justicia resolvió confirmar la sentencia dictada por la Cámara en lo Contencioso Administrativo de 2º Nominación de la ciudad de Córdoba, y ordenó al Hospital de Urgencias el retiro inmediato de las medidas de soporte vital al paciente (Sr. J.C.S) quien se encontraba internado en estado vegetativo. Para así resolver, y teniendo en consideración el estado irreversible del paciente, el Máximo Tribunal provincial, con basamento en la dignidad humana y en el principio de autonomía personal, resolvió dejar de lado el plazo exigido por la Ley Provincial 10.058, y, en consecuencia, dar preferencia a las disposiciones del Código Civil y Comercial de la Nación Argentina y la Ley Nacional nro. 26.529 por encima de la normativa provincial.

ABSTRACT

The Supreme Court of Justice has decided to uphold the ruling of the 2nd Nomination Chamber

¹ Abogada (UNC), egresada sobresaliente con Mención de Honor (UNC), integrante del Cuerpo de Abanderados de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales año 2017 (UNC), Diplomada en Concursos y Quiebras (Club de Derecho), Diplomada en Metodología de la Investigación Jurídica (Poder Judicial Córdoba), Maestranda en Derecho Civil Patrimonial (UNC), Relatora del Juzgado de Primera Instancia y Tercera Nominación en lo Civil y Comercial de la ciudad de Córdoba. Mail: noesanchez1107@gmail.com ORCID iD: <https://orcid.org/0009-0006-3387-5251>.

of Administrative Disputes of the City of Córdoba, and has ordered the Emergency Hospital to immediately withdraw life support from the patient (Mr J.C.S.) who was hospitalised in a vegetative state. In order to make this decision, and taking into account the irreversible state of the patient, the Supreme Provincial Court decided, on the basis of human dignity and the principle of personal autonomy, to overrule the time limit established by Provincial Law 10.058, and consequently to give precedence to the provisions of the Civil and Commercial Code of the Argentine Nation and National Law 26.529 over the provincial regulations.

PALABRAS CLAVE: Muerte digna; soporte vital; consentimiento; dignidad; estado vegetativo.

KEY WORDS: Dignified death; life support; consent; dignity; vegetative state.

I. Introducción

El debate sobre la muerte digna, constituye una de las problemáticas más complejas del derecho constitucional, ya que evidencia el conflicto existente entre dos derechos constitucionales, en este caso entre el derecho a la vida y el derecho a la autonomía personal y autodeterminación. Ambos principios poseen jerarquía constitucional, de manera que deberían tener la misma preeminencia y el mismo grado de protección. Sin embargo, en ciertas oportunidades los principios constitucionales pueden entrar en contradicción, dado que la protección de uno puede implicar la desprotección del otro.

Los avances científicos y tecnológicos han realizado innumerables aportes en el campo de la salud, a través de diferentes tratamientos terapéuticos, los cuales tienen por finalidad la prolongación de la vida humana. Sin embargo, en situaciones de salud irreversibles y permanentes, esa prolongación se torna artificial, penosa, gravosa, pero sobre todo indigna, convirtiéndose en un “encarnizamiento terapéutico”.

Es por ello que el propósito de estas consideraciones es efectuar un análisis de la interpretación seguida por el Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de Córdoba en el fallo judicial que nos ocupa, cuya importancia radica en que constituye el “*primer leading case*” en materia de muerte digna resuelto por el máximo tribunal provincial.

El caso bajo comentario se originó a partir de la acción de amparo interpuesta con fecha 29/06/2023 por los familiares de J.C.S (hija, hermana y concubina) contra la Municipalidad de la Ciudad de Córdoba, con el objeto de hacer cumplir la Ley de Muerte Digna de la Provincia de Córdoba (N° 10.058) y proceder al retiro del soporte vital del paciente (alimentación e hidratación), quien, producto de un traumatismo de cráneo, por causa de un intento de robo, se encontraba internado en el Hospital de Urgencias desde el 12/03/2023 en estado vegetativo persistente y con muerte de su corteza cerebral sin posibilidades de mejorar. La finalidad perseguida por la acción judicial entablada era cumplir la voluntad que, en estado de lucidez J.C.S., les había manifestado en forma reiterada para el caso de hallarse en una situación gravosa o invalidante de su estado de salud.

Sin embargo, pese al consentimiento brindado por los familiares, los profesionales médicos del nosocomio, se negaron a retirar tanto la hidratación como la alimentación ya

que consideraban que no había transcurrido el plazo legal de doce meses, exigido por la Ley provincial nro. 10.058, para considerar que ese estado vegetativo sea permanente. La Cámara Contenciosa Administrativa de Segunda Nominación de la Ciudad de Córdoba, resolvió hacer lugar a la acción de amparo, y declaró ilegal y arbitraria la negativa del equipo médico de retirar las medidas de soporte vital y ordenó a la entidad hospitalaria a cumplir la voluntad de los familiares en forma inmediata.

Frente a ello, la Municipalidad de Córdoba interpuso recurso de apelación cuyo agravio principal radicó en que el paciente no presentaba un cuadro de irreversibilidad médico legal porque precisamente no había transcurrido el plazo de doce meses exigido por la ley provincial para considerar que el estado vegetativo sea persistente. Por su parte, el Asesor Civil y Comercial de Sexto Turno se pronunció por el rechazo del recurso de apelación por entender que los agravios eran una mera repetición de los argumentos ya esgrimidos y que el municipio se había limitado a exteriorizar su falta de conformidad con lo resuelto por la Cámara.

Llegado el caso al Tribunal Superior de Justicia, en pleno, resolvió rechazar el recurso impedido al fallar con una mirada integral la cuestión planteada y lograr el reconocimiento de la autonomía personal, la dignidad humana y la protección del derecho de toda persona a no ser sometida a tratamientos o procedimientos terapéuticos no consentidos. Se observa que la tarea jurisdiccional se sustancia en el marco de las directivas o reglas fijadas por el corpus iuris vinculado a la muerte digna, conformado por la Ley Provincial N° 10.058 sobre Declaración de Voluntad Anticipada conocida como de "muerte digna", la Ley Nacional N° 26.529 de Derechos del Paciente en su relación con los profesionales e instituciones de la salud, el Código Civil y Comercial en sus arts. 59 y 60; y a nivel internacional la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el Pacto de San José de Costa Rica, entre otros tantos instrumentos internacionales invocados.

A partir de ello, la sentencia bajo análisis, enfatiza en dos conceptos jurídicos que, en la temática, resultan intangibles: dignidad y autonomía. También, resalta el cambio de paradigma que ha operado en la relación médico- paciente, donde el paciente es soberano para aceptar o rechazar terapias o procedimientos médicos o biológicos que prolonguen su vida. Por ello, el tribunal entiende que, los profesionales médicos si bien pueden formular una objeción de conciencia, no pueden oponerse a la decisión del paciente o de sus representantes, ya que ello atenta contra el derecho a una vida digna. Como medida positiva, la sentencia exhorta al Ministerio de Salud de la Provincia de Córdoba, a implementar un programa de capacitación para los establecimientos y profesionales de la salud sobre cómo armonizar las disposiciones normativas de fondo (CCC y Ley 26.529) con la normativa local (Ley 10.058) con el objetivo de posibilitar a todo paciente el ejercicio de sus derechos relativos a la autonomía y al consentimiento informado que la legislación vigente les garantiza. Desde un enfoque de los derechos humanos, reflexionaremos acerca del derecho humano a la vida y la autonomía personal, el concepto de muerte digna y su regulación en el sistema jurídico argentino. Luego, abordaremos los principales argumentos esgrimidos por el tribunal, y otros aspectos relevantes del fallo, como es el relativo al derecho a la objeción de conciencia de los profesionales de la salud, en el marco de la nueva relación médico- paciente; para finalizar con una conclusión de tipo personal con pretendido aporte integral a la temática debatida.

II. El derecho a una muerte digna en el ordenamiento jurídico argentino

1. Derecho a la vida y el derecho de autonomía personal

Uno de los principales ejes del fallo en estudio es el conflicto existente entre la obligación legal de los médicos de preservar la vida de los pacientes y el derecho constitucional que le asiste a estos de efectuar decisiones personalísimas sobre cómo afrontar el último tramo de su existencia.

En la base de los derechos humanos, íntimamente ligados con la dignidad humana, encontramos al derecho a la vida, que se erige como un derecho de primera categoría, sin el cual los restantes derechos carecen de sentido. Previo a la reforma constitucional de 1994, dicho derecho no se encontraba enumerado expresamente en el texto constitucional. Sin embargo, ello no constituía un obstáculo para que la doctrina y la jurisprudencia lo consideraran un derecho de jerarquía constitucional, comprendidos entre los derechos implícitos del art. 33 CN. El panorama cambió con la reforma constitucional, pues, al incorporar los tratados internacionales de derechos humanos con jerarquía constitucional (art. 75 inc. 22 CN), obtuvo expreso reconocimiento dentro del ordenamiento jurídico argentino², como es el caso de la Declaración Universal de los Derechos Humanos (art. 3); Convención Americana de Derechos Humanos (art. 4.1); Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (art. 11.1) Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 6.1); Convención sobre los Derechos del Niño (art. 6.1) y la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (art. 10).

La Corte Suprema de Justicia de la Nación (en adelante CSJN) en innumerables fallos reitera la fórmula que considera al derecho a la vida como el "primer derecho natural de la persona humana, preexistente a toda legislación positiva que, obviamente, resulta reconocido y garantizado por la Constitución Nacional y las leyes"³. Asimismo, se ha dicho que: "El hombre es eje y centro de todo el sistema jurídico y en tanto fin en sí mismo, más allá de su naturaleza trascendente, su persona es inviolable y constituye valor fundamental con respecto al cual los restantes valores tienen siempre carácter instrumental"⁴.

En cuanto a su contenido, prestigiosa doctrina, entiende que no sólo comprende el derecho de toda persona de no ser privado arbitrariamente de su vida, sino que también, incluye el derecho fundamental a la vida digna o mejor dicho el derecho a vivir dignamente (Morello A y Morello G, 2002: 73).

En ese punto, es donde se presenta la conexión con el principio a la autodeterminación personal. Si una persona tiene el derecho a vivir dignamente, también tiene el derecho a decidir cómo transitar su vida, en especial, el último tramo de su existencia. En ese sentido, el art. 19 de la Constitución Nacional (ampliamente citado en el fallo en estudio), contiene el principio básico de la defensa de la privacidad. al establecer que: "Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios y exenta de la autoridad de los magistrados". El principio de autonomía — también denominado de reserva— aparece como un reclamo al respecto más absoluto por las conductas "autorreferentes", e implica que toda persona mayor de edad pueda escoger libremente el que considere "mejor"

2 CSJN, "Mosqueda, Sergio c. Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionado", 07/11/2006, Fallos 329: 4918, LA LEY 2007-A, 62 (Del voto de los doctores Highton de Nolasco, Maqueda y Zaffaroni).

3 CSJN, "Saguir y Dib, Claudia Graciela", 06/11/1980, Fallos 302:1284, LA LEY 1981-A, 401.

4 CSJN, "Campodónico de Beviacqua, Ana Carina c/ Ministerio de Salud y Acción Social. Secretaría de Programas de Salud y Banco de Drogas Neoplásica", 24/10/2000, Fallos 323:3229, LA LEY 2001-C, 32.

plan de vida para sí misma, aunque el mismo implique un daño personal. Solo el daño a terceras personas opera como límite a la elección del propio plan elegido (Basterra, 2005: 57).

En ese sentido, la CSJN ha señalado que: "En cuanto al marco constitucional de los derechos de la personalidad, puede decirse que la jurisprudencia y la doctrina lo relacionan con la intimidad, la conciencia, el derecho a estar a solas, el derecho a disponer de su propio cuerpo. En rigor, (...) el art. 19 de la CN (...) concede a todos los hombres una prerrogativa según la cual pueden disponer de sus actos, de su obrar, de su propio cuerpo, de sus propias vidas, de cuanto les es propio. Ha ordenado la convivencia humana sobre la base de atribuir al individuo una esfera de señorío sujeta a su voluntad; y esa facultad de obrar válidamente libre de impedimentos conlleva la de reaccionar u oponerse a todo propósito, posibilidad o tentativa por enervar los límites de esa prerrogativa (...)".⁵ En definitiva, el art. 19 de nuestra Carta Magna reconoce y protege un ámbito cerrado a la intervención o interferencia del Estado y de terceros, al que sólo se puede acceder si lo abre voluntariamente la persona involucrada (Gelli, 2001: 167).

A mayor abundamiento, el Tribunal Superior de Justicia en el presente fallo, destacó la importancia que adquieren los conceptos jurídicos de dignidad y autonomía personal. Con relación al primero sostuvo que constituye un "valor fundacional o central, en la medida en que refiere a esa calidad moral común de todas las personas, sin distinciones, que, precisamente por ello, las convierte — nos convierte— en iguales en derechos y estos, a su vez, se postulan como inalienables"⁶. Desde esta perspectiva, señaló que la dignidad tiene proyecciones sobre los aspectos más íntimos de una persona por lo que puede abarcar las determinaciones acerca de la muerte, y es justamente esa dimensión subjetiva la que impide precisar de manera genérica qué implica morir dignamente para todos los pacientes.⁷ En esa senda, concluye que la dignidad del paciente debe ser el objetivo central e insoslayable del cuidado sanitario. En lo relacionado a la autonomía personal, puntualizó que se vincula con la posibilidad de autodeterminarse sin intromisiones externas. Específicamente señaló que comprende "...la esfera o ámbito que hace a aquello que es propio, porque es lo más íntimo o porque conlleva acciones de moral privada (autorreferentes), que, por ende, quedan exentas de cualquier control o fiscalización estatal en la medida en que no ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero"⁸. Como correlato de lo expuesto, detalló que una directiva anticipada de voluntad "...es la expresión por antonomasia de una manifestación de autodeterminación. Esta, a su vez, proyecta lo que cada cual entiende, de forma irreductiblemente personalísima, que es el límite del sufrimiento, que no puede reducirse necesariamente al dolor físico; o, en su defecto, del tipo y complejidad de las intervenciones que podría tolerar en el propio cuerpo o de lo que pudiera hacer mella en la percepción o consideración de sí (ante de los demás) frente a un estado de postración indefinido"⁹.

2. Concepto de muerte digna. Declaración de voluntad anticipada. Recepción normativa

La muerte digna es la muerte que, deseada por una persona, se produce asistida de

5 CSJN, "Bahamondez, Marcelo s/ medida cautelar", 06/04/1993, Fallos 316:479, consid. 13 del voto de los ministros Fayt y Barra.

6 Consid. I a) pag. 9.

7 Ibidem, pág. 10.

8 Ibidem, pag. 12.

9 Ibidem, pag. 13.

todos los alivios y cuidados paliativos médicos adecuados, así como con todos los consuelos humanos posibles. En otras palabras; una muerte digna es el hecho y el derecho a finalizar la vida voluntariamente sin sufrimiento, propio o ajeno, cuando la ciencia médica nada puede hacer para la curación de una enfermedad mortal (Macía Gomez, 2008: 2).

Con mayor precisión aún, prestigiosa doctrina la define como el control y el alivio del dolor y del sufrimiento, el acompañamiento afectivo y espiritual, el respeto por la autonomía y la adecuación del esfuerzo terapéutico a las necesidades de cada persona (Maglio *et al*, 2016: 73).

La forma de materializar el derecho a morir dignamente, es a través de la emisión de una directiva o voluntad anticipada que constituye la máxima expresión del derecho de autodeterminación en lo que, respecto al cuerpo de una persona, en tanto, puede decidir no someterse a tratamientos o procedimientos médicos de encarnizamiento terapéutico que solo sirvan para prolongar artificialmente la agonía o impliquen la supervivencia artificial.

La declaración de voluntad anticipada (en adelante DVA), puede ser definida como un documento voluntario que contiene instrucciones que realiza una persona en pleno uso de sus facultades mentales, con la finalidad de que aquellas produzcan efectos cuando el otorgante no pueda expresar su voluntad debido a una incapacidad sobreviniente u otras consecuencias similares (Herrera, 2009:2). En otras palabras, se trata de una manifestación escrita, datada y fehaciente de una persona capaz que, actuando libre y voluntariamente, expresa las instrucciones que deben respetarse en la atención médica y el cuidado de su salud¹⁰, que contiene una declaración de voluntad unilateral con carácter vinculante, para los terceros, incluso familiares, médicos y jueces.

El legislador argentino sancionó la Ley nro. 26.529 (2009), conocida como "*Derechos del Paciente en su Relación con los Profesionales e Instituciones de la Salud*", en la cual reconoció dentro de los derechos de los pacientes, a la autonomía de la voluntad al disponer que: "tiene derecho a aceptar o rechazar determinadas terapias o procedimientos médicos o biológicos, con o sin expresión de causa, como así también a revocar posteriormente su manifestación de la voluntad". Agregando, en lo que aquí nos interesa, "En el marco de esa potestad, el paciente que presente una enfermedad irreversible, incurable o se encuentre en estadio terminal, o haya sufrido lesiones que lo coloquen en igual situación, informado en forma fehaciente, tiene el derecho a manifestar su voluntad en cuanto al rechazo de procedimientos quirúrgicos, de reanimación artificial o al retiro de medidas de soporte vital cuando sean extraordinarias o desproporcionadas en relación con la perspectiva de mejoría, o produzcan un sufrimiento desmesurado. También podrá rechazar procedimientos de hidratación o alimentación cuando los mismos produzcan como único efecto la prolongación en el tiempo de ese estadio terminal irreversible o incurable" (art. 5 inc. g).¹¹

De manera prácticamente similar, el Código Civil y Comercial, en el capítulo sobre los "Derechos y actos personalísimos" (arts. 51/61), referido a consentimiento informado prescribe que "en caso de padecer una enfermedad irreversible, incurable, o cuando se encuentre en estado terminal, o haya sufrido lesiones que lo coloquen en igual situación,

10 Art. 5 inc. c Ley nro. 10.058.

11 Modificación introducida por Ley nro. 26.742 (2012) también conocida como "Ley de muerte digna".

el derecho a rechazar procedimientos quirúrgicos, de hidratación, alimentación, de reanimación artificial o al retiro de medidas de soporte vital, cuando sean extraordinarios o desproporcionados en relación a las perspectivas de mejoría, o produzcan sufrimiento desmesurado, o tengan por único efecto la prolongación en el tiempo de ese estadio terminal irreversible e incurable " (art. 59 inc. g CCyC). Asimismo, establece que: "si la persona se encuentra absolutamente imposibilitada para expresar su voluntad al tiempo de la atención médica y no la ha expresado anticipadamente, el consentimiento puede ser otorgado por el representante legal, el apoyo, el cónyuge, el conviviente, el pariente o el allegado que acompañe al paciente, siempre que medie situación de emergencia con riesgo cierto e inminente de un mal grave para su vida o su salud. (art. 59 in fine CCyC).

A su vez, el art. 11 de la ley nro. 26.529 reglamenta la posibilidad de toda persona capaz mayor de edad de emitir 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, que se considerarán inexistentes.

Por su parte, el art. 60 del Cód. Civ. y Com. hace referencia también a esta facultad prácticamente en términos análogos al establecer 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 eutanásicas se tienen por no escritas."

A nivel provincial, la Provincia de Córdoba cuenta con la Ley nro. 10.058 denominada "*Declaración de Voluntad Anticipada de muerte digna*", sancionada en el año 2012 y modificada por Ley nro. 10.421 que regula el derecho personalísimo, que tiene toda persona- con plena capacidad de obrar- a decidir anticipadamente su voluntad respecto a la negativa a someterse a medios, tratamientos o procedimiento médicos de encarnizamiento terapéutico que pretendan prolongar de manera indigna su vida (art. 1). Esto, para anticiparse a la hipótesis de que perdiera dicha atribución (natural o clínicamente) y no pudieran "consentir o expresar su voluntad" (art. 6). Dicha voluntad anticipada, debe ser manifestada en un formulario confeccionado a tal efecto, y puede ser revocada por el signatario, en cualquier momento, siempre y cuando conserve su capacidad y actúe libremente (art. 19). Asimismo, el art. 24 establece que cuando el paciente no hubiera formalizado su Declaración de Voluntad Anticipada (DVA) o prestado el consentimiento informado y hubiere perdido la capacidad de obrar o el pleno uso de sus facultades mentales, las personas enumeradas en el artículo 21 de la Ley Nacional N° 24.193 -en el orden de prelación allí determinado-, podrán ejercer el derecho que establece la presente Ley o la normativa supletoria. Asimismo, en el art. 5 se define al estado vegetativo permanente como "el estado de vigilia sin conciencia de una persona que le impide cualquier tipo de expresión de voluntad, que se prolonga por más de tres meses después de una lesión no traumática y por más de doce meses si la lesión es traumática".

III. Análisis de los principales argumentos del tribunal

Para resolver a favor del retiro de las medidas de soporte vital que mantenían artificialmente la vida del paciente, el máximo tribunal provincial tuvo en cuenta las siguientes circunstancias.

1. Distribución de competencias. Prevalencia del Código Civil y Comercial. Interpretación integradora de la ley 10.058

Como primer punto, el tribunal remarca que, en un estado federal, las provincias carecen de atribuciones para regular con exclusividad, o en un sentido diferente al que lo hiciera el Código Civil y Comercial, sobre una materia como los derechos personalísimos, que necesariamente debe incluir la posibilidad de negarse a ciertas prácticas médicas ante una situación clínica terminal o equiparable a tal.

En ese sentido, afirma que la Ley Provincial nro. 10.058 (sancionada con anterioridad a la vigencia del Código Civil y Comercial) que regula la materia, en tanto es una competencia en la que pueden concurrir las provincias y la Nación (art. 75 inc. 12 CN y art. 59 CP), no puede ser interpretada aisladamente sino siempre en conexión con las disposiciones constitucionales o de derecho de fondo (sustantivas), que, por su jerarquía normativa superior, la condicionan, como es el propio Código Civil y Comercial (art. 59 y 60) o la Ley nro. 26.529 (Derechos del Paciente en su relación con los profesionales e instituciones de la salud).

2. Declaración de voluntad anticipada. Exclusión de autorización judicial previa

El Tribunal afirma que la muerte no es un hecho aislado, sino también un fenómeno eminentemente social, que además es una fuente de angustia existencial para amigos y allegados. Es por ello que destaca la importancia de que este delicado proceso sea transitado en paz, sin dolores añadidos ni cargas morales extras que sean fruto de trámites burocráticos o incidencias judiciales que se vieran forzadas a concretar para hacer valer una voluntad anticipada. En virtud de ello, afirma que el Código Civil y Comercial, no supedita la operatividad de la declaración de voluntad anticipada a una autorización judicial previa y tampoco el consentimiento que el paciente hubiera prestado para que suspendan las medidas de soporte vital.

3. Consentimiento por representación. Orden de prelación

Sobre este punto, el tribunal afirma que, aun cuando uno de los familiares de un paciente no se expida respecto de la quita del soporte vital, no afectaría la legitimidad de lo solicitado por quienes actúen como representantes legales de aquel. En efecto, recuerda que la Ley nro. 26.529 (art. 6) y Ley nro. 10.058 (art. 24) establecían que, para el caso en que el interesado se encontrara imposibilitado de manifestarse por sí mismo o no hubiera formalizado una declaración de voluntad anticipada, el consentimiento podría ser otorgado por las personas mencionadas en la ley nro. 24.193. Sin embargo, remarca que, como consecuencia de la sanción de la Ley nro. 27.447, el orden en materia de consentimiento por representación, es el que emerge del Código Civil y Comercial: "el representante legal, el apoyo, el cónyuge, el conviviente, el pariente o el allegado que acompañe al paciente" (art. 59, último párrafo).

4. Proscripción del encarnizamiento terapéutico. Reconocimiento de la declaración de voluntad anticipada. Respeto de la autonomía del paciente. Cambio de paradigma en la relación médico-paciente

Otra de las razones que invoca el tribunal, es la importancia de comprender que el paciente mantiene el sentido de la incolumnidad moral de su persona, así como el dominio o control de su propia vida, si se le posibilita que se manifieste por sí mismo, o por medio de las personas legalmente habilitadas para hacerlo (en la hipótesis del consentimiento por representación, cfr. Art 24 Ley provincial nro. 10.058 y el art. 5 del decreto regla-

mentario nro. 1089/2012 de la ley 26.529). En esa senda afirma que lo relevante es que, cuando concurren ciertas circunstancias clínicas, a través de una declaración de voluntad anticipada, el paciente disponga de lo más trascendente y personal: la posibilidad de determinar la forma que ha de tener el desenlace de su vida, y así requerir, que, su existencia no se prolongue mediante sistemas o técnicas artificiales extraordinarias cuando la situación sea irreversible (Ley nro. 10.058 art. 17).

Es por ello que afirma que, no es atribución del equipo médico discernir sobre la “entidad” de aquello que define las instrucciones brindadas por el paciente a través del “contenido de la declaración de voluntad anticipada” (decreto reglamentario 1276/2014, del art. 7 de la ley 10.058). Por lo contrario, los profesionales deben limitarse a “atender la condición sanitaria del enfermo” y, en forma obligatoria, “hacer cesar o evitar generar aquellas que impongan encarnizamiento terapéutico”. Es decir que, una vez que el paciente o sus representantes se han manifestado, los profesionales no pueden insistir con los tratamientos que aquellos hubieran rechazado. Por ello, el art. 7 de la ley 10.058 postula que “las instrucciones” que comporta la declaración de voluntad anticipada tienen carácter imperativo: ordenan al médico o institución de servicio de salud”. Es decir, no hay margen para que estos se opongan, sopesen, cuestionen o impugnen (por vía administrativa o judicial) dicha disposición, por expresar una determinación de moral privada, personalísimas, autorreferente, que no es susceptible de interferencias externas.

En definitiva, con relación a este argumento, el tribunal remarca el cambio de paradigma que ha operado en la relación médico- paciente, el cual determina que la aplicación de medios extraordinarios (de manera de prolongar artificialmente la vida al damnificado) ya no está reservada, en primer lugar, al “sano juicio del médico”, sino que ha sido reformulada y ahora, tal atribución, queda reservada a la voluntad del paciente. Dicho paradigma fue receptado por el Código Civil y Comercial (arts. 59 y 60 CCyC).

5. Inexigibilidad de la prolongación temporal del estado vegetativo. Interpretación constitucional

Sobre este punto, el tribunal remarca que el Código Civil y Comercial legisla sobre la posibilidad que tiene toda persona de emitir “directivas médicas anticipadas” (art. 60). Pero, destaca que, ni en esta hipótesis, ni en aquella que mediara el consentimiento informado del propio paciente o el de sus familiares o allegados, está contemplado el plazo de 12 meses fijado por la Ley provincial nro. 10.058.¹² En efecto, afirma que, en tanto atribución reconocida al paciente, en ningún caso, el CCyC supedita la restricción de las medidas de soporte vital (como la hidratación o la alimentación de forma artificial) a que el estado clínico terminal o equiparable del paciente (enfermedad irreversible o incurable), forzosamente, haya cumplido o transitado por un determinado lapso fatal. Es por ello que remarca que si a una persona en Córdoba se le pretendiera exigir el cumplimiento de un término estricto, no tabulado por la legislación de fondo (art. 59 inc. g y 60 CCyC), sólo se agravaría su situación de vulnerabilidad y se lo colocaría en una peor situación y desigual en términos de derechos constitucionales respecto de otra persona que viviera en otra provincia y que, en las mismas circunstancias clínicas, no estaría sujeta a la misma restricción. Por esta vía, afirma que se produciría la mortificación del paciente, que precisamente resulta contraria a la finalidad perseguida por la Ley nro. 10.058.

¹² Art. 5 inc. 7 Ley nro. 10.058 (...) “Estado Vegetativo Permanente: estado de vigilia sin conciencia de una persona que le impide cualquier tipo de expresión de voluntad, que se prolonga por más de tres meses después de una lesión no traumática y por más de doce meses si la lesión es traumática”.

Por último, concluye que una lectura adecuada de las fuentes normativas, con pleno respeto a su debida jerarquía, obliga a concluir que el plazo de 12 meses exigido por la ley provincial (art. 5 inc. e) en su carácter estrictamente definicional, solo puede ser tomado como un parámetro de referencia a la hora de sopesar el estado clínico, pero en ningún momento puede ser exigido como una condición imprescindible para el ejercicio del derecho sustantivo que legislan la propia Ley nro. 10.058 y, sobre todo, el Código Civil y Comercial (arts. 59 y 60). De lo contrario afirma que habría que declarar su inaplicabilidad o, peor, su inconstitucionalidad por exceso de competencias respecto de una cuestión (derechos personalísimos) en la que no se pueden desarticular las vigas maestras (montadas por del CCyC), porque en ello descansa el principio de lealtad federal o buena fe federal.

Bajo estos argumentos, y como forma de resumir el pensamiento del máximo tribunal se afirma que: "Si el afectado -por sí o por sus representantes- manifiesta que no quiere ser sometido a ciertos procedimientos o prácticas que solo le prolongarían artificialmente la vida, tal instrucción tiene que cumplirse. Por ende, los profesionales deben retirar el soporte vital (alimentación o hidratación) y adecuar (disminuir) el esfuerzo terapéutico. De esto se infiere que los médicos tampoco pueden reactivar los esfuerzos si no mediara la autorización en ese sentido del propio afectado; por ejemplo, a través de la revocación de la DVA (CCC, art. 60, y Ley n.º 10058, art. 19), porque siempre -en todos los supuestos- debe prevalecer su voluntad (Ley n.º 10058, art. 8)". "Asimismo, lo que implicara dicha orden -su entidad o significación- no es algo sobre lo que aquellos puedan "discernir", porque ya no es atribución de ellos, en la medida en que el interesado sigue configurando su dignidad -y las consecuencias de una decisión autorreferente-, como cualidad inescindible de su estatus de persona moral".

IV. Otro aspecto relevante del fallo

En la resolución, se incluye el tema de la objeción de conciencia, que, por su importancia, merece aquí un desarrollo particularizado.

Sobre este tema, el máximo tribunal, remarca que la declaración de voluntad anticipada, por ser un derecho personalísimo, no está a disposición de los profesionales de la salud. Es decir, una vez efectuada y formalizada la DVA no son relevantes las propias creencias, puntos de vistas y cosmovisiones (filosóficas y religiosas) que aquellos mismos legítimamente pudieran tener sobre la trascendencia de la muerte y sobre cómo se debería transitar dicho evento; o bien, sobre la amplitud o sobre las diferentes concepciones en torno al derecho a la vida. Por ello, subraya que, la reglamentación del art. 3 de la ley nro. 10.058 es contundente al decir "los establecimientos sanitarios y los profesionales de la salud deberán respetar la DVA del paciente".

Ahora bien, en relación a la objeción de conciencia médica para el cumplimiento de las directivas médicas anticipadas, el tribunal provincial contempla que la plataforma normativa aplicable (decreto reglamentario nro. 1276/2014) prevé un margen de maniobra para que el profesional que tuviera reparos personales rechace la realización de la práctica que se requiere. A tales efectos, se dispone que, si el médico tratante efectuará una objeción de conciencia para el cumplimiento de las directivas de voluntad anticipadas, el establecimiento de salud deberá suministrar inmediatamente la sustitución del profesional. Expresado ese punto, el Tribunal resalta que la plausibilidad de que los profesionales de la salud formulen una objeción de conciencia encuentra sustento legal también en el presupuesto de la autonomía, en tanto no se puede legalmente imponer una obligación,

sea de hacer o de omisión, a quien para cumplirla debiera renunciar a sus propias preferencias, elecciones autorreferentes o cosmovisión (moral, filosófica, religiosa, etcétera).

Por ello, exhorta a los médicos y demás profesionales de la salud a que exterioricen y formalicen sus reparos ante las autoridades de la institución, de forma genérica, de antemano o en la primera ocasión en que tuvieran para hacerlo. Esto, para que, si un paciente requiere el derecho del que se viene hablando, el hospital o establecimiento de salud suministre o provea, de inmediato, las sustituciones profesionales correspondientes (reglamentación del art. 3), a fin de que se efectivice el derecho que la Ley n° 10.058 garantiza prioritariamente.

Enfatiza que esta es la forma en que pueden conciliarse- y quedar garantizados- las esferas autónomas de ambos actores: paciente y médico.

Por último, exhorta al Ministerio de Salud de Córdoba, como autoridad de aplicación de la ley provincial nro. 10.058 para que implemente un programa de capacitación para los establecimientos y profesionales de la salud, bajo su órbita, con el objetivo de articular los mecanismos que posibilite que los profesionales que consideran que sus propias creencias o cosmovisiones personales se encuentren en tensión, puedan formalizar la correspondiente objeción de conciencia.

V. Conclusiones

En definitiva, la respuesta a lo solicitado por los familiares de J.C.S se logró a través de la interpretación del art. 19 de la Constitución Nacional, al reconocer la preeminencia del principio de autonomía personal, cuya columna vertebral es el más absoluto respeto a las conductas autorreferentes, en particular sobre la decisión de determinar cómo transcurrir la fase final de la vida. En virtud de ello, el nuevo paradigma vigente en materia de salud- receptado por el Código Civil y Comercial-, supone que la decisión sobre someterse o no a ciertos procedimientos o prácticas que solo prolonguen artificialmente la vida, en caso de enfermedades irreversibles y terminales, compete exclusivamente al paciente, imponiendo la correlativa obligación a los profesionales médicos de respetar la elección, no pudiendo oponerse a lo decidido.

Como consecuencia de ello, la vía que pueden esgrimir quienes solicitan la supresión del soporte vital para pacientes en situaciones irreversibles y en estado vegetativo permanente es la de hacer visible la voluntad del paciente en ese estado respecto de la supresión de toda medida médica tendiente a prolongar artificialmente la vida, sobre la base del art. 19 CN, de los arts. 59 y 60 del Código Civil y Comercial de la Nación y de la ley provincial nro. 10.058.

A modo de reflexión final, consideramos que se torna indispensable insistir en la necesidad de un programa de capacitación para los establecimientos y profesionales de la salud, para que estos casos, no necesiten ser judicializados, y frente al consentimiento brindado por los familiares legitimados, se proceda al retiro inmediato de las medidas de soporte vital, con la finalidad de evitar por un lado, un encarnizamiento terapéutico para el paciente y, por el otro, prolongar injustificadamente el sufrimiento y el dolor de su familia.

Referencias Bibliográficas

- Basterra, M. I. (2005). Derechos humanos y justicia constitucional: intimidad y autonomía personal. En G. J. Bidart Campos & G. Risso (Coords.), *Los Derechos Humanos del Siglo XXI. La revolución inconclusa* (pp. 57-95). Ediar.
- Berra, E. I. (2024). El derecho a morir dignamente desde una perspectiva constitucional. *RDF*, 2024(II), 192. AR/DOC/258/2024
- Chechile, A. M., & Lopes, C. (2022). Morir dignamente según las propias convicciones. Eutanasia y suicidio asistido. El derecho a elegir cuándo morir. *La Ley*, 2022-F, 272. AR/DOC/3317/2022
- Gelli, M. A. (2001). *Constitución de la Nación Argentina Comentada y Concordada*. La Ley.
- Herrera, M. M. L. (2009). La intervención notarial en la protección del adulto, con especial hincapié en la protección internacional de la persona mayor de edad. *ED*, 231, 728.
- Lombardi, M. E. (2023). Consideraciones sobre la muerte digna y los debates acerca de la regulación de la eutanasia. *RDF*, 109, 105. AR/DOC/618/2023
- Macía Gomez, R. (2008). El concepto legal de muerte digna. <https://derechoamorrir.org/wp-content/uploads/2018/09/2008-concepto-legal-muerte-digna.pdf>
- Maglio, I., Wierzba, S. M., Belli, L., & Somers, M. E. (2016). El derecho en los finales de la vida y el concepto de muerte digna. *Revista Americana de Medicina Respiratoria*, 16(1).
- Mollar, E. B. (2023). Muerte digna. Reflexiones bioéticas. *JACBA*, 2023(diciembre), 1. AR/DOC/2929/2023
- Morello, A. M., & Morello, G. C. (2002). *Los derechos fundamentales a la vida digna y a la salud*. Librería Editora Platense.
- Palacio de Caeiro, S. (Dir.), & Caeiro Palacio, M. V. (Coord.). (2015). *Tratados de derechos humanos y su influencia en el derecho argentino (Tomo I)*. La Ley.

Muerte digna en la ciudad de Córdoba

Death with dignity in the city of Córdoba

Guillermina F. Riberi¹

DOI: [https://doi.org/10.37767/2591-3476\(2024\)29](https://doi.org/10.37767/2591-3476(2024)29)

Comentario a

“ S.O.R.M y otros c/ Municipalidad de Córdoba- Amparo Ley 4915”

Sentencia n.º 115, del 2 de noviembre de 2023

Tribunal Superior de Justicia de Córdoba

Acceso al Fallo

RESUMEN:

El ciudadano JCS se encontraba en estado vegetativo persistente y con muerte cerebral. Luego del transcurso de tres meses, una hija, una hermana y la concubina interponen acción de amparo solicitando el retiro del soporte vital, dado que los médicos del Hospital de Urgencias de la Municipalidad de Córdoba se habían negado por considerar que no había pasado el plazo necesario para considerar como permanente el estado vegetativo. El plazo que los médicos invocaban es de doce meses y surge del art. 5 inc. e de la ley provincial n.º 10.058.

ABSTRACT

Citizen JS was in a persistent vegetative state, with cerebral death. After three months, one of his daughters, his sister and his concubine filed an “Amparo” action requesting that life support was withdrawn. This was requested since doctors from the Urgency Hospital of Córdoba, had denied to do so before; because they considered it hadn’t passed the necessary period of time in order to consider JCS’s vegetative state a permanent one. The invoked period (of twelve months) arises from article 5 subsection “e” of Córdoba’s law n.º 10.058.

PALABRAS CLAVE: Muerte digna; autonomía; eutanasia.

KEY WORDS: Dignified death; autonomy; euthanasia.

¹ Abogada (UNC), Maestranda en Derecho y Argumentación (UNC), adscripta en Ética y Derecho Penal I (UNC). Mail: guillerminariberi@gmail.com
ORCID ID: <https://orcid.org/my-orcid?orcid=0009-0002-4129-0000&justRegistered=true>

I. Introducción

1. Los hechos

El caso llega a la Sala de Competencia Originaria del Tribunal Superior de Justicia de esta provincia con motivo del recurso de apelación interpuesto por los apoderados de la municipalidad, en contra de la sentencia n° 72 dictada por la Cámara en lo Contencioso-Administrativo de Segunda Nominación de la ciudad de Córdoba.

La Cámara se pronunció con motivo de una acción de amparo interpuesta por una hija, una hermana y la concubina del paciente JCS el veintinueve de junio de dos mil veintitrés. El motivo de dicha acción era demandar el retiro del soporte vital proporcionado a JCS, y el fundamento que se encontraba en estado vegetativo persistente y con muerte de su corteza cerebral.

Los hechos, brevemente, fueron los siguientes: el trece de marzo de dos mil veintitrés JCS fue internado en el Hospital de Urgencias de la Municipalidad de Córdoba por traumatismo de cráneo en virtud de un caso de violencia ciudadana.

Luego de una entrevista con el Comité de Bioética Hospitalario, los familiares del ciudadano precitado firmaron un consentimiento que autorizaba a retirar la hidratación y alimentación del paciente (alegaron que de este modo se cumplía la voluntad de C, quien había expresado que así debían proceder en caso de él hallarse en alguna situación invalidante). En consecuencia, el diez de junio de dos mil veintitrés el equipo de salud del Hospital de Urgencias municipal retiró el soporte vital.

No obstante, cuatro días después (el catorce de junio de dos mil veintitrés), los profesionales médicos restituyeron la alimentación e hidratación por considerar que no se había cumplido el plazo necesario para que ese estado vegetativo sea considerado permanente. El plazo invocado surge del art. 5 inc. e de la ley provincial n° 10.058 (se trata de una cláusula en el capítulo de definiciones de la ley, que establece como el lapso de doce meses como término mínimo para que el estado vegetativo sea considerado permanente, cuando la causa fueran lesiones traumáticas).

La Cámara resolvió, por mayoría, declarar ilegítima y arbitraria la negativa del Hospital de Urgencias a retirar las medidas de soporte vital. Contra dicha resolución, como anticipé arriba, los apoderados del Municipio presentaron recurso de apelación, lo cual motivó el fallo del Tribunal Superior de Justicia que origina el presente comentario.

2. Recurso de los apoderados del Municipio cordobés:

Los apoderados del municipio aseveraron que la Cámara arribó a un resultado erróneo contrario al derecho aplicable, puesto que el paciente no presentaba un cuadro de irreversibilidad médico-legal, y sostenían que podía existir a futuro una evolución favorable.

Específicamente, esgrimieron que el art. 5 inc. e de la ley provincial n.° 10.058 establece un plazo de 12 meses para que pueda hablarse de irreversibilidad; y que ante la duda respecto de la evolución de JCS correspondía optar por la vida del paciente y no frustrar las posibilidades de mejoría y/o recuperación.

3. Fallo del TSJ:

A. Dignidad y autonomía: El Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de Córdoba decidió por unanimidad no hacer lugar al recurso de apelación, confirmó en su totalidad la sentencia de la Cámara y ordenó el retiro inmediato de las medidas de soporte vital del paciente JCS.

La decisión del Máximo Tribunal se asienta en dos pilares: dignidad y autonomía.

En cuanto a la dignidad, el máximo tribunal provincial resaltó que en virtud de la dimensión subjetiva y personalísima que posee, no se puede establecer de antemano qué implica morir dignamente para todos los pacientes. En este sentido, señaló que a cada persona, de forma irreductible, le asiste el derecho de configurar cómo quiere vivir -y con qué sentido-, inclusive, sus últimos días u horas.

Con respecto a la autonomía, los vocales establecieron que remite a la posibilidad de autodeterminarse sin injerencias externas, en la esfera que hace a aquello que es propio, porque es lo más íntimo, o porque conlleva acciones de moral privada (autorreferentes). Se trata de un "coto vedado personal, que es intransferible, invulnerable, infranqueable e indisponible sin el consentimiento del titular" (TSJ, en pleno, Secretaría Electoral y de Competencia Originaria (SECO), Sentencia n° 24 (18/12/2018), "Portal de Belén"). Resaltaron también que la declaración anticipada de voluntad es la expresión por antonomasia de la autodeterminación.

Los vocales señalaron que cuando ambas dimensiones son respetadas el paciente mantiene la incolumidad moral de su persona, y el control de su propia vida (sea que manifieste por sí mismo o por medio de las personas legalmente habilitadas para hacerlo). A su vez, aseveraron que la decisión respecto de cómo transitar el desenlace de lo irremediable se encuentra en la zona de reserva constitucional, vedada a los demás (art. 19 CN).

Por otra parte, resaltaron que ha habido un giro copernicano en la relación médico-paciente, cuando este se encuentra en una situación clínicamente irremediable. Antes, la prolongación de la vida por medios extraordinarios dependía del "sano juicio del médico y de la voluntad del paciente o de sus familiares en caso de impedimento de éste" (art. 5 inc. b de la ley n.º 6222); mientras que ahora, debido a una reforma introducida por la ley n.º 10.421 la aplicación de medios extraordinarios está reservada a la voluntad del paciente (art. 5 inc. B de la ley n.º 6222).

B. Aplicabilidad del plazo establecido por el art. 5 inc. g de la ley n.º 10.058

Concretamente, con respecto a la invocación del plazo de doce meses para determinar la irreversibilidad del estado vegetativo (requisito establecido por la ley provincial n.º 10.058), el TSJ fue concluyente en cuanto a que el Código Civil y Comercial legisla la cuestión, por tratarse de un derecho personalísimo; y que la ley provincial no puede añadirle requisitos a la declaración de voluntad anticipada que la pongan en colisión con el CCC.

Específicamente, el tribunal dijo que "Córdoba no podría agregar condiciones no previstas por el CCC; mucho menos, si ellas restringieran o agravaran el ejercicio del derecho personalísimo consagrado por aquel o por las normas nacionales que lo complementan"

Advirtió que no pueden tener lugar las interpretaciones que pretendieran aislar o darle preeminencia a la ley provincial, y resaltó que en el marco de un país federal, las provincias carecen de atribuciones para regular con exclusividad o en sentido diferente a lo que hiciera el CCC en materia de derechos personalísimos.

Los vocales expresaron que si se exigiera dicho lapso “sólo se agravaría su situación de vulnerabilidad y se lo colocaría en una peor situación -y desigual en término de derechos constitucionales- respecto de una persona que viviera en otra provincia y que, en las mismas circunstancias clínicas, no estaría sujeta a la misma restricción”.

C. Posibilidad de mejora a futuro

Como bien señalé antes, los médicos del hospital interviniente alegaron que podía existir a futuro una evolución favorable “de acuerdo a la propia experiencia de casos similares atendidos en el Hospital de Urgencias y de acuerdo al avance de la ciencia médica actual”. En este aspecto, los vocales recalcaron que las medidas extraordinarias no se pueden mantener por la mera conjetura de una posible evolución favorable del paciente, ello “por las implicancias que tendría –sobre todo morales- el prolongar artificialmente la vida de una persona en función de una probabilidad estadística.”

Al mismo tiempo, en este punto, tuvieron en cuenta el informe del Comité Consultivo y Operativo en Prácticas Médicas y Sanitarias en Bioética del Poder Judicial (COPRA-MESAB), el cual se expidió a pedido de la Cámara y estableció que el paciente no había experimentado “cambios significativos en su estado neurológico.”

Finalmente, el tribunal resolvió confirmar en su totalidad la sentencia de la Cámara y que se proceda, en consecuencia, al retiro de las medidas de soporte vital de inmediato. Al mismo tiempo, exhortó al Ministerio de Salud de la Provincia (en su carácter de autoridad de aplicación de la ley n° 10.058) a que implemente un programa de capacitación “con el fin de garantizar el pleno respeto a la autonomía y a la dignidad” de los pacientes que, en el marco de la legislación vigente “rechazarán ciertos procedimientos por considerarlos que solo prolongan su vida de forma artificial.”

II. Comentario al fallo

Considero acertada la decisión del Tribunal Superior de Justicia en tanto reivindica el principio de autonomía. A continuación, realizaré algunas consideraciones que estimo pertinentes sobre autonomía y principio del daño. Posteriormente, elaboraré respecto a estos dos conceptos con relación al caso bajo análisis.

1. Autonomía y principio del daño:

El principio de autonomía, que ha sido dirimente en la resolución bajo análisis, es uno de los pilares de nuestra Constitución Nacional. Se entiende que surge del art. 19 de nuestra Carta Magna (“Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados. Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe.”)

Este principio implica que existen ciertas áreas en las cuales la justicia y la política no pueden intervenir. Por lo tanto, existen determinadas decisiones que le competen a cada individuo, y en las cuales tanto los terceros como el Estado deben abstenerse de incidir.

Entraña “la libertad de elegir –según lo sostuvo la Corte Suprema de Justicia de la Nación– el propio plan de vida, no sólo frente al Estado, sino también ante las preferencias y pese a las reacciones de terceros” (Gelli, 2004: 184).

Nino ha dicho que “Este principio tiene, en realidad, dos aspectos diferentes. El primero consiste en valorar positivamente la autonomía de los individuos en la elección y materialización de planes de vida, o en la adopción de ideales de excelencia que forman parte de la moral autorreferente y que están presupuestos por aquellos planes de vida. El segundo aspecto, consiste en vedar al Estado, y en definitiva a otros individuos, interferir en el ejercicio de esa autonomía” (Nino, 1984: 229). El mismo autor sostuvo que este principio prescribe que por ser valiosa la libre elección individual de los planes de vida y la adopción de ideales de excelencia humana, el Estado se debe limitar a diseñar instituciones que faciliten la persecución individual de esos planes de vida y la satisfacción de los ideales de virtud que cada uno sustente (Nino, 1984: 204, 205).

El principio de autonomía presupone una distinción entre dos dimensiones de la moral: una moral personal o “autorreferente”, y una moral “intersubjetiva”. La primera prohíbe ciertas acciones y planes de vida por los efectos que tienen en el carácter moral del propio agente, según ciertos modelos de virtud. Mientras que la segunda prohíbe ciertas acciones por sus efectos respecto del bienestar de otros individuos distintos del agente. El principio de autonomía se apoya en esta distinción, puesto que estipula “que sólo en lo que hace a su desviación de la moral interpersonal y no por su posible desviación de la moral autorreferente una acción puede ser interferida por el Estado o por otros individuos” (Nino, 1984: 229).

El Estado, entonces, debe ser neutral con respecto a los planes de vida e ideales de excelencia personal autorreferentes que sostengan los individuos sometidos a su autoridad. Al mismo tiempo, debe poder justificar moralmente su accionar ante sus ciudadanos. Si desea respetar la neutralidad respecto de los planes de vida de los individuos, entonces, la justificación moral del accionar estatal sólo puede ser llevada a cabo apelando a principios morales intersubjetivos (aquellos que evalúan las acciones en virtud de sus efectos en el bienestar de terceros).

A su vez, el principio de autonomía se encuentra íntimamente ligado con el principio del daño (que deriva a su vez del principio de neutralidad estatal). El principio del daño implica que el Estado únicamente puede intervenir ante una acción si entraña un daño para terceros.

Este principio fue ideado por John Stuart Mill en su famosa obra “Sobre la libertad”, en la cual expuso lo siguiente: “el único fin por el que los hombres están legitimados, individual o colectivamente, a interferir en la libertad de acción de cualquiera de ellos, es la protección de sí mismos. Esto es, que el único propósito por el que puede ser ejercido legítimamente el poder sobre un miembro de una comunidad civilizada, en contra de su voluntad, es para prevenir del daño a otros. Su propio bien, ya sea físico o moral, no es una justificación suficiente. No puede ser obligado legítimamente a hacer algo o abstenerse de hacerlo por el hecho de que eso sería mejor para él, porque le haría más feliz o porque en opinión de los otros hacer eso sería lo sensato, o incluso lo justo. Estas son buenas razones para discutir con él, o razonar con él, o persuadirle, o suplicarle, pero no para obligarle, o infligirle algún daño en caso de que actúe de otra manera. Para justificar

esto último, la conducta de la que se desea disuadirle tiene que estar calculada para provocar daño en alguna otra persona. El único aspecto de la conducta por el que se puede responsabilizar a alguien frente a la sociedad es aquel que concierne a otros. En aquello que le concierne únicamente a él, su independencia es absoluta. Sobre sí mismo, sobre su propio cuerpo y su propia mente, el individuo es soberano." (Mill, 2014: 35).

En breve: como señalé en el primer párrafo de este acápite, el art. 19 de la CN recepta el principio de autonomía personal y del daño. El principio de autonomía entraña un ámbito de libertad personal (que no debe confundirse con un espacio físico, como ser, el subsuelo de mi casa) para tomar decisiones tales como cómo conducir la propia vida y qué principios morales autorreferentes sostener. Mientras que el principio del daño supone un límite para el accionar del Estado, que no puede interferir con las decisiones o acciones de los individuos sometidos a su poder, hasta tanto no exista un daño para terceros.

2. El caso concreto

Pues bien, ahora que he delineado los dos conceptos, me propongo analizar el caso a la luz de estos principios. Primero, corresponde definir la noción de eutanasia. En este sentido, Martín Farrell ha dicho que la eutanasia "consiste en ayudar morir a un enfermo terminal, o a un enfermo que padece una incapacidad extrema, de manera indolora, a su requerimiento -o el de su representante- o con su consentimiento" (Farrell, 2014: 877). Si bien se puede problematizar varios aspectos de dicha definición, sirve a los propósitos del presente trabajo.

En el caso bajo análisis, la controversia gira en torno a la posibilidad de retirar las medidas de soporte (ayudar morir, en términos de Farrell) de un paciente en estado vegetativo persistente y con muerte cerebral (a un enfermo terminal, en los términos de la definición que antecede), tal como demandaron sus familiares; o si, por el contrario, corresponde aguardar doce meses, para poder determinar la irreversibilidad del estado, pues esto implica "optar por la vida del paciente y no frustrar las posibilidades de mejoría o recuperación", como invoca el municipio cordobés.

Dado que en este caso el paciente no había dejado expresamente asentada su voluntad (lo que se conoce como declaración de voluntad anticipada o DVA), esa decisión le correspondía, entonces, a sus representantes. En este caso, las codemandantes cumplían con el requisito establecido por el CCC (art. 59) para actuar como representantes de JCS; con la finalidad de desentrañar o reconstruir cuál sería su voluntad.

Las representantes consideraron que el paciente hubiera deseado que se retirase el soporte vital (incluso dijeron ante el Comité de Bioética que "si se viera así un segundo, se las ingeniaría para matarse y es muy creativo", conforme surge de la p. 26 de la Sentencia).

Frente a una decisión tomada, sin hesitación y por unanimidad, por quienes tenían derecho a hacerlo (hipótesis del consentimiento por representación), ¿no constituye la negativa de los médicos un atropello hacia la autonomía de la voluntad de JCS? En el afán de aguardar los doce meses impuestos por el art. 5 inc. E (con la finalidad de considerar permanente un estado vegetativo generado en una lesión traumática) el municipio rechazó el mismísimo consentimiento informado brindado por las representantes legales de JCS. Esta negativa, atenta contra la autonomía del paciente, puesto que sus representantes, quienes se encuentran epistémicamente mejor posicionadas para determinar cuál sería

la voluntad de JCS, determinaron que él querría que se le retiren las medidas de soporte vital. La negativa del municipio, le obliga a aguardar meses para arribar al desenlace “de-seado”, incluso teniendo ellas certezas de cuál sería la voluntad de JCS.

La postura de los médicos del municipio atenta contra el principio de autonomía, pues no le permite al paciente morir como desearía, sino que le obliga a sostener una situación que de ningún modo hubiera querido. En este aspecto se ha dicho que *“También la autonomía... es la capacidad de tomar decisiones efectivas*. Esta no es una mera capacidad física, sino que implica que deben darse las demás condiciones para que las decisiones que el individuo tome tengan impacto en el mundo, incluida su propia vida” (Nino, 2013: 154).

En este punto, resultan muy pertinentes las siguientes palabras de Ronald Dworkin: “Hacer que alguien muera en una forma que otros aprueban, pero que él cree que es una contradicción horrorosa con su propia vida, constituye una devastadora y odiosa forma de tiranía” (Dworkin, 1994: 240).

Como intenté delinear en los párrafos que anteceden, la autonomía implica una esfera de decisiones atinentes a cómo vivir la propia vida (en la medida que no se afecte a los demás) que concierne exclusivamente al afectado, y repele la intervención del Estado y terceros. La decisión respecto del “cómo” morir entra en este ámbito resguardado por el art. 19 de la CN, y hacerle lugar a la pretensión del municipio implica desoír la voluntad del imputado (reconstruida, en este caso, por sus representantes legales).

Es importante resaltar que cuando el paciente en cuestión no hubiere dejado una expresa DVA, y se deba acudir al consentimiento por representación; siempre se busca desentrañar o reconstruir la voluntad del paciente, no la de los representantes; sólo así se respeta la autonomía. De otra forma, se estaría instrumentalizando al paciente para cumplir con los fines de otro.

Finalmente, considero pertinente una última cita de Nino: “... la eutanasia implica sacrificar a un individuo que tiene valor intrínseco o a un ser con valor instrumental y habría que tener una razón muy poderosa para practicarla. Pero ¿cuál puede ser tal razón? Creo que sólo puede alegarse en el contexto del discurso moral la posible frustración de la autonomía de la persona afectada por el sufrimiento provocado por la enfermedad que padece, o la forma indigna o humillante de la muerte que tendría si no se le practicara eutanasia. Pero, dado que la vida es precondition para el ejercicio de casi cualquier proyecto personal, esta razón sólo puede ser aceptada en circunstancias excepcionales en que se tenga casi una certeza absoluta acerca de las preferencias de la persona con-cernida y acerca de la irreversibilidad de los sufrimientos, de la falta de conciencia para prestar consentimiento y del proceso letal” (Nino, 2013: 169).

Considero que en el caso de JCS se dan las condiciones arriba mencionadas por Nino. Primero, el requisito de la “casi certeza absoluta” acerca de las preferencias del paciente se encuentra satisfecho puesto que todas las representantes aseveraron que él hubiera querido que le retiren el soporte vital. Segundo, el requisito de la irreversibilidad de los sufrimientos se encuentra satisfecho desde que el informe del Comité Consultivo y Operativo en Prácticas Médicas y Sanitarias en Bioética del Poder Judicial (COPRAMESAB) dictaminó que el paciente no había experimentado “cambios significativos en su estado neurológico” desde su internación.

III. Conclusiones:

Estimo acertada la decisión del Tribunal Superior de Justicia, por ser un pronunciamiento que reivindica la autonomía personal. De haberse receptado la postura de los médicos del hospital, se hubiera menoscabado dicho principio, y el paciente JCS hubiera sido tratado como un medio para satisfacer las condiciones de la normativa provincial; en detrimento de sus propias ideas y deseos respecto a cómo concluir su vida.

Referencias Bibliográficas

- Dworkin, Ronald (1993) *Life's Dominion. An argument about Abortion, Euthanasia and Individual Freedom*. Editorial Vintage e books.
- Farrell, Martín (2014) Eutanasia en Rivera, Elías, Grosman y Legarre, *Tratado de los Derechos Constitucionales* (T. 1). Editorial Abeledo Perrot.
- Gelli, María A. (2004). *Constitución de la Nación Argentina, Comentada y Concordada*. Editorial La Ley.
- Nino, Carlos S. (1984). *Ética y Derechos Humanos. Un ensayo de fundamentación*. Editorial Astrea.
- Nino, Carlos S. (2013). *Una teoría de la justicia para la democracia. Hacer justicia, pensar la igualdad y defender libertades*. Editorial Siglo Veintiuno.
- Mill, John S. (2014). *Sobre la libertad*. Editorial Akal.

Perspectivas sobre la Gestación por Sustitución, el procedimiento de Exequatur y la declaración de inconstitucionalidad del artículo 562 del Código Civil y Comercial Argentino

Perspectives on Surrogacy, the Exequatur Procedure, and the Declaration of Unconstitutionality of Article 562 of the Argentine Civil and Commercial Code

Agustina Prosperi Ledesma¹²

DOI: [https://doi.org/10.37767/2591-3476\(2024\)30](https://doi.org/10.37767/2591-3476(2024)30)

Comentario a

“M., L. - Exequatur - Ley 10.305”.

Sentencia n.º 391, de fecha 6 de noviembre del 2023.

Juzgado de Familia de Primera Instancia de Segunda Nominación

Acceso al Fallo

RESUMEN:

En Argentina, la constitucionalización del derecho privado, ha tenido un gran impacto en el derecho de las familias. La comisión redactora del Código Civil y Comercial incluyó en el anteproyecto la regulación de la "gestación por sustitución" como una Técnica de Reproducción Humana Asistida. En este sentido, dejaba en claro los requisitos, el proce-

1 Investigadora de la Sala de Derecho a la Salud del Instituto de Investigación en Ciencias Jurídicas (IDI-CJ) de la Universidad Blas Pascal. Abogada egresada de la Universidad Nacional de Córdoba, Argentina. Maestranda en Derecho y Argumentación en la Universidad Nacional de Córdoba. Relatora del Juzgado de Familia de Primera Instancia del Poder Judicial de la Provincia de Córdoba, Argentina. Adscripta en la materia Derecho Privado VI (Derecho de las Familias y Sucesiones), cátedra "B" de la Universidad Nacional de Córdoba. E-mail: agustinaprospersi@gmail.com. ORCID ID: 0009-0003-8594-742X

2 Este comentario forma parte del Proyecto de I+D de la Universidad Blas Pascal "Una aproximación al tratamiento jurisprudencial del rol de la mujer gestante en las gestaciones por sustitución" (297-20230622-199) dirigido por el Prof. Dr. Gonzalo G. Carranza y la Prof^a. Dra. Claudia E. Zalazar.

dimiento a seguir y los efectos jurídicos de haberla realizado. Sin embargo, al momento de sancionarlo, su regulación fue desestimada. Actualmente en Argentina existe un vacío legal respecto a esta figura lo que ha generado diversas alternativas para los interesados y las interesadas en tener un hijo o hija que desean hacer uso de esta práctica. Una de las opciones es recurrir a la gestación por sustitución en el exterior y realizar la inscripción de la partida de nacimiento extranjera en Argentina a través de la figura del "exequátur". Eso fue lo que L., M., y J. L. A. decidieron hacer en pos de ampliar su familia y que fue reconocido por el Juzgado de Familia de Primera Instancia y Segunda Nominación de la Ciudad de Córdoba.

ABSTRACT

In Argentina, the constitutionalization of private law has had a significant impact on family law. The drafting committee of the Civil and Commercial Code included in the preliminary draft the regulation of "gestational surrogacy" as an Assisted Human Reproduction Technique. In this regard, it clearly outlined the requirements, the procedure to follow, and the legal effects of carrying it out. However, at the time of its enactment, its regulation was dismissed. Currently, there is a legal void regarding this matter in Argentina, which has led to various alternatives for those interested in having a child and wishing to use this practice. One option is to resort to gestational surrogacy abroad and then register the foreign birth certificate in Argentina through the "exequatur" procedure. This is what L., M., and J. L. A. decided to do in order to expand their family, which was recognized by the First Instance and Second Nomination Family Court of the City of Córdoba.}

PALABRAS CLAVE: derecho de las familias; filiación; técnicas de reproducción asistida; gestación por sustitución; exequátur.

KEY WORDS: Family law; filiation; assisted reproduction technique; gestational surrogacy; exequatur

I. Introducción

En diciembre de 2022, L. M. y J., L., A., decidieron asentarse en Bogotá, Colombia en búsqueda de un hijo o hija. Así el 27/01/2021 nació, a través del procedimiento de gestación por sustitución, la niña M., M. quien fue inscrita en la Notaría 69 del Círculo de Bogotá como hija de la gestante, quien no aportó su material genético, y del progenitor que sí lo hizo.

Cabe recordar que en Colombia, al igual que en Argentina, la gestación por sustitución no se encuentra regulada, por lo que a los fines de lograr el emplazamiento filial como hija de quien tuvo la voluntad procreacional, debieron iniciar la impugnación de la maternidad. Esta acción jurídica tiene como objetivo desplazar a quien ha sido emplazada como "madre" del niño o niña. Finalmente, el Juzgado Número Veintinueve de Familia de Bogotá hizo lugar a la acción entablada y declaró que la gestante no es la madre biológica de M. Sin embargo ordenó que la niña se mantuviera inscrita sólo como hija del progenitor que aportó, situación esta que fue plasmada en lo que conocemos como partida de nacimiento.

Al llegar a Argentina iniciaron un *exequátur*, una institución del derecho procesal que tiene como objetivo homologar actos y resoluciones pronunciadas por autoridades extranjeras y declararlo ejecutivos en nuestro país. De igual manera solicitaron la declaración de inconstitucionalidad del art. 562 del Código Civil y Comercial Argentino y que M, también sea emplazada como hija del matrimonio de L. M. y J. L. A. en tanto había nacido a través de una técnica de reproducción humana asistida. El Juez de Familia de Primera Instancia tras correrle traslado tanto al Fiscal de Cámara de Familia, como custodio del orden público y a la Sra. Asesora en su carácter de representante complementaria de la niña, hizo lugar a lo solicitado y mando a oficiar al Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas de la Ciudad de Córdoba, Argentina a los fines de inscribir el nacimiento de M. A como hija del matrimonio, no obstante decidió no pronunciarse respecto a la solicitud de declaración de inconstitucionalidad conforme lo analizaremos en el presente trabajo.

II. Una breve reflexión sobre la gestación por sustitución como práctica de reproducción humana asistida

Vamos a definir la gestación por sustitución como "una forma de reproducción humana asistida, por medio de la cual una persona, denominada gestante acuerda con otra persona o con una pareja, denominadas comitentes, gestar un embrión con el fin de que la persona nacida tenga vínculos jurídicos de filiación con la parte comitente" (Lamn, 2013: 24). Este concepto ha sufrido variaciones a través del tiempo, por ejemplo, en el siglo XX se lo entendía como "una aplicación noble de la técnica de la inseminación artificial que resulta en el nacimiento de criatura con un nexo biológico unilateral a la pareja infértil" (Coleman, 1982: 75). Para este autor el procedimiento implicaba que la mujer gestante se insemine artificialmente con el semen de un hombre, lleve adelante el embarazo y una vez nacida la criatura, renunciar a su maternidad, y los derechos y obligaciones que ella conlleva, a favor del padre biológico y además consentir la adopción por parte de esa esposa. Nótese el sentido "tradicional" de familia que tiene la idea dado que sólo parece admitir esta práctica médica cuando se trata de un matrimonio entre hombre y mujer. No incluye a las familias diversas. Asimismo puede verse el derrotero jurídico que esto implicaba y que en todo caso no aseguraba dicho resultado. Cabe aclarar que en la actualidad se admite que no sólo una pareja casada, puede llevar adelante esta técnica sino también una persona soltera. Incluso la misma persona gestante puede hacer aporte o no de sus gametos.

Tal como lo mencionamos anteriormente, en Argentina esta práctica no se encuentra prohibida, y hasta el momento han sido los Tribunales del país los encargados de brindar una solución en cada caso concreto. Generalmente, y a los fines de llegar a un resultado favorable, los interesados y las interesadas invocan el artículo 19 de la Constitución Nacional y el precedente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos "Artavia Murillo C/ Costa Rica" que ha dicho que *"el derecho a la vida privada y la libertad reproductiva guarda relación con el derecho de acceder a la tecnología médica necesaria para ejercer ese derecho. Del derecho de acceso al más alto y efectivo progreso científico para el ejercicio de la autonomía reproductiva y la posibilidad de formar una familia se deriva el derecho a acceder a los mejores servicios de salud en técnicas de asistencia reproductiva, y, en consecuencia, la prohibición de restricciones desproporcionadas e innecesarias de iure o de facto para ejercer las decisiones reproductivas."*³.

3 El fallo completo puede consultarse en https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_257_esp.pdf

Siguiendo este precedente y el extenso marco convencional-normativo con el que cuenta Argentina (art. 22 inc. 75 de la Constitución Nacional, El Código Civil y Comercial, arts. 560 a 564, Ley 26.862 de Acceso Integral a las Técnicas de Reproducción Humana Asistida y su decreto reglamentario 956/2013), se invoca como argumentos el derecho de acceso a la procreación, el acceso a las nuevas tecnologías, el derecho a formar una familia. La jurisprudencia del país se ha pronunciado a favor y ha autorizado este proceso. En muchos otros casos también han exhortado al Poder Legislativo a los fines de que dicte una norma que pueda echar luz sobre este vacío legal, ya sea prohibiéndola o regulándola.

Habiendo dejado clara la definición, debemos decir también que el lenguaje tiene un gran impacto en la manera en que percibimos ciertas cosas e incluso en la manera en que se construye la realidad. El tema que trataremos ha sido nombrado de diversas formas: "alquiler de vientres", "préstamo de útero", "maternidad subrogada", entre otros. Creemos que la denominación correcta debe ser "gestación por sustitución". Durante muchísimo tiempo se ha asociado lo femenino con la maternidad y con las tareas de cuidados y hogareñas, como si ese fuera el único destino de las mujeres. Pues bien, el movimiento feminista ha puesto en jaque esas ideas y ha permitido acceder a las mujeres a la disposición de su propio cuerpo y a la planificación familiar, por ende es necesario desesencializar la idea de las mujeres como seres femeninos y con determinados tipos de trabajos o actividades. Así las cosas, quien lleva adelante este embarazo no tiene la intención de ser madre, a diferencia de la mujer comitente quien sí ha prestado el consentimiento y tiene la voluntad de ser emplazada en dicho estado, con todas las consecuencias jurídicas y emocionales que ello trae. En segundo lugar, hablar de alquiler o préstamo parece reducir a la persona gestante a un simple "medio para un fin" lo que lleva a que no se consideren sus derechos o necesidades, generando así situaciones de vulnerabilidad, situación esta que se debería evitar.

En el presente trabajo, comenzaremos haciendo mención al ante proyecto de Código Civil y Comercial y posteriormente haremos mención sobre el marco normativo con el que actualmente cuenta Argentina y los problemas que deben enfrentar las personas que pretenden realizar esta práctica y cómo la figura procesal del "exequátur" es un camino para sortearlos.

III. La gestación por sustitución como una técnica de reproducción asistida. La norma del Código Civil y Comercial que no fue.

Existen impedimentos físicos que no permiten a las personas o a las parejas tener un hijo o hija. Los avances de la ciencia a través de las técnicas de reproducción humana asistida (THRA) permiten sortear esos obstáculos y así consolidar ese deseo. Desde el 2015, el Código Civil y Comercial reconoce a las THRA como fuente de filiación. Así el artículo 558 dice lo siguiente: *"Fuentes de la filiación. Igualdad de efectos. La filiación puede tener lugar por naturaleza, mediante técnicas de reproducción humana asistida, o por adopción. La filiación por adopción plena, por naturaleza o por técnicas de reproducción humana asistida, matrimonial y extramatrimonial, surten los mismos efectos, conforme a las disposiciones de este Código."* Este artículo refleja los principios de igualdad y no discriminación que debe aplicarse a todas las relaciones de familia y que son de fuente convencional.

La gestación por sustitución es una de las técnicas de reproducción humana asistida. En el apartado anterior dijimos que las mujeres estaban destinadas a la reproducción y a las tareas de cuidado. Pues bien, hacia mediados de los años sesenta, el movimiento femi-

nista con su frase “lo personal es político”, lograron irrumpir en la vida pública. Se trataba de demostrar que las circunstancias de vida de las mujeres, aún en ese ámbito privado sólo se pueden resolver a través de la acción política y con la participación de las principales involucradas. La sexualidad, históricamente pensada como algo que corresponde al fuero íntimo de las personas, fue ganando espacio dentro de este terreno y comenzó a abrir las puertas para un debate en torno a las diversidades sexuales, justamente esta forma de concebir un niño o niña rompe con ese estereotipo, porque no es a través de relaciones sexuales que la persona gestante queda embarazada, sino que es a través de distintos procedimientos médicos.

Estos procedimientos son los que nos llevan a distinguir entre las distintas modalidades de gestación por sustitución. Siguiendo nuevamente a Lamm (2012) podemos distinguir entre dos formas de gestación por sustitución, las que también están contempladas en la ley 26.862 y su decreto reglamentario 956/2013. Ellas son:

1. Gestación por sustitución tradicional: La gestante aporta sus gametos, ya sea que el semen provenga del comitente o de un donante. En estos casos se apela a la inseminación artificial.
2. Gestación por sustitución gestacional: en este caso la gestante aporta sólo la gestación no sus óvulos, los que provienen de la comitente o de un donante. Aquí necesariamente se debe recurrir a la fecundación in vitro.

El anteproyecto de Código Civil y Comercial contemplaba los requisitos que las partes debían cumplir al solicitar la autorización judicial para llevar adelante la gestación por sustitución. Ellos son “*El juez debe homologar sólo si, además de los requisitos que prevea la ley especial, se acredita que: a) se ha tenido en miras el interés superior del niño que pueda nacer; b) la gestante tiene plena capacidad, buena salud física y psíquica; c) al menos uno de los comitentes ha aportado sus gametos; d) el o los comitentes poseen imposibilidad de concebir o de llevar un embarazo a término; e) la gestante no ha aportado sus gametos; f) la gestante no ha recibido retribución; g) la gestante no se ha sometido a un proceso de gestación por sustitución más de DOS (2) veces; h) la gestante ha dado a luz, al menos, UN (1) hijo propio.*”. Vemos como el proyecto se inclinaba por una gestación por sustitución del tipo gestacional. Nótese también cómo de este artículo surge que también era necesario sancionar una ley especial que regule la materia, lo que tampoco ha sucedido hasta el momento. Finalmente los Tribunales deben verificar que quien llevará adelante el embarazo no haya recibido un pago a cambio de ello. Aquí se pone en evidencia otras de las tensiones y polémicas de este tema: la mercantilización de los cuerpos. El anteproyecto pretendía evitar un sentido comercial de la actividad por lo que ésta debía ser altruista o dicho de otro modo gratuita. Algo hemos mencionado en el apartado anterior sobre la cosificación y el uso de las personas como medio para un fin.

Si bien esto último que mencionamos es un debate que excede este trabajo no podemos dejar de reconocer que es una de sus aristas más interesantes e influyentes en la discusión sobre este tema. En tal sentido el movimiento feminista toma protagonismo y realiza grandes aportes que mencionaremos brevemente. Como todo movimiento social, no es homogéneo y la posición a tomar respecto a la gestación por sustitución no es una sola. Existen discusiones y polarizaciones. El punto más álgido se da respecto a la posibilidad de que las mujeres comercialicen sus cuerpos. En muchas ocasiones se habla

con suma liviandad sobre esta práctica y se la equipara y asocia al delito de trata de personas con fines de explotación.

Para el feminismo del tipo abolicionista, entienden que la gestación por sustitución implicaría habilitar el comercio de mujeres, en especial de aquellas que se encuentran en un contexto económico desfavorecido, lo que llevaría a seguir perpetuando la explotación y subordinación femenina en el marco de una sociedad patriarcal, en consecuencia entienden que debería ser prohibido. Así en esta línea argumental podríamos decir que:

Los mercados de trabajo reproductivo de la mujer son problemáticos porque reafirman las jerarquías de género - el estatus desigual entre los hombres y las mujeres - (...) el contrato de embarazo valida las relaciones sociales asimétricas de jerarquía y desigualdad de género existentes” (Satz, 2015: 159).

Esta postura no distingue si se trata de una actividad paga o altruista, porque de cualquier forma la mujer se encuentra cosificada ya sea que lo haga de manera gratuita o a cambio de una contraprestación. Así las cosas, quienes adoptan esta posición también rechazaría el anteproyecto del Código Civil y Comercial.

Por su parte, el feminismo de corte más liberal, ve los argumentos en contra de la gestación por sustitución como una “actitud paternalista y que coarta la libertad de las mujeres, que las trata como no racionales si se les imposibilita esta elección” (Echevarría, 2019: 10). A ello debo agregar que estas posiciones han coincidido con la idea de que respetar la autonomía implica no interferir con cualquier decisión reproductiva (Seleme, 2015). En un sentido similar se ha dicho que:

La regla es que la moralidad convencional no debe limitar la libertad de las personas cuando sus conductas no dañan a otros. En consecuencia, en ausencia de daño demostrable para los niños u otras personas involucradas, como mínimo, el Estado debe abstenerse y no poner obstáculos a la posibilidad de acceder a esas libertades” (Kemelmajer de Carlucci, et. al., 2012: 1).

Si bien esto ha sido un breve resumen de una discusión por demás extensa y que exceden las intenciones de este trabajo, su mención era necesaria en pos de contribuir al debate sobre el tema. Podemos afirmar que el marco normativo pensado para esta figura era bueno, sin embargo, al no ser sancionado coloca a aquellos o aquellas que quiera apelar a la gestación en una situación de inseguridad jurídica puesto que si bien existe la tendencia a hacer lugar a lo solicitado,

En la actualidad la justicia argentina toma como parámetro, al momento de analizar los casos que se le presentan, el proyecto de Código Civil y Comercial que no fue sancionado. La ventaja de solicitar homologación de un acuerdo de forma previa a realizar la práctica es que permite al magistrado o a la magistrada controlar que las partes estén en condiciones de llevar adelante este procedimiento, sino también los derechos de la persona gestante que, en muchos casos, se muestra como uno de los polos más vulnerables dentro de esta situación. Ya hemos dicho que la jurisprudencia del país se ha pronunciado a favor de autorizar la gestación por sustitución. Otras personas deciden seguir otro camino, como en el fallo que comentamos en la introducción, deciden realizar la práctica en el exterior y luego inscribir el acta de nacimiento en Argentina.

En el orden jurídico de la Provincia de Córdoba Argentina se requieren ciertos requisitos a los fines de inscribir documentos, sentencias o laudos extranjeros, que están establecidos en el artículo 825 del Código Procesal Civil y Comercial. Ellos son: *“Las sentencias de tribunales extranjeros tendrán fuerza ejecutoria en los términos de los tratados celebrados con el país de que provengan. Cuando no hubiese tratados, serán ejecutables si concurren los siguientes requisitos: 1) Que la sentencia con autoridad de cosa juzgada en el Estado en que se ha pronunciado, emane de tribunal competente según las normas argentinas de jurisdicción internacional y sea consecuencia del ejercicio de una acción personal o de una acción real sobre un bien mueble, si éste ha sido trasladado a la República durante o después del juicio tramitado en el extranjero. 2) Que la parte demandada contra la que se pretende ejecutar la sentencia hubiese sido personalmente citada y se haya garantizado su defensa. 3) Que la sentencia reúna los requisitos necesarios para ser considerada como tal en el lugar en que hubiere sido dictada y las condiciones de autenticidad exigidas por la ley nacional. 4) Que la sentencia no afecte los principios de orden público del derecho argentino. 5) Que la sentencia no sea incompatible con otra pronunciada, con anterioridad o simultáneamente, por un tribunal argentino.”* En los autos M., L., - EXEQUATUR - LEY 10.305 (EXPTE. N° -----) dictados por Juzgado de Familia de Primera Instancia de Segunda Nominación, tanto el Juez como el Ministerio Público Fiscal, la Sra. Asesora de Familia y la Titular del Registro Civil y de Capacidad de las Personas entendieron que dichos requisitos se encuentran cumplimentados respecto al acta de nacimiento de la niña por lo que la opinión fue favorable en torno a su inscripción, sin embargo, quedaba un obstáculo por zanjar, este era que sea inscrita con la filiación paterna de quien no aportó su material genético.

IV. ¿El artículo 562 del Código Civil y Comercial es inconstitucional?

Sin perjuicio de lo mencionado anteriormente, surge el interrogante respecto a qué sucede con el artículo 562 del Código Civil y Comercial Argentino que establece que *“Los nacidos por las técnicas de reproducción humana asistida son hijos de quien dio a luz y del hombre o de la mujer que también ha prestado su consentimiento previo, informado y libre en los términos de los artículos 560 y 561, debidamente inscripto en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas, con independencia de quién haya aportado los gametos.”* Esto es lo que se conoce como el principio *“madre cierta siempre es”*, es decir que quien ha dado a luz a ese bebé o beba es su madre y así será inscripto en el acta de nacimiento. ¿acaso representa un obstáculo para la inscripción de las partidas de nacimiento de niños o niñas nacidos en el exterior a través de la gestación por sustitución? Claramente el artículo se refiere a los casos de parejas que apelan a otras técnicas de reproducción asistida, sin embargo, algunos han interpretado que esta norma prohíbe la gestación por sustitución. Este inconveniente que se nos presenta quedaba resuelto en el anteproyecto de Código Civil y Comercial que establecía que *“El consentimiento previo, informado y libre de todas las partes intervinientes en el proceso de gestación por sustitución debe ajustarse a lo previsto por este Código y la ley especial. La filiación queda establecida entre el niño nacido y el o los comitentes mediante la prueba del nacimiento, la identidad del o los comitentes y el consentimiento debidamente homologado por autoridad judicial.”*

En el caso traído a discusión L., M y J., L., pidieron la inscripción de la partida de nacimiento extranjera de la niña, lo cual no presentaba mayores problemas. Además solicitaron que por aplicación del art. 565 del Código Civil y Comercial quede emplazada como hija de ambos, sin embargo, entendían que para lograr dicho objetivo era necesario declarar la inconstitucionalidad del artículo 562 del Código Civil y Comercial. Los principales argumentos son que interpretar la norma en un sentido literal y en consecuencia no autorizar a

llevar adelante la gestación por sustitución lesionan el derecho a la libertad reproductiva, a la vida, a la procreación, a la formación y consolidación de una familia, igualdad ante la ley y al goce de las nuevas tecnologías. Todos ellos con raigambre constitucional y convencional.

Recordemos que en el sistema jurídico argentino la declaración de inconstitucionalidad de la ley es considerada la *última ratio* además de ser un hecho de gravedad institucional. De igual manera no se realiza en abstracto sino sobre el caso concreto, tampoco implica que sea derogada, sino que resulta inaplicable a la cuestión traída a debate. (Bouzat, 1995).

En primer lugar, el Juez de Primera Instancia entendió que en dichos autos al encontrarse el progenitor casado, opera la presunción de filiación matrimonial que se encuentra prevista en el art. 566 que dice que *“Presunción de filiación. Excepto prueba en contrario, se presumen hijos del o la cónyuge los nacidos después de la celebración del matrimonio y hasta los trescientos días posteriores a la interposición de la demanda de divorcio o nulidad del matrimonio, de la separación de hecho o de la muerte.”* El magistrado entiende que el nacimiento de M. no encuadra dentro de los supuestos de la *“filiación por naturaleza”* sino que no caben dudas que ha sido producto de la utilización de Técnicas de Reproducción Humana Asistida y que ha sido la pareja la que ha tenido voluntad procreacional por ende la solución no puede ser otra que hacer lugar al pedido de inscripción de hija matrimonial de L., M y J., L..

Al haber realizado este desarrollo, el Juez entendió que el art. 562 no era de aplicación en dichos autos, por lo tanto no operaba la declaración de inconstitucionalidad pretendida. Asimismo entendió que no debía pronunciarse en relación a la gestación por sustitución en tanto dicho elemento ya había sido valorado por los Tribunales Colombianos.

Vale decir que este Tribunal ya ha sostenido este criterio en cuanto a no declarar inconstitucional esta norma. En otro precedente⁴ que no implicaba la inscripción de un acta de nacimiento extranjero sino el pedido de homologación de un acuerdo a los fines de llevar adelante una gestación por sustitución. Así, ha dicho que *“es necesario realizar una interpretación sistémica de todo el cuerpo normativo del propio Código Civil y Comercial en base a lo que disponen los art. 1 y 2 de ese cuerpo normativo, a los fines de verificar si el propio sistema brinda una solución a la cuestión. — Por tal motivo, el artículo en cuestión debe ser interpretado junto al sistema en el que fue incluido, es decir dentro de las “Reglas generales relativas a la filiación por técnicas de reproducción humana asistida” (cap. 2, Título V, Libro segundo), por lo que una filiación que se produce como resultado del uso de una técnica de reproducción humana asistida debe tener como sustento los principios que rigen este tipo de filiación. En esta forma de filiación el elemento fundante es la voluntad procreacional. Así si bien puede resultar contradictorio el art. 562 en tanto refiere que: “los nacidos por las técnicas de reproducción humana asistida son hijos de quien dio a luz y del hombre o de la mujer que también ha prestado su consentimiento previo, informado y libre en los términos de los artículos 560 y 561, debidamente inscripto en el Registro del Estado civil y Capacidad de las Personas, con independencia de quién haya aportado los gametos”, ello debe resolverse dentro del mismo sistema. En el caso de la gestación por sustitución debemos preguntarnos si el elemento que determina la filiación es el parto o la voluntad procreacional. La respuesta aparece clara, ya que justamente el elemento determinante de esta filiación es el elemento volitivo de querer ser progenitores. De ello no cabe duda alguna. — Por otra parte la norma*

4 Puede consultarse en <http://www.colectivoderechofamilia.com/wp-content/uploads/2017/12/FA.-PCIAL.-JUZ.-FLIA-C%C3%93RDOBA.-TRHA.-Gestaci%C3%B3n-por-sustituci%C3%B3n.-.pdf>

no es de orden público ya que no incluye ninguna sanción de nulidad para los supuestos en los que la filiación materna no coincida con la mujer que dio a luz, por lo que en el sub caso resulta innecesaria la declaración de inconstitucionalidad requerida”.

Creemos que el razonamiento realizado por el Tribunal resulta correcto en tanto ha realizado una interpretación sistemática de nuestro ordenamiento jurídico. Esto permite asegurar que los principios de voluntad procreacional y de protección integral de las familias prevalezcan en casos complejos como la gestación por sustitución. El Tribunal ha dejado claro que la norma debe interpretarse en un contexto que respete la intención de los futuros padres y madres así como también la estabilidad jurídica de los niños y niñas involucrados, evitando así interpretaciones que podrían generar inseguridad jurídica o que se aparten de los principios fundamentales de la filiación en el marco de las técnicas de reproducción humana asistida. De este modo, la sentencia contribuye a consolidar un marco jurídico coherente y protector de los derechos humanos, garantizando que las decisiones relativas a la filiación se basen en el reconocimiento y la protección de la voluntad de quienes desean formar una familia, lo que constituye un avance significativo en la comprensión y aplicación de la normativa vigente.

V. Conclusiones

La comisión de reforma del Código Civil y Comercial intentó regular la gestación por sustitución, sin éxito. La decisión no sorprende pues este tema pone en tensión diversas cuestiones: el principio que rige en materia de filiación *“mater semper certa est”* (madre cierta siempre es), nuevas formas de familia, la disposición del propio cuerpo, los debates bioético y las posturas dentro del movimiento feminista, entre otras. A lo largo del trabajo hemos hecho una descripción del anteproyecto sino también las dificultades que las partes enfrentan para llevar adelante este proceso. Sin embargo, la tarea no resulta nada fácil. Así, ha quedado en manos del Poder Judicial el decidir si autoriza o no esta práctica en cada caso concreto.

Sin embargo otras personas como L., M y J., L., A decidieron llevar adelante una gestación por sustitución en el país vecino de Colombia y una vez nacida la niña, quien fue inscrita como hija de la gestante y de quien aportó el material genético. Fue así que debieron impugnar dicha maternidad. Al regresar a Argentina iniciaron el proceso llamado *“exequátur”* de inscripción de dicha partida de nacimiento. Asimismo solicitaron que sea emplazada como hija no sólo de aquel quien aportó el material genético, sino también del otro miembro de la pareja. Para ello solicitaron la declaración de inconstitucionalidad del artículo 562 del Código Civil y Comercial Argentino.

El Juzgado de Familia de Primera Instancia y Segunda Nominación, manteniendo la coherencia conforme precedentes anteriores, hizo lugar al pedido de inscripción de la partida de nacimiento, y haciendo valer la presunción de filiación matrimonial prevista en el artículo 566 del Código Civil y Comercial ordenó que la niña sea emplazada como hija de la pareja de L. M. y J. L. A. En relación a la declaración de inconstitucionalidad, entendió que no representaba un obstáculo toda vez que no resultaba de aplicación dicha norma para el caso en cuestión. Incluso, si así hubiese sido, la interpretación sistemática del orden jurídico tanto convencional como local que regulan actualmente la figura de la filiación en Argentina no impide que al nacer un niño o niña producto de la gestación por sustitución ella o él sean inscriptos con la filiación de quien ha tenido voluntad procreacional y prestado su consentimiento libre e informado.

Podemos decir que el problema de mantener un silencio legislativo, particularmente en estos temas tan sensibles, importa dejar librada la práctica a una especie de "azar" dado que el panorama no resulta claro. De igual manera y pese a que la respuesta jurisprudencial ha sido positiva tanto frente a los casos de "exequátur" y pedido de homologación de acuerdos, pone en jaque al sistema judicial puesto que la línea entre legislar sobre la gestación por sustitución y no hacerlo se torna difusa.

En el contexto mencionado, podemos aseverar que la posición abstencionista que ha adoptado Argentina solo lleva a una gran inseguridad jurídica a las personas o parejas que pretendan ampliar su familia de esta manera. De igual manera frente a esto, el Estado no puede tener un debido control y así resguardar los derechos de las partes más débiles de la relación jurídico-contractual por tanto, entendemos que urge regular a fin de delimitar claramente el camino a seguir frente a una práctica por demás compleja que involucra derechos e intereses personalísimos y fundamentales.

Referencias bibliográficas

- Bouzat, G. (1995). La argumentación jurídica en el control de constitucionalidad. Una comparación entre la judicial review y el control preventivo y abstracto de constitucionalidad. *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, 2(1-2). https://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/pdfs/revista_juridica/n2N1y2-Abril1997/02%201y2Juridica11.pdf
- Coleman, P. (1982). Surrogate motherhood: Analysis of the problems and suggestions for solutions. *Tennessee Law Review*, 50(1), 71-118.
- Kemelmajer de Carlucci, A., Lamm, E., y Herrera, M. (2012, 9 de septiembre). Regulación de la gestación por sustitución. *La Ley*.
- Lamm, E. (2012). Gestación por sustitución. Ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres. *Publicacions i Edicions de la Universitat de Barcelona*.
- Romeo, E. A. (2019). Gestación subrogada y movimiento feminista. Una aproximación cuantitativa. *Encrucijadas. Revista Crítica de Ciencias Sociales*, 18, a1806.
- Satz, D. (2015). Por qué algunas cosas no deberían estar a la venta. Los límites morales del mercado. *Siglo XXI Editores*.

Nacimiento con vida en la interrupción legal del embarazo

Live birth in legal termination of pregnancy

Florencia Lozano¹

DOI: [https://doi.org/10.37767/2591-3476\(2024\)31](https://doi.org/10.37767/2591-3476(2024)31)

Comentario a

Z.M.P.- CONTROL DE LEGALIDAD (LEY 9944- ART. 56)- EXPTE. N° 11281874.
Sentencia n° 11, del 16 de septiembre de 2022

**Juzgado de Niñez, Adolescencia, Violencia Familiar y Género
de la Ciudad de Córdoba**

Acceso al Fallo

RESUMEN:

En el marco de la declaración de la situación de adoptabilidad de la niña M.P. Z. -nacida producto de una interrupción legal de embarazo en la semana 34 de gestación-, el Juzgado de Niñez, Adolescencia, Violencia, Familiar y Género de 5ª Nominación de la Ciudad de Córdoba resolvió declarar, de oficio, la inaplicabilidad del artículo 565 del Código Civil y Comercial de la Nación en cuanto dispone que la maternidad se establece con la prueba del nacimiento y con la identidad del nacido. En la especie, la recién nacida había sido inscripta legalmente como hija de la mujer gestante, pese a que esta última había comunicado fehacientemente su negativa en tal sentido, además de manifestar que no quería ver ni recibir información de la niña, ni tampoco aportar datos de su familia extensa. La magistrada entendió que la aplicación dogmática de dicha norma y la falta de protocolos específicos en la materia, avasallaron la voluntad de la Sra. M.M.Z. y vulneraron sus derechos de raigambre constitucional, por lo que ordenó la anulación legal del dato biológico de la gestación y parto, a fin de que la figura de la progenitora no necesariamente se convierta en tal siguiendo el principio legal.

ABSTRACT

In the context of the declaration of adoptability of the child M.P. Z. -born as a result of a legal termination of pregnancy in the 34th week of gestation-, the Court of Childhood, Adolescence, Violence, Family and Gender of 5th Nomination of the City of Córdoba decided

¹ Abogada (Universidad Católica de Córdoba, Argentina). Escribana (Universidad Católica de Córdoba, Argentina). Magíster en Derecho Civil Patrimonial (Universidad Nacional de Córdoba, Argentina). Diplomada en Derecho Procesal Civil, parte general (Universidad Blas Pascal de Córdoba, Argentina). Asistente de magistrado (Poder Judicial de la Provincia de Córdoba, Argentina). Juzgado de Primera Instancia y 50 Nominación Civil y Comercial). Mail: florencialozano@gmail.com. Nro. de ORCID: <https://orcid.org/0009-0007-2706-8469>.

to declare, ex officio, the inapplicability of article 565 of the Civil and Commercial Code of the Nation, which provides that maternity is established with the proof of birth and the identity of the child. In the case in question, the newborn had been legally registered as the daughter of the pregnant woman, despite the fact that the latter had clearly stated her refusal to do so, in addition to declaring that she did not want to see or receive information about the child, nor to provide information about her extended family. The judge understood that the dogmatic application of said norm and the lack of specific protocols on the matter, subjugated the will of Mrs. M.M.Z. and violated her constitutional rights, so she ordered the legal annulment of the biological data of the gestation and delivery, so that the figure of the progenitor does not necessarily become such following the legal principle.

PALABRAS CLAVE: Interrupción legal del embarazo (ILE); Nacimiento con vida; Determinación de la maternidad; Parto anónimo; Derecho a la identidad.

KEY WORDS: Legal Termination of Pregnancy (ILE); Live Birth; Maternity Determination; Anonymous Birth; Right to Identity.

I. Introducción

En el presente trabajo se aborda el estudio de un fallo dictado con fecha 16/12/2022 por la Jueza Carla Olocco, a cargo del Juzgado de Niñez, Adolescencia, Violencia Familiar y Género de 5ª Nominación de la Ciudad de Córdoba, del que se derivan múltiples aristas que resultan dignas de ser analizadas no solo por la relevancia que estas revisten en la materia de que se trata, sino también por lo novedoso de su contenido.

La sentencia gira en torno, principalmente, a la determinación de la maternidad, a la reciente ley 27.610 de Acceso a la Interrupción Voluntaria del Embarazo y a la declaración de la situación de adoptabilidad de niños que sobreviven a una práctica abortiva. Sin embargo, de cada una de estas temáticas centrales se desprenden otras tantas que se desarrollan en este comentario, tales como, la posibilidad de parto anónimo, el interés superior del niño, la colisión de derechos de la mujer gestante y la recién nacida, el vacío normativo y de protocolos existente en Argentina para hacer frente a escenarios como el de autos, entre otras.

II. Antecedentes del caso

De manera liminar, resulta útil y necesario realizar una breve reseña del caso bajo análisis a los fines de deslindar las particularidades de la causa. Ello permitirá una mejor comprensión de las cuestiones que se desarrollarán en el presente trabajo y, fundamentalmente, una correcta contextualización de las decisiones dictaminadas por la magistrada.

Así las cosas, conforme surge de los términos de la sentencia, nos encontramos frente a un caso en el que una niña, a la que se la menciona como M.P.Z., nació en la ciudad de Córdoba de manera prematura, a las 34 semanas de gestación, como consecuencia de la interrupción legal del embarazo de la Sra. M.M.Z. Esta última, en uso de la autonomía de voluntad que le asiste, decidió libremente ejercer el derecho que le otorga la ley N° 27.610 (art. 4, inc. a) y el Código Penal (art. 86, inc. 1) a toda mujer gestante a interrumpir el embarazo, luego de la semana 14 de gestación, cuando este fuere resultado de una violación.

La Sra. M.M.Z., previo al nacimiento de la niña, asistió a diferentes entrevistas en el Hospital Materno Neonatal de Córdoba donde se le brindó asesoramiento respecto a los procesos de interrupción legal del embarazo cuando los niños nacen con vida, mostrándose segura de su voluntad de desprendimiento. A su vez, concurrió a diferentes espacios de salud mental donde se acordó que desde dicho nosocomio se iba a respetar su derecho a no ver ni recibir información de la recién nacida, su negativa a inscribirla y a aportar datos de contacto de su familia extensa a fin de que estos no sean notificados de su situación, ni considerados como alternativa familiar de cuidados para M.P.Z.

Nacida la menor, esta permaneció resguardada en el referido hospital por ausencia de cuidados parentales, hasta su posterior egreso con una familia de acogimiento perteneciente al programa Familias para Familias, compuesta, en este caso, por la Sra. A.M.D.C. La directora de Asuntos Legales de la Secretaría de Niñez, Adolescencia y Familia, mediante dictamen, comunica la medida de tercer nivel adoptada para el caso, su cese, y solicita la declaración de adoptabilidad de la menor.

En este marco, la Jueza Olocco resuelve en la sentencia bajo análisis: 1) que la situación fáctica planteada no configura una medida de tercer nivel, 2) que resulta procedente la declaración de adoptabilidad de M.P.Z. -pese a que entiende que la causa no engasta en ninguno de los supuestos del art. 607 del C.C.C.N.- y 3) que la primera parte del art. 565 del C.C.C.N. resulta inaplicable en autos.

El desarrollo de la presente publicación se centrará en el análisis de estos tres puntos, en consonancia con el orden seguido por la magistrada para abordarlos (en sus respectivos títulos II, III y IV), entendiendo que, en definitiva, son estos los que hacen a la esencia y al quid de la resolución traída a comentario.

III. Las medidas excepcionales o de tercer nivel

La ley provincial N° 9944 de "Promoción y Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes de la Provincia de Córdoba", fue sancionada en el año 2011, en consonancia con la ley nacional N° 26.061, con la finalidad justamente de promover, prevenir, asistir, proteger, resguardar y restablecer los derechos de niñas, niños y adolescentes (NNA). En comentario a dicha ley, se ha sostenido que "un nuevo enfoque, propiciado por la Convención sobre los derechos del Niño y planteado a partir de la ley nacional 26.061, ya no atiende al niño como ente biopsicosocial sino como sujeto de derechos dignos de promoción y protección... Se trata de derechos fundamentales, que se reconocen a la niñez en nuestro suelo, y que se encuentran en las disposiciones constitucionales, convencionales y legales, sea las que se refieren a derechos humanos en general, sea las que versan sobre los derechos de la niñez en particular" (González Del Solar, 2020; 26/27).

El título IV de esta ley regula tres medidas que tienen como principal objetivo promover y proteger los derechos de niñas, niños y adolescentes y garantizar su desarrollo integral. Estas son: las medidas de primer nivel (reguladas en el art. 41), las de segundo nivel (contempladas en los arts. 42 a 47) y las de tercer nivel (reguladas en los arts. 48 a 55).

Las medidas de tercer nivel, que aquí interesan, son aquellas que se adoptan cuando las niñas, niños o adolescentes estuvieran temporal o permanentemente privados de su medio familiar o cuyo superior interés exija que no permanezcan en ese medio. Tienen

como principal propósito la conservación o recuperación por parte del sujeto del pleno ejercicio y goce de sus derechos vulnerados y la reparación de sus consecuencias.

Estas medidas, también llamadas excepcionales, sólo resultan procedentes cuando las de primer y segundo nivel sean insuficientes o inadecuadas para el caso, atento que importan la separación del niño, niña y adolescente de su centro de vida. Teniendo en cuenta que la ley 9944 privilegia el vínculo familiar y procura resguardarlo, resulta lógico que las medidas excepcionales sólo puedan adoptarse de haber fracasado las de primer y segundo nivel. En otras palabras, para que las medidas de tercer nivel sean procedentes, es necesario que se pruebe previamente que se han realizado todos los esfuerzos necesarios para intentar mantener el vínculo familiar del niño, niña o adolescente con su familia de origen, y que ello no ha funcionado. En este sentido, se tiene dicho que: "Reafirmando una de las ideas troncales del Sistema de Protección Integral, en virtud de la cual la familia es el ámbito natural en el que debe desenvolverse el NNA, y la responsable de garantizar la satisfacción de sus necesidades materiales, afectivas y psicológicas, sólo será posible la separación del grupo familiar cuando existan circunstancias graves que afecten su integridad. En este supuesto, la separación es excepcional, por el menor tiempo posible, recurriendo a la permanencia con familiares o alternativas de la comunidad para evitar la institucionalización. La separación definitiva sólo procede ante el fracaso de todas las estrategias implementadas para la superación de esa vulneración y la permanencia del NNA en su familia afecte seriamente sus derechos fundamentales y sea contrario a su interés superior. Es decir, las políticas públicas deben orientarse al fortalecimiento de la familia y al restablecimiento de los derechos del NNA que se encuentren vulnerados en el ámbito de su familia..." (Vieites y Ruiú, 2021: 63/64).

Por su parte, dada las particularidades de estas medidas excepcionales, las mismas son limitadas en el tiempo (no pudiendo prolongarse, lógicamente, por tiempo indeterminado), y están sujetas a una permanente revisión por parte de los órganos competentes. La autoridad de aplicación deberá elevar un dictamen al juez competente en la materia, dentro de las 24 horas de adoptada la medida, con los informes técnicos que den fundamento a la misma, para que este controle su legalidad.

Sobre esta base, se observa que, en el caso que nos ocupa, la magistrada Olocco, al recibir el dictamen N° 0099/2022 de la Dra. Bonetta perteneciente a la Secretaría de Niñez, Adolescencia y Familia con los respectivos informes técnicos, a los fines de realizar el correspondiente control de legalidad de la medida de tercer nivel adoptada para la niña M.P.Z. -en los términos del art. 56 de la ya referida ley 9944-, entiende, al igual que el órgano de aplicación, que aquí no se configuró esta medida excepcional, pues la menor no fue privada de su centro de vida, simplemente, porque nunca lo tuvo. Sostiene que la niña no se encontraba inmersa en un medio familiar y que jamás existió, entre esta y la mujer gestante, una relación de afectividad familiar. Agrega, asimismo, que la ley N° 27.610 prioriza la autonomía de la mujer y su derecho a decidir libremente la interrupción de su embarazo, por encima de la voluntad de cualquier otra persona o miembro del grupo familiar que pudieran sentirse vulnerados.

IV. La Declaración judicial de la situación de adoptabilidad

El segundo punto relevante que se trata en la sentencia bajo análisis versa respecta a la declaración de la situación de adoptabilidad de la niña M.P.Z.

Esta figura ha sido definida como un “procedimiento con reglas propias para demarcar correctamente el rol de la familia de origen y de la pretensa adoptante en todo el proceso hasta la adopción de un niño...Este proceso judicial autónomo tendiente a analizar si efectivamente se está ante un caso de adopción se presenta como puente entre la ley 26.061 y la adopción, haciendo eco del impacto que ha tenido el sistema de protección integral de derechos de niños, niñas y adolescentes en el campo de la adopción” (Rivera y Medina, 2023: 710).

Se encuentra expresamente regulada en el Código Civil y Comercial de la Nación, Título VI, capítulo 2, artículos 607 a 610, y tiene como principal objetivo “indagar y resolver si un niño es pasible o no de ingresar a una familia a través de la figura de la adopción” (Kemelmajer de Carlucci et al., 2014: 225).

El artículo 607 contempla tres supuestos que pueden dar lugar a que se declare la situación de adoptabilidad de un niño, niña o adolescente, a saber, cuando a) no tiene filiación establecida o sus padres han fallecido, y se ha agotado la búsqueda de familiares de origen por parte del organismo administrativo competente en un plazo máximo de treinta días, prorrogables por un plazo igual sólo por razón fundada; b) los padres tomaron la decisión libre e informada de que el niño o niña sea adoptado. Esta manifestación es válida sólo si se produce después de los cuarenta y cinco días de producido el nacimiento; c) las medidas excepcionales tendientes a que el niño, niña o adolescente permanezca en su familia de origen o ampliada, no han dado resultado en un plazo máximo de ciento ochenta días. Dicha norma prevé, además, que el juez debe resolver sobre la situación de adaptabilidad en un plazo máximo de 90 días.

En la causa bajo análisis, la magistrada a cargo del proceso es llamada a expedirse respecto de la procedencia de la declaración de adoptabilidad de la recién nacida, entendiendo que la misma resulta pertinente en el caso, al encontrarse cumplimentados en su totalidad los supuestos legalmente requeridos para ello, por lo que así declara en el resuelto punto I) del fallo. Sin perjuicio de ello, sostiene que la causa representa un caso sui generis que no engasta en ninguno de los tres supuestos previstos por el ya citado artículo 607. Refiere la sentenciante que desde el hospital Materno Neonatal, como desde los restantes operadores intervinientes, se ha abordado el caso de la niña M.P.Z. en cumplimiento a la manda legal del art. 607 inc. b del C.C.C.N., asemejando la expresión de interrupción de embarazo de la Sra. M.M.Z. con una manifestación de desprendimiento materno. Enfatiza en que estos representan dos escenarios absolutamente diferentes y que resulta necesario diferenciar la manifestación de voluntad de la mujer gestante de practicarse una interrupción legal de embarazo, con una expresión de voluntad libre e informada de poner a disposición a la niña con fines adoptivos. Por su parte, aduce que la plataforma fáctica de autos tampoco se condice con la situación de un niño o niña sin filiación conocida (supuesto del inc. a del art. 607), ni tampoco hay una medida de tercer nivel o excepcional (supuesto del inc. c del art. 607). Concluye exponiendo que existe un vacío de normas y de protocolos en casos donde las niñas nacen con vida ante una interrupción legal del embarazo y que dicha circunstancia no es impedimento para resguardar los derechos de M.M.Z.

Al respecto, cabe resaltar que la ley 27.610 no prevé un marco regulatorio para casos en donde los niños/as nacen con vida producto de una interrupción legal del embarazo. Menos aún, entonces, lo hace el Código Civil y Comercial que fue sancionado cinco años

antes que dicha normativa. De ello se deriva que nuestro Código de fondo no contempla, entre los supuestos de la declaración de la situación de adoptabilidad, el caso como el de autos. Además, no debe olvidarse que la ley 27.610 fue sancionada hace menos de 4 años por lo que, al ser relativamente nueva en nuestro sistema de derecho, pueden existir -y de hecho existen- múltiples cuestiones que aún no han sido consideradas, por lo que le asiste razón a la magistrada en torno a la existencia de un vacío de normas y protocolos frente a estos casos.

Comparto con la sentenciante en cuanto que, en la presente causa, la Sra. M.M.Z. no tomó la decisión libre de que la niña sea adoptada. Sin embargo, no coincido con la misma en cuanto que no pueda engastarse el caso en el supuesto previsto en el inc. b) del art. 607 del C.C.C.N., en virtud de que, en definitiva, la decisión que expresó la mujer gestante de no tener vínculo con la niña, importa en la práctica un desprendimiento materno, asemejable a aquel supuesto que si se encuentra contemplado en la ley.

Además, frente a este escenario, resulta imperioso y necesario que se ponga en acción el sistema de justicia y que, los órganos competentes, actúen para resguardar los derechos de estos niños/as que se encuentran sumamente vulnerados por las circunstancias que rodearon su nacimiento. Cabe tener presente que la declaración de la situación de adoptabilidad y la adopción propiamente dicha tienen como finalidad principal proteger el derecho de estos a vivir y desarrollarse en una familia que le procure los cuidados tendientes a satisfacer sus necesidades afectivas y materiales, cuando éstos no le pueden ser proporcionados por su familia de origen (conforme art. 594 del C.C.C.N.), lo que sucede en autos.

No debe descartarse que, en un futuro, al efectuarse posibles reformas en nuestro Código Civil, se incorpore un supuesto más al artículo 607 que prevea específicamente la declaración de la situación de adoptabilidad de los niños/as que sobrevivan a una interrupción legal del embarazo, pero ello, en su oportunidad, deberá ser analizado por los operadores competentes en la temática, a los fines de evaluar su conveniencia o no. Mientras tanto, como dije, debe acudir a las herramientas legales que se encuentran actualmente previstas en nuestro código para que se protejan los derechos de los recién nacidos frente a casos como el de autos.

V. La determinación de la maternidad

La tercera cuestión que trata la magistrada resulta ser, a mi entender, la más trascendental y novedosa en el fallo y refiere a la determinación de la maternidad. Lo hace en el punto IV) de la sentencia, bajo el título "control de convencionalidad: inaplicabilidad del art. 565 del CCYN".

A nivel mundial, tal como lo expone la jueza Olococ, existen dos grandes sistemas respecto a la determinación de la maternidad. En el primer sistema, que es escogido por una minoría de países, la determinación de la maternidad es voluntaria y se basa precisamente en la autonomía de la voluntad de la persona gestante. En el segundo sistema, adoptado por la gran mayoría de los países del mundo (como es el caso de argentina), en cambio, la determinación de la maternidad es legal y sigue los antiguos preceptos romanos "partus sequitur ventrem" ("el parto sigue al vientre") y "mater semper certa es" ("la madre siempre cierta es").

1. La determinación voluntaria de la maternidad. Parto anónimo.

La maternidad anónima ha sido receptada en el derecho comparado por países tales como Alemania, Austria, Bélgica, Italia, Suiza, Francia, entre otros. Si bien cada uno de estos países tiene su propio régimen jurídico y sus particularidades, en términos generales, se podría definir al parto anónimo como la facultad que la ley le otorga a la mujer gestante a no identificarse o a mantener en reserva su identidad al momento de dar a luz, con la intención de que, ni esta, ni su familia biológica, tenga vínculo alguno con el recién nacido. A pedido de la mujer, el nosocomio donde se lleva a cabo el nacimiento del menor, omite consignar el nombre de la primera, sin que sea necesario que esta justifique su decisión, y el segundo es entregado a un organismo del estado para que comience el proceso de la adopción.

“Los partidarios de la adopción con la modalidad de parto anónimo incorporaron al análisis la función de preservación de la salud de la madre y del hijo. La posibilidad que se le brinda a la madre de poder alumbrar y mantener su anonimato facilita su concurrencia al hospital, evitando que lo haga en un lugar inapropiado en beneficio de su propia salud y la del hijo. La concurrencia al hospital permite acompañar a la madre y crear mecanismos donde el anonimato en muchos casos pierde su carácter de absoluto” (Sojo, 2012: 1).

2. La determinación legal de la maternidad. El artículo 565 del Código Civil y Comercial de la Nación argentina.

Tal como expuse supra, en la gran mayoría de los países del mundo, a diferencia del régimen anterior, la determinación de la maternidad es legal. En Argentina, específicamente, el Código Civil y Comercial de la Nación, en el primer párrafo del artículo 565, dispone que, en la filiación por naturaleza, la maternidad se establece con la prueba del nacimiento y la identidad del nacido, manteniendo en definitiva el mismo criterio ya sostenido por el derogado artículo 242 del Código Civil en la temática.

Cabe recordar que la filiación por naturaleza -reconocida por nuestro Código como una de las tres clases de filiación, junto con la TRHA (técnica de reproducción humana asistida) y la adopción- es aquella que se deriva del acto sexual. La misma exige, para determinar la maternidad, solo la prueba del parto y la identidad del recién nacido. Es decir que, en nuestro sistema, la filiación por naturaleza se basa únicamente en el elemento biológico, con independencia de la voluntad de la madre. A diferencia de la ya referida maternidad anónima, aquí la ley establece el vínculo entre la madre y el hijo por el solo hecho del parto, más allá del deseo de aquella de revestir tal carácter.

En la resolución sujeta a examen, que la magistrada entiende que se trata del primer antecedente en la temática (niñas y niños nacidos a consecuencia de una interrupción legal del embarazo), la recién nacida M.P.Z había sido inscripta, siguiendo los lineamientos del referido artículo 565 del C.C.C.N., como hija de la mujer gestante, obrando un acta de nacimiento rubricada con su nombre y el de la niña, y un DNI que así lo acreditaba. La sentenciante se mostró indignada con tal proceder. Decidió abordar la temática de oficio y explicó que dicha inscripción registral creó un vínculo jurídico ilógico e incomprensible entre la mujer gestante y la recién nacida, cuando M.M.Z. había manifestado expresamente su voluntad de someterse a una interrupción legal de embarazo y a no mantener vínculo alguno con la menor. En tal línea, la jueza Olocco declaró inaplicable al caso concreto el artículo 565 del Código en la parte que reza “En la filiación por naturale-

za, la maternidad se establece con la prueba del nacimiento y la identidad del nacido”, y resolvió que se proceda a la anulación legal del dato biológico de la gestación y parto a fin de que la figura de la progenitora no necesariamente se convierta en tal, procurando con ello la disociación del dato biológico de la filiación legal. Finalmente, instó a los distintos operadores intervinientes en la temática, como ser el Ministerio de Salud de Córdoba y a los Registros Civiles, a adecuar sus normativas y procedimientos en casos de esta índole.

Sobre el punto, lo primero que entiendo necesario resaltar es que el establecimiento de la maternidad mediante la prueba de nacimiento y la identidad del nacido que prescribe el artículo 565 del C.C.C.N. no fue escogido por el régimen argentino actual al azar, sino que, con dicha disposición, se busca garantizar, entre otros derechos, dos que resultan esenciales para cualquier persona: el derecho a la identidad y el derecho a conocer sus orígenes. La norma centra la mirada en los recién nacidos para que los mismos, producido el alumbramiento, gocen de estos dos derechos que la normativa entiende fundamentales. Con énfasis, se ha sostenido: “El nuevo Código introduce modificaciones relevantes en el derecho filiatorio argentino ya que se adecua el régimen a los principios constitucionales y a los Tratados Internacionales de Derechos humanos... Los principios constitucionales -convencionales y las bases fundamentales que sustentan el derecho filiatorio se expresan en los fundamentos que acompañan el texto del CCYC: 1) el principio del interés superior del niño (art. 3° de la Convención sobre los Derechos del Niño y art. 3° de la ley 26.061); 2) el principio de igualdad de todos los hijos matrimoniales como extramatrimoniales; 3) el derecho a la identidad y, en consecuencia, a la inmediata inscripción (arts. 7° y 8° de la Convención sobre los Derechos del niño y art. 11 de la ley 26.061); 4) la mayor facilidad y celeridad en la determinación legal de la filiación; 5) el acceso e importancia de la prueba genética como modo de alcanzar la verdad biológica; 6) la regla según la cual corresponde reparar el daño injusto al derecho a la identidad del hijo; 7) el derecho a gozar de los beneficios del progreso científico y su aplicación; y 8) el derecho a fundar una familia y a no ser discriminado en el acceso a ella” (Lloveras, 2028: 217/218).

De lo expuesto se deriva que la sentenciante pasó por alto la finalidad de dicha norma y la declaró, como dije, inaplicable al caso concreto. Ello trajo aparejado una evidente violación a los derechos que le asistían a la menor que, además, se encontraba en una situación de extrema vulnerabilidad. Para justificar su proceder, la jueza adujo hacerlo en defensa de los derechos constitucionales de M.M.Z., concretamente, el derecho a la integridad física, psíquica y emocional, a la libertad y a la sexualidad. Si bien es cierto que a la mujer gestante le asisten derechos que lógicamente debían ser resguardados en este caso en particular, no es menor cierto que la niña también tenía derechos que fueron sumamente desprotegidos en la causa. Así las cosas, se advierte que, al entrar en colisión los derechos de la recién nacida (a la identidad y conocer los orígenes), con los de la mujer gestante (de renunciar a la maternidad), la magistrada optó por darle una clara prevalencia a las de la Sra. M.M.Z., por encima de los de la niña M.P.Z., lo que resulta, cuanto menos, discutible.

Pero más cuestionable aún es que la jueza lo haya hecho en clara violación al principio de congruencia que debe regir en todo proceso en cuanto que el juzgador debe resolver dentro de los límites de las pretensiones de las partes. Y es que de la reseña del caso que realiza la sentenciante en la resolución, no surge que ninguno de los litigantes haya cuestionado el proceder de los órganos involucrados respecto a la inscripción registral realizada conforme los términos del Código. Es decir que la jueza puso en debate la norma en cuestión y la consecuente renuncia a la maternidad, cuando, reitero, ninguna de las partes involucradas, ni siquiera la mujer gestante, lo había cuestionado.

Repárese que la magistrada, al declarar la inaplicabilidad del art. 565 del C.C.CN. y la anulación legal del dato biológico de la gestación y parto, se muestra a favor, para casos como el de autos, de que la mujer gestante opte por la maternidad anónima, figura que es tomada del ya referido derecho comparado. Ahora bien, no puede perderse de vista que el parto anónimo en argentina pone en jaque no solo todo un sistema jurídico que prescribe justamente lo contrario, sino que también viola derechos fundamentales que tienen los niñas, niñas y adolescentes, por lo que, una vez más, la decisión en este sentido resulta objetable.

Por último, cabe indicar que, si bien la ley 27.610 fue sancionada en el año 2020, el aborto, para casos como el de autos, era legal desde el año 1921 por el Código Penal. Con ello se puede inferir que, probablemente, no se trate del primer antecedente en la temática como sostiene la jueza, sino que, en la práctica, se dieron múltiples casos similares que no fueron de público conocimiento. Ello así, en tanto, el Código penal no preveía un plazo en el que la mujer podía interrumpir su embarazo por causa de violación, por lo cual, pueden haberse presentado, antes de la ley 27.610, casos en donde, por la etapa en la que se práctico el aborto, el niño nació con vida. Véase sobre lo punto: "El aborto legal incorporado en 1921 por el Código Penal fue un modelo de indicaciones puro (vida, salud, libertad sexual) sin límite temporal. En tanto que el modelo emergente de la ley 27.610 es un modelo mismo donde convive un sistema de plazo, con un sistema de indicaciones puro sin límite temporal (vida, salud, libertad sexual)" (Herrera, et al., 2021: 223).

VI. Conclusiones

La sanción de ley 27.610 ha generado -y seguirá generando a lo largo del tiempo- múltiples interrogantes y situaciones difíciles de resolver. Una de ellas gira en torno a la plataforma fáctica que se presenta en autos al no contemplar el supuesto de nacimiento con vida luego de la interrupción del embarazo. La ley en cuestión, que enfoca su mirada en la mujer gestante y olvida hacerlo respecto del recién nacido, omite regular qué sucede en los casos en que el niño sobrevive a la práctica abortiva y cómo debe procederse en estos casos. A su vez, a nivel nacional y provincial, no existe ninguna normativa ni régimen jurídico que prevea estas circunstancias. Ello así, en tanto, la interrupción del embarazo después de las 14 semanas de gestación y la posibilidad de sobrevivida en dicha práctica, resulta excepcional en nuestro sistema de derecho, pues solo se encuentra habilitada para casos específicos contemplados en la ley 27.610 y en el art. 86 del Código Penal, sumado a que se trata de una ley relativamente nueva en nuestra legislación.

A contrario sensu, nos encontramos en argentina con todo un ordenamiento jurídico que recepta el interés superior de todo niño, niña y adolescente (contemplado en el art. 3 de la Convención de los Derechos del Niño), que ampara el desarrollo integral de estos en cuanto a su personalidad y potencialidades, y que protege cada uno de los derechos que le asisten, desde la concepción, cualquiera sea la circunstancia en la que nacen. Así las cosas, violar sus derechos, como sucedió en autos, resulta sumamente controvertible.

En la resolución bajo examen, la magistrada, con el afán de resguardar los derechos de la Sra. M.M.Z., intenta llenar la laguna generada en torno a la ley 27.610 y el vacío de protocolos existente en tal sentido, pero lo hace en total desmedro de los derechos que le asistían a la recién nacida.

Referencias bibliográficas

- González del Solar, J. H. (2020). Protección integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes (2ª ed.). Mediterránea.
- Herrera, M., Gil Domínguez, A., & Hopp, C. (2021). Acceso a la interrupción voluntaria del embarazo Ley 27.610: atención y cuidado integral de la salud durante el embarazo y la primera infancia (1ª ed. rev.). Rubinzal-Culzoni.
- Kemelmajer de Carlucci, A., Herrera, M., & Lloveras, N. (2014). Tratado de derecho de familia según el Código Civil y Comercial de 2014 (1ª ed., Tomo III). Rubinzal-Culzoni.
- Lloveras, N. (2018). Práctica y estrategia: familia (2ª ed. actualizada y ampliada). La Ley.
- Rivera, J. C., & Medina, G. (2023). Código Civil y Comercial de la Nación comentado (2ª ed., Tomo II). La Ley.
- Sojo, L. A. (2012). Maternidad anónima y adopción. TR LALEY AR/DOC/5666/2012.
- Vieites, M. S., & Ruiu, M. V. (2021). Niñez: medidas de fortalecimiento y protección de derechos- filiación adoptiva- visión teórico-práctica- CCCN y Ley 9944 (1ª ed.). Nuevo Enfoque Jurídico.

El Poder Judicial como garante de los derechos de las personas con discapacidad, con especial referencia a su inserción laboral

The role of justice in guaranteeing the rights of people with disabilities, with special emphasis on their labour inclusion

Lucía Pereyra¹

DOI: [https://doi.org/10.37767/2591-3476\(2024\)32](https://doi.org/10.37767/2591-3476(2024)32)

Comentario a

Suárez, Víctor Hugo c/ Municipalidad de Estación General Paz – Plena Jurisdicción
Sentencia n.º 102 del 28 de julio de 2023

Tribunal Superior de Justicia de Córdoba

RESUMEN:

El actor, quien como consecuencia de un accidente laboral había sufrido una serie de patologías médicas de larga duración que deterioraron su salud y le ocasionaron una incapacidad laboral permanente, interpuso demanda contencioso administrativa de plena jurisdicción solicitando se declarara la nulidad de los actos administrativos dictados por la demandada, en cuanto habían dispuesto su baja de la planta personal del municipio por no encontrarse en condiciones de reintegrarse a sus tareas debido a su incapacidad y atento a la imposibilidad de ser reubicado. A través de un destacado precedente, la Sala Contencioso Administrativa del Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de Córdoba, a la luz de los objetivos de promoción, prevención y concientización que proponen los textos internacionales, nacionales y locales en materia de discapacidad, exhibió justificado extender los márgenes habituales del proceso contencioso administrativo y proponer otros medios e iniciativas para procurar aquellos estándares.

ABSTRACT

The plaintiff, who as a result of a work accident had suffered a series of long-term medical conditions that deteriorated his health and caused him a permanent work disability, filed a lawsuit requesting the annulment of the administrative acts issued by the defendant, as they had ordered his removal due to his inability to return to his duties because of his disability

¹ Abogada (UNC), integrante del Cuadro de Honor 2018. Maestranda en Derecho Administrativo (UNC). Se desempeña como Asistente de Magistrado en la Cámara Contencioso Administrativa de Tercera Nominación de la ciudad de Córdoba. Mail: lulipereyra10@hotmail.com. Nro. de ORCID: <https://orcid.org/0009-0005-8156-1188>.

and the impossibility of being reassigned. Through a notable precedent, the Supreme Court of Córdoba, due to the promotion, prevention, and awareness objectives proposed by international, national, and local texts on disability, justified extending the usual boundaries of the administrative litigation process and proposed other means and initiatives to achieve those standards.

PALABRAS CLAVE: Discapacidad – Trabajo – Discriminación – Igualdad - Poder Judicial.

KEY WORDS: Disability – Employment – Discrimination – Equality – Judicial System.

I. Introducción

Durante años, tanto a nivel nacional como internacional, se ha procurado el reconocimiento y la promoción de los derechos de las personas con discapacidad. Con este propósito, se han elaborado instrumentos y normas específicas cuyo objetivo radica en garantizar la protección y asegurar la igualdad de condiciones y de tratamiento de los integrantes de este grupo, para que puedan alcanzar su máximo potencial.

Sin perjuicio de ello, en el mercado laboral, la igualdad de oportunidades para los hombres y mujeres que integran este colectivo sigue siendo una mera aspiración (OIT, 2015: prólogo).

De acuerdo a los últimos datos estadísticos, para las personas con discapacidad en la Argentina, el derecho a un trabajo es uno de los más vulnerados. En efecto, sólo un 32,2% de quienes están en edad laboral logra acceder a un empleo (Saad & Mini, 2023: 4).

En este marco, se hace evidente que para el reconocimiento de los derechos de las personas con discapacidad no solo se requiere de una normativa que así lo establezca, sino que también es necesario que estas declaraciones de derechos se hagan operativas a través de los carriles o vías pertinentes.

En el presente artículo, comentaremos un destacado precedente jurisprudencial de la Sala Contencioso Administrativa del Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de Córdoba que, a la luz de los objetivos de promoción, prevención y concientización que proponen los textos internacionales, nacionales y locales en la materia, exhibió justificado extender los márgenes habituales del proceso contencioso administrativo y proponer otros medios e iniciativas para procurar aquellos estándares.

II. Síntesis de la causa

El actor, quien como consecuencia de un accidente laboral había sufrido una serie de patologías médicas de larga duración que deterioraron su salud y le ocasionaron una incapacidad laboral permanente, interpuso demanda contencioso administrativa de plena jurisdicción en contra de la Municipalidad de Estación General Paz, solicitando se declarara la nulidad del Decreto N° 338/2019 y de la Resolución N° 10/2019 dictadas por la demandada, en cuanto habían dispuesto su baja de la planta personal del municipio por no encontrarse en condiciones de reintegrarse a sus tareas debido a su incapacidad y atento a la imposibilidad de ser reubicado.

Por Sentencia N° 15, de fecha 23/02/2022, la Cámara Contencioso Administrativa de Tercera Nominación hizo lugar parcialmente a la demanda interpuesta y declaró la nulidad de las resoluciones atacadas. Asimismo, ordenó la reincorporación del accionante en alguna de las áreas de su dependencia, previa realización de una Junta Médica tendiente a determinar las condiciones del reintegro.

Para así resolver, el Tribunal de mérito consideró que el escaso grado de incapacidad determinado al actor (7,14% de incapacidad laboral parcial permanente) no permitía concluir que éste se encontrara impedido de prestar servicios para el municipio. Sostuvo, además, que de los actos cuestionados y antecedentes del caso tampoco surgía que se hubiere recabado opinión médica que sustente tal decisión. Por ello, destacó que en caso de que se determinare que el accionante no podía seguir cumpliendo las funciones desempeñadas hasta la fecha de su licencia, correspondía a la municipalidad demandada adoptar los mecanismos necesarios para establecer las tareas o trabajos que aquel podía hacer, conforme sus capacidades, a los fines de su reubicación.

Contra dicha resolución la demandada interpuso recurso de casación, argumentando, entre otras cuestiones, que la cámara a quo había resuelto extra petita al pronunciarse sobre cuestiones no debatidas, quebrantando el principio de congruencia y las solemnidades de la sentencia.

Elevada la causa al Tribunal Superior de Justicia, éste se pronunció a través de su Sala Contencioso Administrativa mediante Sentencia N° 102 dictada con fecha 28/07/2023.

En primer término, sostuvo que el remedio interpuesto resultaba ineficaz para habilitar la instancia extraordinaria local por cuanto la casacionista había omitido vincular las alegaciones de su crítica con los precisos términos del fallo, soslayando los fundamentos brindados por la Cámara.

Pese a considerar que tales razones bastaban para resolver el recurso intentado, el Tribunal estimó ineludible detenerse a referenciar la conducta administrativa sometida a revisión a partir de una mirada en los Derechos Humanos, en aras a un perfectible servicio de justicia.

En su resolución, el Címero Tribunal citó la Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra las Personas con Discapacidad (CIEDPD) -incorporada por Ley N° 25.280- y la Convención Internacional sobre Derechos de las Personas con Discapacidad y su Protocolo Facultativo (CIDPD) -aprobada por Ley N° 26.378 e incorporada con jerarquía constitucional en los términos del artículo 75, inciso 22, de la Constitución Nacional por Ley N° 27.044-.

Subrayó que, en tales convenciones, el Estado se comprometió no solo a reconocer a las personas con discapacidad el derecho a gozar del más alto nivel posible de salud sin discriminación por motivos de su condición, sino, además, y en lo que concernía al caso, extenderles una protección particularizada en materia de trabajo y empleo, que importa centralmente el reconocimiento del derecho a trabajar en igualdad de condiciones con los demás, conjuntamente con la necesidad de asumir medidas que lo promuevan.

Ante ello, concluyó que la decisión administrativa cuya revisión se pretendía no solo ado-

lección de los vicios señalizados por el Tribunal de Mérito, sino que importaba una clara contravención de los instrumentos internacionales citados, dado que, en lugar de promover el empleo público de las personas con discapacidad, estaba dirigida a lograr lo contrario, es decir, su exclusión laboral.

En este marco, a los fines de asegurar el efectivo cumplimiento de los objetivos de promoción, prevención y concientización propuestos por los textos internacionales, nacionales y locales en materia de discapacidad, el Tribunal exhibió justificado extender los habituales márgenes del proceso contencioso administrativo y, en su mérito, no solo confirmó en todos sus términos la sentencia que había hecho lugar al reclamo del accionante –disponiendo su reincorporación–, sino que, además, consideró apropiado proponer otros medios e iniciativas para procurar aquellos elevados estándares.

En consecuencia, ordenó que se remitiera copia de la resolución dictada y de la sentencia recurrida al Consejo Deliberante de la ciudad de Estación General Paz, a fin de que asumiera en su consideración los mejores medios para alcanzar los cometidos que prevén los instrumentos internacionales citados y, al mismo tiempo, a la luz de los hechos que dieron lugar a la controversia, evaluara las pautas adecuadas para informar y concientizar a las autoridades, funcionarios y empleados públicos municipales sobre los derechos que asisten a las personas con discapacidad y sobre la prevención de todas las formas de discriminación en su contra.

III. Los modelos de abordaje de la discapacidad: hacia una mirada de la discapacidad como cuestión de derechos humanos

La metodología interpretativa seguida en el caso judicial por el Máximo Tribunal nos invita a reflexionar, en primer lugar, acerca de las múltiples dimensiones desde las cuales se ha abordado la discapacidad a lo largo de los años.

Cabe destacar que si bien en la actualidad resulta extendido y aceptado que la discapacidad ha quedado enmarcada dentro del enfoque de los derechos humanos, aún conviven miradas y concepciones que remiten a distintos momentos de un devenir histórico específico desde la antigüedad hasta nuestros días. Más allá de que los cambios en los discursos se han extendido ampliamente, como veremos en el presente comentario, en la práctica aún se mantienen vigentes modelos o paradigmas conceptuales nacidos en lo que se ha llamado la historia de la discapacidad (Gandolfo & Passini, 2018: 31).

Siguiendo el esquema propuesto por Agustina Palacios (2008), es posible identificar tres grandes modelos conceptuales vinculados históricamente al fenómeno de la discapacidad: el modelo de la prescindencia (en el que además se distinguen dos sub-modelos: eugenésico y de la marginación), el modelo rehabilitador y el modelo social.

1. Modelo de prescindencia

Este modelo, que puede ser situado históricamente en la antigüedad clásica y el medioevo, asigna un motivo religioso a las causas que dan origen a la discapacidad (Palacios, 2020: 2), la cual resulta de un castigo (o una advertencia) de los dioses (Gandolfo & Passini, 2018: 34).

Desde esta perspectiva, las personas con discapacidad se consideran innecesarias y, como consecuencia de ello, la sociedad decide prescindir de ellas a través de políticas eugenésicas o situándolas en espacios destinados para “los anormales y las clases pobres”, con un denominador común marcado por la dependencia y el sometimiento, tratados

como objetos de caridad y sujetos de asistencia.

Este modelo presenta, a su vez, dos submodelos:

- Eugénésico: propio de la concepción y tratamiento de la discapacidad durante la antigüedad clásica, considera inconveniente el desarrollo y crecimiento de los niños y niñas con discapacidad y aparece el exterminio como solución (infanticidio).
- Marginación: ilustra la concepción y tratamiento de la discapacidad durante el medioevo, donde las personas con discapacidad se encontraban insertas dentro del grupo de los pobres y marginales, signadas por un destino esencialmente marcado por la exclusión social.

2. Modelo rehabilitador

Este paradigma se diferencia del anterior ya que aquí las causas ya no son religiosas, sino científicas. No se habla de castigo de dios, sino de salud y/o enfermedad. Bajo este modelo, ya no se considera a las personas con diversidad funcional como inútiles para la sociedad, pues ahora se entiende que pueden tener algo que aportar; aunque ello, en la medida en que sean rehabilitadas o normalizadas (Palacios, 2008: 66).

De esta manera, la discapacidad pasa a ser considerada exclusivamente un problema de la persona, producido por una enfermedad, accidente o condición de la salud, que requiere de cuidados médicos prestados por profesionales en forma de tratamiento individual. En consecuencia, el tratamiento se encuentra encaminado a conseguir la cura, o una mejor adaptación de la persona, o un cambio en su conducta (Palacios, 2020: 5).

La atención sanitaria se considera fundamental y, en cuanto a las políticas públicas, se promueve el fortalecimiento de la "educación especial" (dirigida a las capacidades "residuales") y de la "rehabilitación" en el sentido mencionado, y con ello se fomenta e impulsa la institucionalización y el empleo protegido, en lugar del empleo legítimo (es decir, el empleo con aportes a la seguridad social, obra social, derechos laborales y sueldo/salario y no peculio) como modelo de "protección" (Rosales, 2012: 8).

El fenómeno de la discapacidad es abordado con legislaciones asistenciales y de seguridad social o utilizándose las figuras de la incapacitación y la tutela (Palacios, 2020: 5).

En definitiva, el fin primordial que se persigue en este modelo es normalizar a las personas con discapacidad, aunque ello implique forjar la desaparición o el ocultamiento de la diferencia que la misma discapacidad representa. Este modelo es propio del mundo moderno y se consolida en el siglo XX. Nos resulta muy familiar porque es el que ha hegemonizado, al menos desde la Segunda Guerra Mundial, el abordaje de la discapacidad desde el sistema de salud (Rosales, 2012: 8).

3. Modelo social

En los anteriores paradigmas, la persona con discapacidad es considerada desviada de un supuesto estándar de normalidad; se desconoce que la configuración de lo estándar no es neutral, sino que se encuentra sesgada a favor de los parámetros físicos, sensoriales, mentales y/o intelectuales de quienes constituyen el estereotipo culturalmente dominante (Courtis, 2004: 7).

Sin embargo, a partir de la década de 1960 -e intensificado en los años 80- investigadores e intelectuales con discapacidad comienzan a desarrollar una nueva corriente en Estados Unidos, Reino Unido y otros países y a dar forma a la conceptualización del Modelo Social (Gandolfo & Passini, 2018: 37).

Desde esta perspectiva, la discapacidad ya no tiene un origen religioso ni científico, sino que se encuentra en las limitaciones que la propia sociedad impone (Gandolfo & Passini, 2018: 38). Se entiende, en definitiva, que las causas que dan origen a la discapacidad son preponderantemente sociales y que ésta es el resultado de la interacción entre la condición de una persona (una diversidad física, mental, intelectual o sensorial) y las barreras sociales que le limitan y/o impiden vivir una vida en sociedad (Palacios, 2020: 7).

A partir de allí, entonces, las soluciones no deben centrarse en exclusiva en las condiciones de la persona, si no estar dirigidas hacia la sociedad. En términos generales, el tratamiento social del que son objeto las personas con discapacidad se basa en la búsqueda de la inclusión a través de la igualdad de oportunidades y, a tales fines, el modelo social aboga por una serie de medidas entre las que se destacan la igualdad y no discriminación, la accesibilidad y el diseño universal, los ajustes razonables, los sistemas de apoyos y la transversalidad de las políticas en materia de discapacidad (Palacios, 2020: 7).

Este modelo se encuentra íntimamente relacionado con la asunción de ciertos valores intrínsecos a los derechos humanos, tales como la dignidad humana, la igualdad y la libertad personal. Se propicia la inclusión social sobre la base de determinados principios como autonomía y vida independiente, no discriminación, accesibilidad universal, educación inclusiva, diálogo civil, entre otros (Rosales, 2012: 8). Para ello, se centra en la eliminación de cualquier tipo de barrera, a los fines de brindar una adecuada equiparación de oportunidades (Gandolfo & Passini, 2018: 38).

Un efecto importante de este nuevo paradigma es la aprobación en la Asamblea General de las Naciones Unidas de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad (CDPD), que entró en vigor en el año 2008 y se ha convertido en el mayor estándar de protección en reconocimiento de derechos.

IV. La discapacidad y el derecho a trabajar

En la actualidad, es indiscutible que el trabajo constituye un derecho humano fundamental. Toda persona debería tener la libertad de elegirlo en condiciones equitativas y satisfactorias y la oportunidad de ganarse la vida percibiendo una remuneración digna, con protección social y derecho de sindicación (La discapacidad y el trabajo, s.f.).

La Organización Internacional del Trabajo (OIT) fue una de las primeras en reconocer, en el año 1944, el derecho de las personas con discapacidad a las oportunidades de trabajo. En efecto, en la Recomendación N° 71 sobre la organización del empleo (transición de la guerra a la paz), la OIT estableció que "cualquiera sea el origen de su invalidez, deberían disponer de amplias facilidades de orientación profesional especializada, de formación y reeducación profesionales y de colocación en un empleo útil". Dicho organismo volvió a pronunciarse al respecto mediante la Recomendación N° 99 sobre la adaptación y la readaptación de profesionales inválidos (1955), el Convenio OIT N° 159 sobre la readaptación profesional y el empleo (personas inválidas) (1983) y la Recomendación N° 168 sobre la readaptación profesional y el empleo (personas inválidas) (1983).

A su turno, la Declaración Universal de Derechos Humanos adoptada por las Naciones Unidas en 1948, estableció en su art. 23 que “Toda persona tiene derecho al trabajo, a la libre elección de su trabajo, a condiciones equitativas y satisfactorias de trabajo y a la protección contra el desempleo. Toda persona tiene derecho, sin discriminación alguna, a igual salario por trabajo igual (...)”.

Años más tarde, en el 2006, la Asamblea General de Naciones Unidas aprobó la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CDPD) -y su protocolo facultativo-, que en la República Argentina entró en vigor en el año 2008 (Ley N° 26.378) y adquirió jerarquía constitucional en el 2014 (Ley N° 27.044).

La CDPC persigue “promover, proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales por todas las personas con discapacidad, y promover el respeto de su dignidad inherente” (artículo 1). Desde dos principios fundamentales -dignidad inherente y no discriminación-, uno de sus objetivos principales ha sido adaptar las normas pertinentes de los tratados de derechos humanos existentes, al contexto específico de la discapacidad (Gerard, 2006).

En su artículo 27, la Convención contiene pautas expresas sobre las relaciones de trabajo. Particularmente, se reconoce el derecho al trabajo de las personas con discapacidad en igual condiciones con las demás y se establece que los Estados Partes deben salvaguardar y promover el ejercicio de tal derecho, incluso para personas que adquieran una discapacidad durante el empleo, adoptando medidas pertinentes.

En esta línea, la CDPC prohíbe toda forma de discriminación, obliga a proteger los derechos de las personas con discapacidad en igualdad de condiciones, asegura que las personas con discapacidad puedan ejercer sus derechos laborales y sindicales, permite que tengan acceso efectivo a programas generales de orientación técnica y vocacional, alentando las oportunidades de empleo.

Asimismo, prevé la necesidad de realizar “ajustes razonables” para el trabajador con discapacidad en el lugar de trabajo y, la denegación de éstos o su restricción, es considerada causal de “discriminación por motivos de discapacidad”.

Tal como remarcó el TSJ en la sentencia que aquí comentamos, al suscribir los tratados mencionados el Estado se comprometió no solo a reconocer a las personas con discapacidad el derecho a gozar del más alto nivel posible de salud sin discriminación por motivos de su condición, sino, además -y en lo que concierne al caso-, extenderles una protección particularizada en materia de trabajo y empleo, que importa centralmente el reconocimiento del derecho a trabajar en igualdad de condiciones con los demás, conjuntamente con la necesidad de asumir medidas que lo promuevan.

Con tales propósitos y directivas, y en cumplimiento de lo dispuesto por el artículo 75 inc. 23 de la Constitución Nacional², nuestro país ha dictado algunas leyes tendientes a promover el desarrollo laboral de las personas con discapacidad, ya sea estableciendo cupos (Ley N° 22.431) o beneficios diversos a los empleadores (Ley N° 26.816, N° 26.476, entre otras).

2 Dicho precepto establece que es obligación del Congreso Nacional “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 (...) las personas con discapacidad”.

En el ámbito local, la Constitución de la Provincia de Córdoba resulta pionera en la materia en tanto ha adherido claramente al paradigma forjado desde los derechos humanos, señalando que “Los discapacitados tienen derecho a obtener una protección integral del Estado que abarque la prevención, asistencia, rehabilitación, educación, capacitación, inserción en la vida social, y a la promoción de políticas tendientes a la toma de conciencia de la sociedad respecto de los deberes de solidaridad” (artículo 27). A esos efectos, la Ley Provincial N° 5624 ha establecido el deber de reserva de un cupo de cargos destinados a ser cubiertos por personas con discapacidad.

V. Discriminación por discapacidad en el ámbito laboral

A pesar de los esfuerzos realizados con el propósito de atenuar la problemática de las personas con discapacidad, su inclusión en el mercado laboral sigue representando una cuestión a resolver.

Este grupo de personas se enfrenta a tasas de empleo más bajas, tasas de desempleo más altas y a una mayor probabilidad de ser económicamente inactivas que aquellas que no presentan una discapacidad. Si están trabajando, tienen más probabilidades de tener empleos mal remunerados, con pocas perspectivas profesionales y malas condiciones de trabajo. Por este motivo, existe un vínculo innegable entre la discapacidad, la pobreza y la exclusión; pues la falta de igualdad de oportunidades de empleo para las personas con discapacidad constituye una de las causas subyacentes de la pobreza y la exclusión de dichas personas (OIT, 2015: prólogo).

En el caso bajo análisis, el actor fue diagnosticado con una incapacidad laboral permanente como consecuencia de un accidente laboral y, posteriormente, fue dado de baja de la planta personal del municipio por no encontrarse en condiciones de reintegrarse a sus tareas debido a su incapacidad y atento a la imposibilidad de ser reubicado. De acuerdo a lo señalado por el Tribunal de mérito, no surgía de las constancias de la causa que la Administración hubiese recabado opinión médica que sustentara tal decisión.

Se observa, de este modo, la actitud discriminatoria de un empleador que, ante lo diferente -trabajador con discapacidad-, decide sin más despedir a su dependiente sin ni siquiera corroborar su estado, ni indagar la posibilidad que tiene aquél de seguir realizando las mismas tareas y/u otras adecuadas a su capacidad remanente.

Tal como fue expuesto en la sentencia judicial que analizamos, no caben dudas de que la decisión administrativa impugnada importó una clara contravención de los instrumentos internacionales citados. Pues, en lugar de promover el empleo público de las personas con discapacidad, estuvo dirigida a lograr lo contrario, es decir, su exclusión laboral.

Con acierto, el Tribunal interviniente puso de resalto la consideración disvaliosa y degradante acerca de las situaciones de discapacidad que la decisión cuestionada escondía. Destacó, en tal sentido, que ésta condensaba “una valoración retrógrada que equipara las limitaciones físicas o motoras de las personas al carácter de barreras insuperables a las que solo cabe conformarse y que son merecedoras de la deshumanización de quien las sufre, pese a que la normativa apuntada (y el más básico sentido de decencia) imponen la opinión completamente opuesta”.

VI. El Poder Judicial como garante del modelo social de discapacidad

Es innegable, entonces, que para el reconocimiento de los derechos de las personas con discapacidad no solo se requiere de una normativa que así lo establezca, sino que también es necesario que estas declaraciones de derechos se hagan operativas a través de los carriles o vías pertinentes. Como dijera Norberto Bobbio, el problema fundamental con los derechos humanos no es tanto analizarlos o justificarlos, sino protegerlos y comprometerse con ellos (Bobbio, 1991).

Muchas veces, el Estado es el primero en incumplir las normas nacionales y las internacionales con las que está comprometido -tal lo ocurrido en el caso comentado- y, ante dicho incumplimiento, quien en última instancia debe garantizar los derechos allí establecidos es la Justicia.

Así, el Poder Judicial se erige como un sistema de protección encaminado a buscar resultados precisos, frente a la fragilidad y vulnerabilidad que atraviesan una gran cantidad de individuos en nuestra sociedad. Es que, como últimos custodios de la ley, compete a los jueces buscar los medios para afianzar la eficacia de los derechos fundamentales y disponer las medidas positivas necesarias que permitan asegurar una igualdad real de oportunidad y de trato, especialmente a favor de grupos en situación de vulnerabilidad (Jalil, 2018).

En este contexto, el acceso a la justicia se presenta como uno de los derechos humanos más fundamentales, ya que es la herramienta que permite garantizar el cumplimiento efectivo del resto de los derechos. Esta garantía no se limita a la entrada formal del individuo al ámbito jurisdiccional, sino que también requiere de un sistema judicial que arbitre mecanismos y herramientas eficaces y acordes a los asuntos en juego, otorgando una respuesta justa a las pretensiones de las partes que, en tiempo oportuno, permita materializar los derechos reconocidos.

Por imperio del art. 13 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, los Estados Partes -entre ellos la República Argentina- se han comprometido a garantizar que las personas con discapacidad tengan acceso a la justicia en igualdad de condiciones con las demás, incluso mediante ajustes en los procedimientos.

En esta línea, desde el Poder Judicial de la Provincia de Córdoba se ha buscado sensibilizar y brindar herramientas para adaptarse al nuevo modelo social de la discapacidad y, de esta forma, mejorar el acceso a la justicia de las personas que integran este colectivo, promoviendo un trato adecuado y procurando eliminar las barreras sociales que las afectan³.

En el caso que nos ocupa, la adecuación a este nuevo paradigma se refleja con claridad. Pues, pese a considerar que había otras razones que bastaban para resolver el recurso intentado, el Tribunal interviniente estimó ineludible referenciar la conducta administrativa sometida a revisión a partir de una mirada centrada en los Derechos Humanos y, por ello, en aras a un siempre perfectible servicio de justicia, efectuó un análisis a través de la ponderación de los compromisos internacionales asumidos por la República Argentina respecto de los derechos de las personas con discapacidad.

Como corolario del análisis efectuado, la sentencia no solo confirmó la decisión de rein-

3 Ver, en este sentido, el Acuerdo Reglamentario N° 1301, serie "A" emitido por el TSJ con fecha 19/08/2015.

corporar al accionante, sino que también exhortó al Consejo Deliberante de la municipalidad demandada que asumiera en su consideración los mejores medios para alcanzar los cometidos que prevén los instrumentos internacionales citados y, al mismo tiempo, a la luz de los hechos que dieron lugar a la controversia, evaluara las pautas adecuadas para informar y concientizar a las autoridades, funcionarios y empleados públicos municipales sobre los derechos que asisten a las personas con discapacidad y sobre la prevención de todas las formas de discriminación en su contra.

De esta manera, y en esta ocasión, la justicia cordobesa aceptó el desafío que el modelo social de la discapacidad impulsa, no sólo brindando protección a los derechos de la persona con discapacidad involucrada en el caso, si no también, avanzando en la propuesta de otros medios e iniciativas tendientes a garantizar el efectivo cumplimiento de los derechos reconocidos a quienes integran este colectivo.

VI. Conclusiones

El derecho al trabajo, entendido como un derecho humano fundamental, es un factor inexorable de progreso personal e inclusión social. Se trata de un derecho esencial para la realización de otros derechos humanos y constituye una parte inseparable e inherente de la dignidad humana. No obstante ello, la inserción de las personas con discapacidad en el mercado laboral sigue siendo un asunto pendiente.

El Estado, como garante, tiene la responsabilidad de gestionar para disminuir el desempleo de las personas con discapacidad y concretar así su inclusión en el mercado laboral, desterrando las prácticas que aún hoy persisten por seguir arraigadas en el modelo médico y adoptando la propuesta de trabajo inclusivo que propone la CDPCC a través de su enfoque en el modelo social.

Y bajo este paradigma, los jueces están llamados a cumplir un rol fundamental, puesto que corresponde a ellos buscar los caminos que permitan garantizar la eficacia de los derechos reclamados y evitar que estos sean vulnerados como objetivo principal a la hora de administrar justicia y de tomar decisiones en los procesos que se someten a su conocimiento⁴.

Se advierte, en este sentido, una creciente y gradual tendencia del sistema judicial a asumir esta misión institucional, especialmente en las situaciones en las que se detecta una clara omisión de los otros poderes. De esta manera, el Poder Judicial se erige no sólo en garante de los derechos de las personas más desventajadas, sino también en un partícipe activo del obrar del Estado a fin de dar plena garantía a la tutela y/o restitución de derechos que a dichas personas les pudieran estar siendo vulnerados.

La sentencia aquí analizada tiene significativa importancia, dado que la postura seguida por el Tribunal Superior de Justicia constituye uno de los más claros ejemplos de la debida aplicación del modelo social de la discapacidad.

El fallo, a partir de la labor activa del Tribunal, no solo resultó ser auspicioso en garantizar los derechos fundamentales afectados en el caso sino que, además, procuró su protección instando a otros niveles del Estado a tomar medidas para adecuarse al nuevo paradigma.

4 CSJN, Fallos 339:515.

A modo de cierre, es importante destacar que el caso que aquí comentamos constituye un necesario precedente que evidencia el camino que nuestro Poder Judicial ha tomado en la búsqueda de mecanismos adecuados para responder al imperativo que emana de los tratados internacionales y demás instrumentos sobre derechos humanos, fundamentalmente, en lo que respecta a la aplicación del principio y derecho a la igualdad y no discriminación de las personas con discapacidad en el ámbito laboral.

Referencias Bibliográficas

- Bobbio, N. (1991). *El tiempo de los derechos*. Editorial Sistema. http://culturadh.org/ue/wp-content/files_mf/144977835110.pdf
- Courtis, C. (2004). *Discapacidad e inclusión social: reto teóricos y desafíos prácticos*. Algunos comentarios a partir de la Ley 51/2023. *Jueces para la democracia*, (51).
- Gandolfo, M., & Passini, M. (2018). Los modelos de la discapacidad y la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CDPCD). En A. Rossetti, N. Monasterolo, & S. Yoma (Eds.), *Salud Mental y Derecho: Derechos Sociales e Intersectorialidad* (pp. 31-51). Espartaco. https://rdu.unc.edu.ar/bitstream/handle/11086/15122/2018%20Salud_Mental%20y%20Derecho.%20Derechos%20Sociales%20e%20Intersectorialidad.pdf?sequence=1
- Gerard, Q. (2006). *The UN Human Rights of Persons with Disabilities Treaty. A Blueprint for Disability Law & Policy Research and Reform*. Annual Research Conference. National Disability Authority.
- Jalil, S. N. (2018). *El acceso a la justicia como derecho humano fundamental*. elDial.com.
- Jefatura de Gabinete de Ministros. (s.f.). *La discapacidad y el trabajo*. Portal oficial del Estado Argentino. <https://www.argentina.gob.ar/jefatura/gestion-y-empleo-publico/empleadopublico/discapacidad/buenaspracticas/trabajo>
- Organización Internacional del Trabajo. (2015). *Trabajo decente para personas con discapacidad: promoviendo derechos en la agenda global de desarrollo*. https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_emp/---ifp_skills/documents/publication/wcms_430938.pdf
- Palacios, A. (2008). *El modelo social de la discapacidad: orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*. CINCA.
- Palacios, A. (2020). *Enfoque y perspectiva de discapacidad y derechos humanos*. En S. E. Fernandez, M. G. Iglesias, & A. Palacios (Eds.), *Situaciones de discapacidad y derechos humanos*. La Ley.
- Rosales, P. O. (2012). *Convención sobre los Derechos de las personas con discapacidad ONU. Una introducción al marco teórico y jurídico de la discapacidad y los Derechos Humanos*. En F. Carignano, A. Palacios, & P. O. Rosales (Eds.), *Discapacidad, Justicia y Estado: acceso a la justicia de personas con discapacidad*. Infojus. http://www.saij.gob.ar/docs-fl/ediciones/libros/Discapacidad_Justicia_Estado_1.pdf
- Saad, C., & Mini, E. (2023). *Personas con discapacidad y derechos. Reforma de la Ley 22.431, una propuesta sobre el eje temático trabajo*. *Anuario Del Centro De Investigaciones Jurídicas Y Sociales*, XXI, 257-266. <https://revistas.unc.edu.ar/index.php/anuariocijs/article/view/40676>

Vulnerabilidad como parámetro de resolución de amparos de salud. El derecho a la salud y su enfoque tuitivo

Vulnerability as a parameter for resolving amparo actions of health. The right to health and its tutelary approach

Abel Agustín Campos Colazo¹

DOI: [https://doi.org/10.37767/2591-3476\(2024\)33](https://doi.org/10.37767/2591-3476(2024)33)

Comentario a

O., P. A. C/ A.P.R.O.S.S. Y OTRO – AMPARO (LEY 4915)", de fecha 11/05/2023

**Cámara Contencioso Administrativa de Primera Nominación
de la ciudad de Córdoba**

Acceso al Fallo

RESUMEN:

La Cámara Contencioso Administrativa de Primera Nominación, por mayoría, hizo lugar a la acción de amparo interpuesta por la Sra. O., P. A., a los fines de que la obra social demandada continúe brindando la cobertura integral de hogarización con control psiquiátrico en una institución acorde a las necesidades de aquella. Para resolver así, efectuó un control de juridicidad de las normas del Convenio de Adhesión celebrado con la obra social originaria de la amparista -afiliada de extraña jurisdicción-, consideró su situación de vulnerabilidad y la preeminencia de su derecho a la salud.

En el presente artículo, se pretende desentrañar los principales argumentos del fallo citado, a partir de un análisis normativo, doctrinal y jurisprudencial que resultan aplicables en los amparos de salud en general. Se concluye que el Estado, en su posición de garante, y el Poder Judicial, en particular, deben coadyuvar con la efectivización del derecho a la salud de las personas vulnerables.

¹ Abogado (UNC); Egresado sobresaliente; Premio Santiago Derqui 2022 (Mejor promedio en Derechos Públicos de la carrera de Abogacía). Profesor de Derecho Constitucional y Bases del Derecho Privado (UES21). Docente integrante de la Comisión Académica Evaluadora (CAE) (UES21). Investigador ayudante en diversos proyectos de investigación. Se desempeña como Meritorio en la Cámara Contencioso Administrativa de Segunda Nominación de la Ciudad de Córdoba. Mail: abelaguscamos.ac@gmail.com. Nro. de ORCID: 0009-0001-0228-1403.

ABSTRACT

The Contentious Administrative Chamber of First Nomination, by majority, granted the amparo action filed by Mrs. O., P. A., with the aim that the defendant Health Insurance Provider continue providing comprehensive coverage for *hogarizacion with psychiatric supervision in a facility suited to her needs. In order to reach this decision, it reviewed the legality of the rules of the Adhesion Agreement entered into with the Health Insurance Provider of origin of the plaintiff* -an affiliated member from a different jurisdiction-, *considered her situation of vulnerability and the preeminence of her right to health.*

In this article, the aim is to unravel the main arguments of the cited ruling, through a normative, doctrinal, and jurisprudential analysis that are applicable in health-related amparo cases in general. It is concluded that the State, in its role as guarantor, and the Judiciary, in particular, must collaborate to ensure the effective realization of the right to health for vulnerable individuals.

PALABRAS CLAVE: Salud; discapacidad; vulnerabilidad; Obra Social; acción de amparo de salud.

KEY WORDS: Health; disability; vulnerability; Health Insurance Provider; amparo action of health.

I. Introducción

El objetivo de este trabajo es efectuar un breve análisis de la interpretación sistemática y axiológica de las normas protectoras del derecho a la salud efectuada por el Tribunal al resolver la causa, en virtud de la acción de amparo interpuesta por el hermano -en su carácter de curador- de la Sra. O., P. A., en contra de la Administración Provincial de Seguro de Salud (A.Pro.S.S.) y del Instituto de Obra Médico Asistencial (I.O.M.A.) -Obra Social de la Provincia de Buenos Aires-.

En el caso bajo examen, se persiguió la continuidad de la cobertura de “hogarización con prestaciones psiquiátricas” para la Sra. O., P. A. en la institución donde ya se encontraba internada, o en otro nosocomio acorde a sus necesidades a cargo de A.Pro.S.S, en virtud de la medida cautelar ordenada por el Juez Civil, posteriormente prorrogada por la Cámara avocada.

La acción de amparo se interpuso ante la negativa de A.Pro.S.S. de seguir brindando la cobertura fundada en el carácter de “afiliada de extraña jurisdicción” de la amparista y en los términos y condiciones del convenio celebrado con la obra social I.O.M.A. de quien es afiliada originaria.

La Cámara Contencioso Administrativa de Primera Nominación de la ciudad de Córdoba, por mayoría, consideró que desde un enfoque tuitivo del derecho a la salud que consagra nuestro ordenamiento jurídico tanto a nivel convencional y constitucional (art. 31, 75 inc. 22 de la Convención Interamericana de Derechos Humanos (C.I.D.H) y concordantes como infraconstitucional, tomando en cuenta la actuación homogénea y convergente de las distintas autoridades (administrativas y judiciales) enderezada a asegurar la más amplia tutela del derecho a la salud de la actora, como así también la situación de vulnera-

bilidad en la que se encontraba la actora, no existía ninguna razón objetiva -ni normativa ni fáctica- que permita ni justifique discontinuar la cobertura de salud que fue dispuesta cautelarmente en favor de la Sra. O., P. A.

II. La Sentencia.

1. Hechos y tramitación del proceso.

Por sentencia de un tribunal de la localidad de Junín (Provincia de Buenos Aires), se declaró la limitación de la capacidad de una mujer mayor de edad (Sra. O., P. A.) y su hermano fue designado su curador.

Tiempo después, ambos se mudaron desde esta ciudad a la provincia de Córdoba, razón por la cual, la Sra. O., P. A., que originalmente era afiliada de I.O.M.A., comenzó a contar con cobertura de A.Pro.S.S., por convenio entre estas obras sociales provinciales.

En un primer momento, los hermanos convivieron en la misma casa, aunque luego de un breve tiempo la mujer comenzó a residir en el "Hogar Abril" (por indicación médica), hasta que a raíz de una descompensación psiquiátrica tuvo que ser internada durante aproximadamente un mes y medio en la Clínica San Nicolás, de la que fue dada de alta con expresa indicación de ser hogarizada en una institución con control psiquiátrico.

Por este motivo, su curador solicitó dicha cobertura a A.Pro.S.S., la que fue denegada con el argumento de que no era procedente de conformidad al contrato suscripto con I.O.M.A., por lo que debía acudir a su obra social de origen. Ante esta negativa, se comunicó con I.O.M.A., la que también denegó la cobertura, por corresponderle íntegramente a A.Pro.S.S., ya que no poseían prestadores en la Provincia de Córdoba.

En virtud de la negativa de ambas obras sociales y la urgencia de la situación planteada, dado que la amparista estaba a punto de ser dada de alta de la internación psiquiátrica y no resultaba posible ni aconsejable que viviera con sus familiares, sino que, debía ser hogarizada; con el patrocinio de la Asesoría Letrada Civil y Comercial de Sexto Turno, solicitó medida cautelar por ante Juzgado Civil y Comercial de la ciudad de Córdoba a los fines que A.Pro.S.S. brinde la urgente cobertura de hogarización integral de la amparista en institución psicogerítrica acorde a sus necesidades, la que fue dispuesta por el plazo excepcional de dos meses.

Sin cumplir lo ordenado, aquella obra social compareció e interpuso reposición con apelación en subsidio en contra del proveído que determinó la medida. Por lo que el Sr. Juez corrió vista al Ministerio Público Fiscal para que se pronuncie sobre su competencia para resolver dicho recurso.

En esta oportunidad, la Sra. Fiscal interviniente entendió que, si bien el juez de primera instancia actuó en el marco de su competencia al dictar la medida, superada la urgencia, el pedido debía tramitarse como amparo ante la Cámara Contencioso Administrativa que por turno correspondía.

Siendo rechazada la reposición, concediéndose la apelación sin efecto suspensivo, manteniéndose la medida cautelar dispuesta, este Tribunal ratificó su incompetencia material para expedirse sobre el fondo de la cuestión.

Posteriormente, A.Pro.S.S. manifestó que, al no contar con prestadores geriátricos, la cobertura sería vía reintegro debiendo la amparista encontrar una institución acorde y presentar las facturas para su reintegro.

Finalmente, la mujer fue hogarizada a mediados del mes de septiembre de 2022 en la institución denominada “La Casa de la Rivera”, encontrándose cubierta dicha prestación hasta noviembre del mismo año.

Con fecha 8 de noviembre de 2022 el curador de la Sra. O., P. A. interpuso acción de amparo en contra de la Administración Provincial de Seguro de Salud (A.Pro.S.S.) y del Instituto de Obra Médico Asistencial (I.O.M.A.) y solicitó, como medida cautelar, que se provea de forma inmediata a la continuación de la cobertura de la hogarización en la institución “La Casa de la Rivera”; a cargo de A.Pro.S.S., la que fue proveída favorablemente el día 15 de noviembre de 2022, luego de que las partes no hayan arribado a acuerdo alguno en oportunidad de la audiencia fijada a tales efectos; medida que fue prorrogada sucesivamente a petición de la accionante.

Al ingresar al estudio de la cuestión, con fecha 23 de febrero de 2023 el Tribunal dispuso una medida para mejor proveer, consistente en la solicitud a la demandada para que informe sobre el estado actual del Convenio celebrado con el Instituto de Obra Médico Asistencial (I.O.M.A.), en especial su vigencia, con su documentación respaldatoria, y también se requirió a la parte accionante que informe el estado actual de habitación de la amparista y si subsistía la necesidad de cobertura de la prestación solicitada.

El día 27 de febrero del mismo año la Auxiliar Colaboradora de la Asesoría Letrada Civil del Sexto Turno acompañó constancia de la comunicación mantenida con el hermano de la mujer de la que surgió que la amparista continuaba en la casa de medio camino “Casa de la Rivera” y que la demandada procedió al depósito voluntario de la cobertura de dicha hogarización, subsistiendo, en consecuencia, la necesidad de cobertura.

Con fecha 6 de marzo de 2023 la demandada adjuntó documentación respaldatoria que acredita que el vínculo contractual con I.O.M.A. que se encontraba vigente al día de la fecha.

Evacuadas las correspondientes vistas por las partes, las actuaciones volvieron a estudio a los fines de resolver en definitiva.

2. Lo resuelto.

En primer lugar, la Sra. Vocal del primer voto, en minoría, rechazó la petición de la parte actora.

Dentro de los fundamentos dados, expuso que de la interpretación literal del Convenio de Adhesión para la Atención de Afiliados de I.O.M.A. en la Provincia y de su espíritu, resultó que el vínculo con la Sra. O., P. A. y A.Pro.S.S. devino de la afiliación de aquella a I.O.M.A. y de este convenio entre estas dos prestadoras del seguro de salud, por lo que el responsable y titular originario de la cobertura de salud de la amparista era I.O.M.A., tal como la propia accionante lo reconoció; y que, conforme el Convenio, A.Pro.S.S. sólo resultaba prestadora de los servicios en los términos y condiciones allí establecidos, no quedando comprendida la prestación reclamada.

Por estos motivos, no advirtió ilegalidad o arbitrariedad manifiestas en el actuar de esta obra social, ni en su negativa de cobertura a una prestación que excedía los términos del contrato del que devenía la afiliación de la amparista.

Asimismo, entendió que la delimitación constitucional de las competencias provinciales y federales (art. 166 C.N.) excluían de la jurisdicción de la Cámara cualquier juzgamiento a la obra social originaria de la amparista, con sede en la provincia de Buenos Aires.

Por otro lado, los restantes Sres. Vocales, en mayoría, resolvieron hacer lugar a la acción y condenaron a la A.Pro.S.S. a brindar a la actora la cobertura integral de hogarización con control psiquiátrico en una institución acorde a las necesidades de la actora, sin perjuicio de los trámites que correspondiera hacer a la demandada ante I.O.M.A. en los términos del convenio que regía las relaciones entre ambas.

Para resolver así, consideraron que desde un enfoque tuitivo del derecho a la salud que consagra nuestro ordenamiento jurídico tanto a nivel convencional y constitucional (art. 31, 75 inc. 22 de la Convención Interamericana de Derechos Humanos (C.I.D.H) y concordantes como infraconstitucional, la pretensión de la actora debía ser acogida favorablemente.

Argumentaron que, dado el carácter fundamental de los derechos de que se trata (salud y vida), corresponde efectivizar su protección en el caso de que se consideren vulnerados. Siendo obligación de los jueces realizar un control de convencionalidad de la actuación administrativa a fin de dilucidar si ésta se enmarca dentro de los principios receptados por la Constitución y Tratados reconocidos por el Estado.

Además, a partir de la prueba rendida en autos, repararon en que la actuación homogénea y convergente de las distintas autoridades (administrativas y judiciales) estaba enderezada a asegurar la más amplia tutela del derecho a la salud de la actora, no existiendo ninguna razón objetiva -ni normativa ni fáctica- que permita ni justifique discontinuar la cobertura de salud que fue dispuesta cautelarmente en favor de la Sra. O., P. A.

Destacaron la situación de vulnerabilidad en la que se encontraba la actora, que también fue tomada en consideración a los fines del dictado de la medida cautelar y de sus sucesivas prórrogas.

Comprendieron que, en base a estas premisas y en el marco del respeto a los principios de tutela judicial efectiva, el acuerdo celebrado entre A.Pro.S.S. y I.O.M.A. debía ser interpretado en orden a asegurar la continuidad de las prestaciones requeridas por la amparista, sin importar si era afiliada de extraña jurisdicción. Una interpretación contraria, importaría un trato discriminatorio y diferencial respecto de la actora, teniendo en cuenta el trato que A.Pro.S.S. brindaba al resto de sus afiliados.

Finalmente, pusieron de resalto que el art. 15 del Convenio de Adhesión establecía que I.O.M.A. debería mantener indemne a la A.Pro.S.S. frente a cualquier reclamo judicial o extrajudicial que una persona física o jurídica pudiera efectuarle por causas derivadas del cumplimiento y/o incumplimiento de las obligaciones de pago emergentes del contrato, agregando la facultad de reclamar los perjuicios por vía judicial. De tal forma, el menoscabo patrimonial que pudiera sufrir A.Pro.S.S. por la cobertura de la prestación, encontraba suficiente tutela en esta cláusula.

III. Concepciones generales. Protección del derecho a la salud. Plexo normativo internacional, federal y provincial.

La salud puede ser definida como “un estado de completo bienestar físico, mental y social y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades...” (Palacio de Caiero, 2022: 672), es decir, como un todo, desde su faz dinámica, referida a la calidad de vida de la persona humana, como un proceso adaptativo -de acuerdo a las circunstancias sociales, culturales y temporales en las que se encuentra el sujeto-.

Se encuentra íntimamente ligada a la concepción de vida, al punto tal que no podremos hablar de vida digna -o de dignidad humana, en sí- sin tomar en cuenta el aspecto relativo a la salud, ya que tiene repercusión sobre las otras facetas que conforman la concepción de persona (ambiente, sociedad, educación, trabajo, etc.).

Tanto la vida como la salud, son objeto de tutela especial por parte del derecho, según veremos.

El derecho a la salud, de acuerdo a Barrera Buteler (2015), muestra tres dimensiones: en primer lugar, como facultad de exigir *erga omnes* una conducta negativa -que otras personas (humanas o jurídicas) o el propio Estado se abstengan de realizar actos en contra de la salud-. La segunda dimensión, originada en el constitucionalismo social, importa la facultad para exigir determinadas conductas positivas o prestaciones (provisión de agua potable, vivienda, alimentación, prestaciones médico-asistenciales, entre otras). Por último, la tercera dimensión, nacida del constitucionalismo posmoderno, consiste en una facultad de exigir *erga omnes* conductas negativas como positivas -representa al derecho ya no como de carácter personal, sino como un derecho colectivo-.

A nivel internacional, se observan una serie de instrumentos destinados a proteger el derecho a la salud, muchos de ellos gozan de jerarquía constitucional en nuestro país a partir de la reforma del año 1994 (art. 75 inc. 22 C.N.). Otros conforman el denominado *soft law*, sin fuerza vinculante, pero de gran importancia a la hora de interpretar y aplicar las normas del ordenamiento jurídico.

Entre otros que regulan el derecho a la salud, podemos mencionar la Declaración Universal de Derechos Humanos (art. 25); Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (art. 12); Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (arts. 10 y 11); Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (art. 5); Convención sobre los Derechos del Niño (art. 24); Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre (art. XI); Convención Americana sobre Derechos Humanos (arts. 4 y 5), etc.

En el año 2008, mediante Ley N° 26.378, se aprobó la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y su Protocolo Facultativo, quedando incorporados a nuestro ordenamiento jurídico. Posteriormente, por Ley N° 27.044, se le otorgó jerarquía constitucional en los términos del art. 75 inc. 22 C.N. Este instrumento regula el derecho a la salud en su art. 25, sin perjuicio de mencionarlo de manera reiterada a lo largo de su texto.

Dentro de los instrumentos de *derecho blando*, revisten trascendencia “Las 100 Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en condición de Vulnerabilidad”, sancionadas en ocasión de la XIV Cumbre Judicial Iberoamericana de marzo del 2008, que

estatuyen principios, pautas y bases de reflexión para la interpretación y aplicación del derecho por parte de los órganos judiciales a los fines de garantizar el acceso a la justicia de personas vulnerables. Si bien no menciona al derecho a la salud, tiene completa relación con la temática, ya que dentro de los grupos vulnerables encontramos a los niños, niñas y adolescentes, ancianos, personas con discapacidad, entre otros.

A nivel federal, la Constitución Nacional no menciona expresamente el derecho a la salud, sólo se refiere a él con relación a los usuarios y consumidores (art. 42). Sin embargo, posee carácter constitucional en virtud de la cláusula de los derechos implícitos (art. 33). En el marco del fenómeno de la constitucionalización del derecho privado, se sancionó el nuevo Código Civil y Comercial (Ley N° 26.994), incorporándose diversas disposiciones relacionadas al derecho a la salud (especialmente, en la Parte General -arts. 25, 42, 56, 59, 60, por mencionar algunos-), que deben ser interpretados y aplicados a la luz de normas y principios de orden superior (arts. 1 y 2).

Asimismo, a modo de ejemplo, encontramos la Ley N° 26.529 (Derechos del Paciente en su Relación con los Profesionales e Instituciones de la Salud), Ley N° 26.657 (Ley de Salud Mental), Ley N° 22.431 (Sistema de Protección Integral de Discapacitados), etc.

A nivel provincial, la Constitución de Córdoba regula expresamente el derecho a la salud (arts. 19, 59 y 66). Además de existir múltiples leyes y programas de gobierno destinados a su tutela.

Dentro de su ámbito, el Tribunal Superior de Justicia de esta provincia aprobó mediante Acuerdo Reglamentario N° 664, Serie "A", de fecha 11/09/2017 el proyecto marco "Promoción del Acceso a la Justicia de Grupos Vulnerables" presentado por la Oficina de Derechos Humanos, que ha considerado los Informes de Actualización sobre Acceso a la Justicia requeridos por JUFEJUS para la Comisión de Seguimiento de la Implementación de las Reglas de Brasilia XIX, Cumbre Iberoamericana (períodos 2012-2013 y 2014-2016).

IV. Acceso a la justicia y efectivización del derecho a la salud de las personas con discapacidad en su condición de vulnerables.

La situación de vulnerabilidad que conlleva la discapacidad, trae consigo grandes desventajas para el ejercicio de derechos, incluyendo una mayor exposición a escenarios que posibilitan su avasallamiento, por ello se les debe una protección especial.

Es así que, dentro de la expresión de motivos de las Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en condición de Vulnerabilidad, se estableció que "el sistema judicial se debe configurar, y se está configurando, como un instrumento para la defensa efectiva de los derechos de las personas en condición de vulnerabilidad. Poca utilidad tiene que el Estado reconozca formalmente un derecho si su titular no puede acceder de forma efectiva al sistema de justicia para obtener la tutela de dicho derecho... De esta manera, el propio sistema de justicia puede contribuir de forma importante a la reducción de las desigualdades sociales, favoreciendo la cohesión social..."².

De manera coincidente se ha dicho que "el derecho de acceso a la justicia debe ser concebido como una especie de 'derecho bisagra', en cuanto permite dar efectividad a otros derechos (como civiles, políticos, económicos, sociales y culturales) abriendo el camino

² Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en condición de Vulnerabilidad. Expresión de motivos, disponible en <https://www.acnur.org/leadmin/Documentos/BDL/2009/7037.pdf>.

para reclamar por su cumplimiento y así garantizar la igualdad y la no discriminación.

En ese contexto, el Poder Judicial tiene un rol fundamental, por cuanto debe garantizar el acceso a la administración de justicia, ser independiente, brindar calidad institucional y transparencia..." (Ortega, 2023: 9).

Esto se traduce en garantizar el acceso irrestricto a la justicia de todas las personas, en consonancia con los compromisos internacionales asumidos por nuestro país (art. 10 D.U.D.H.; art. 14 P.I.D.C.P.; art. 13 C.D.P.D.; art. XVIII D.A.D.H.; arts. 8 y 25 C.A.D.H., entre otros).

De allí que podamos hablar del poder de la vulnerabilidad, por cuanto tiene el potencial para conmovir la interpretación y aplicación mecánica del Derecho por parte de los servidores de la Justicia (Sosa, 2023: 303).

Esto nos lleva a que, no sólo resulta imprescindible un control de juridicidad de las normas componentes del ordenamiento jurídico, sino también se debe predicar respecto a las cláusulas de los acuerdos celebrados entre partes que tengan implicancias sobre personas en situación de vulnerabilidad -tal es el caso estudiado-.

En este sentido, si bien no se debe prescindir de la letra de la ley o de cláusulas contractuales, tampoco corresponde apegarse rigurosamente a ella, descuidando su espíritu y finalidad. Una interpretación contraria por parte de los tribunales estaría reñida con el principio de la tutela judicial efectiva (arts. 8 y 25 C.A.D.H.), nos acerca al terreno de la denegación de justicia -en su concepción real- y agrava la situación en la que se encuentra el justiciable, el que pasa a ser doblemente vulnerable: debido a su condición y a la falta de respuestas efectivas por parte del aparato estatal (interseccionalidad).

Como vimos al relatar lo resuelto en el caso de la Sra. O., P. A., al tomar la literalidad de las cláusulas del Convenio de Adhesión entre las obras sociales provinciales, no se brindaba una solución coherente a la situación que estaba atravesando aquella mujer, resultó necesario el control de juridicidad de las normas contractuales y se evidenció que se encontraban en pugna con el bloque de constitucionalidad (la Constitución Nacional y Tratados Internacionales de Derechos Humanos con jerarquía constitucional, art. 75 inc. 22), por lo que debieron ser interpretadas a la luz de principios de orden superior.

De esta manera, una interpretación sistemática y axiológica de las normas y principios jurídicos por parte de los operadores del Derecho, se convierte en una verdadera misión para éstos y contribuye a la efectivización del derecho a la salud de las personas en situación de vulnerabilidad.

El Tribunal Superior de Justicia de Córdoba, a través de su Sala Electoral y de Competencia Originaria, tiene sentado que "cualquier examen de un caso donde esté de por medio la salud, y con ella, el derecho a la vida de las personas, debe partir necesariamente de un pormenorizado análisis de las circunstancias vitales particulares y singulares que subyacen al planteo, en aras de dotar de equidad a la solución que se procure. Ello por cuanto, se ha señalado con justeza que 'Lo justo judicial es lo que acorde a derecho resulta prudente y razonable en ese caso en particular y no a cualquier otro'..."³.

³ T.S.J., Sala Electoral y de Competencia Originaria: Auto N° 493 de fecha 16/12/2014 in re "O., E. R c/ Administración Provincial del Seguro de Salud (APROSS) - AMPARO".

V. La judicialización del derecho a la salud y la acción de amparo como medio eficaz para su salvaguarda. La importancia de las medidas cautelares en los amparos de salud.

En este punto, debo decir que concuerdo plenamente con Petrella (2017), al sustentar que someter a una persona, ya en una situación de vulnerabilidad derivada de su problema de salud, a iniciar un tedioso camino en sede administrativa y posterior acción judicial, atenta seriamente con su dignidad humana -el único derecho humano absoluto-. Al respecto, el Dr. Ricardo Lorenzetti, Ministro de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, entendió que “corresponde afirmar claramente que los derechos vinculados al acceso a prestaciones de salud integrales no pueden ser meramente declarativos, porque su goce efectivo es lo que permite a una persona desplegar plenamente su valor eminente como agente moral autónomo, base de la dignidad humana que esta Corte debe proteger...”⁴.

Siguiendo a la autora citada, la cuestión de la judicialización de la salud se torna más compleja cuando un sinnúmero de personas que no cuentan con cobertura médica de ningún tipo -que genera mayores costos al Estado, que a veces no son asumidos por éste- y ante los avances de la medicina que ocasiona que los operadores de salud denieguen ciertas prestaciones; imponiéndose esta denegatoria como regla. Esto genera dos consecuencias. En primer lugar, no todos aquellos que tienen un inconveniente judicializan su reclamo, por lo que el prestador resulta beneficiado en su ecuación económico financiera. Por otro lado, se genera una situación de inequidad que coloca a la persona que decide litigar y obtiene una sentencia favorable en una mejor posición con relación a aquel que decide no hacerlo (o no tiene la posibilidad de hacerlo), lo que constituye una gran distorsión del sistema y rompe con el principio de igualdad consagrado constitucional y convencionalmente.

Sin desconocer la conflictividad social en constante crecimiento, encontramos numerosos casos donde los conflictos son fácilmente solucionables en sede administrativa. No obstante, la judicialización del reclamo, con el consiguiente desgaste jurisdiccional innecesario y la revictimización de la persona en situación de vulnerabilidad, se impone como un principio general.

En la sentencia comentada, fue indispensable la palabra de un tribunal para garantizar la protección del derecho a la salud de una persona, destacándose la actuación convergente de los órganos administrativos y judiciales intervinientes orientados a brindar la solución más expeditiva posible al caso particular de esta mujer, donde no se tenía certeza sobre qué obra social debía brindar la cobertura de la prestación.

En este marco, la acción de amparo se alza como un medio idóneo y eficaz para la salvaguarda de los derechos a la vida y a la salud de las personas, frente a la existencia de trámites administrativos y de procesos ordinarios de conocimiento que se contraponen a la urgencia del caso. Es decir, el factor tiempo juega un rol fundamental en este tipo de acción judicial, en tanto la demora que normalmente insumiría el agotamiento de la vía administrativa o la tramitación de otro tipo de proceso judicial, tornaría ilusorios estos derechos fundamentales.

4 Fallos 330:3725, voto del Dr. Ricardo Lorenzetti. Disponible en <https://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verDocumentoByIdLinksJSP.html?idDocumento=6319251>

Como presupuesto para la procedencia de esta acción expedita, Palacio de Caeiro y Junyent de Dutari (2015) consideran que deben configurarse, como amenaza, situaciones de enfermedad en las que están en riesgo efectivo e inminente la vida y la salud de las personas. Reparar que la premura que requiere el carácter preventivo de la acción está dada no sólo por la inminencia del daño sino, especialmente, por la trascendencia de los derechos de los que se trata.

Por otro lado, hay que resaltar la importancia de las medidas cautelares en este tipo de amparos y la necesidad de que los presupuestos de su procedencia -verosimilitud en el derecho, peligro en la demora y contracautela- sean analizados con flexibilidad (en virtud del principio *pro homine*) y en miras de proteger la vida y salud del interesado, tomando en cuenta las particularidades del caso concreto.

No es menor recordar el criterio del Tribunal Superior de Justicia en cuanto que "la incompetencia para entender en una acción de amparo impone al juez acoger la medida cautelar pedida por el amparista, si existe verosimilitud del derecho y media urgencia grave por hallarse comprometidos derechos fundamentales de la persona, tal como el ambiente, sin que ello importe prorrogar su competencia. Así también ha procedido la Corte Suprema de Justicia de la Nación cuando en una cuestión de salud, dictó la cautelar y declaró su incompetencia en la misma resolución.

Una vez que la causa queda radicada ante juez competente, y en atención a sus notas esenciales de provisionalidad y mutabilidad, subsiste la cautelar mientras permanecen las circunstancias que llevaron al juez a ordenarla; pudiendo, a pedido de cualquiera de las partes, ser modificada o dejada sin efecto en cualquier etapa del proceso..."⁵.

En relación con el caso que se analiza, el Juez civil (más allá de resultar incompetente en razón de la materia), por la urgencia de la situación y la condición de vulnerable de la Sra. O., P. A., concedió la cautelar en los términos solicitados, ordenando a A.Pro.S.S. brindar la cobertura de hogarización de manera inmediata, acorde a las necesidades de la amparista.

Como se vio, esta medida fue prorrogada por los mismos motivos, en lo sucesivo, por el tribunal materialmente competente, tomándose -asimismo- como fundamentos de la mayoría al hacer lugar a la acción de amparo. En cierta manera, se consolidó la situación de hecho preexistente.

VI. Conclusiones

El Estado, en cuanto garante de derechos, debe procurar que todas las personas -especialmente aquellas en situación de vulnerabilidad- puedan acceder a las prestaciones de salud de manera integral e irrestricta, so riesgo de ser pasibles de responsabilidad internacional por incumplimiento de los compromisos asumidos en dicho orden.

Este proceso de efectivización de derechos de las personas vulnerables debe estar acompañado con políticas públicas de sensibilización de la sociedad -destinadas a eliminar las barreras existentes-, capacitaciones de los agentes públicos y de los servidores de la justicia en esta materia, sancionándose regulaciones y/o modificaciones de las existentes

5 T.S.J., Sala Electoral y de Competencia Originaria: Auto N° 496 de fecha 30/12/2014 *in re* "Arce, Mariana Daniela y otros c/ Gobierno de la Provincia de Córdoba y otro - Amparo - Cuestión de competencia".

en orden a la protección de estos sectores, todo ello de aplicación progresiva⁶.

Sumado a lo anterior, resulta imperativo que no se judicialicen los casos donde se encuentra involucrada la vida y salud de las personas, cuando se traten de cuestiones que puedan ser fácilmente solucionables en la instancia administrativa, a partir de una interpretación y aplicación sistemática y axiológica de las normas del ordenamiento jurídico en el dictado de actos administrativos. Recordemos, el Estado también está sujeto a las normas y principios jurídicos (art. 174, Constitución de la Provincia de Córdoba). Toda dilación injustificada -o justificada en la ecuación económica financiera- importa un menoscabo de estos derechos.

El papel del Poder Judicial es crucial. Desde su lugar, debe coadyuvar a que el derecho a la salud sea efectivo y no letra muerta. Todo ello a partir de decisiones que propendan a la más amplia protección de los derechos fundamentales, la tutela judicial efectiva, el acceso a la justicia de las personas en situación de vulnerabilidad y el control de legalidad y juridicidad de los actos de la Administración.

Solo así, el derecho a la salud, en sus distintas dimensiones, se encontrará verdaderamente tutelado. Garantizándose este derecho fundamental, se promueve el bienestar general de la sociedad, como realización de la misión establecida en el Preámbulo de nuestra Constitución Nacional.

Referencias bibliográficas

- Barrera Buteler, G. E. (2015). *Derecho Constitucional*. Tomo I. Advocatus.
- Ortega, I. (2023). Discapacidad y acceso a la justicia. *Revista de Derecho Laboral y Seguridad Social*, 19, 3-9.
- Palacio de Caeiro, S. B., & Junyent de Dutari, P. M. (2015). *Acción de amparo en Córdoba*. Advocatus.
- Palacio de Caeiro, S. B., & Calderón, M. R. (2022). *Código Procesal Civil y Comercial de Córdoba: Ley 8465*. Toledo.
- Petrella, A. (2017). Nuevamente sobre "el derecho a la salud": judicialización, ¿implica operatividad? *Revista de Derecho Público: Los derechos económicos, sociales y culturales*, 1, 305-333.
- Sosa, G. L. (2023). Vulnerabilidad. Personas internadas por salud mental. De los procesos colectivos y la constante búsqueda de efectividad de los derechos. *Revista de Derecho Privado y Comunitario: Acciones colectivas*, 3, 301-325.

6 Art. 2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales:

"1. Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos...". Disponible en https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/derechoshumanos_publicaciones_colecciondebolsillo_07_derechos_economicos_sociales_culturales.pdf

Rescisión Unilateral del Contrato de Medicina Prepaga y su impacto en la Protección de la Identidad de Género

Unilateral rescission of Private Health Insurance Contracts and Its Impact on Gender Identity Protection

Belén Kademian¹

DOI: [https://doi.org/10.37767/2591-3476\(2024\)34](https://doi.org/10.37767/2591-3476(2024)34)

Comentario a

"B.G. (Y.A.B.) C/ PREVENCIÓN SALUD S.A. – AMPARO – LEY 4915"

Sentencia N° 202 del 22 de diciembre de 2023.

Cámara Civil y Comercial de Sexta Nominación de la Ciudad de Córdoba

RESUMEN:

El presente artículo abordará la acción de amparo interpuesta por G.B. (varón transgénero) con el objeto de que se condene a la empresa de medicina prepaga Prevención Salud S.A., a proveer cobertura total para la cirugía de readecuación sexual bilateral de mamas, en virtud de los derechos reconocidos por la Ley de Identidad de Género N° 26.743. Relata que como afiliado de la empresa, programó una cirugía de readecuación sexual conforme su identidad autopercibida. Sin embargo, días antes de la operación, se le notificó su baja como afiliado por nulidad del contrato, con motivo de haber iniciado un tratamiento hormonal de manera previa a la afiliación, y no haber consignado tal extremo en la declaración jurada incorporada al formulario de admisión de la empresa. La Cámara Sexta de Apelaciones en lo Civil y Comercial de la Ciudad de Córdoba resolvió hacer lugar al recurso de apelación incoado por la demandada, rechazando la acción de amparo. Para fundamentar su decisión, sostuvo que la prueba incorporada al proceso evidencia que el actor obró de mala fe al momento de completar su declaración jurada de afiliación, lo que habilita a Prevención Salud para rescindir el contrato, en función de lo dispuesto por el art. 9 de la ley 26.682.

¹ Abogada (U.N.C.), Escribana (UES21), Adscripta de la Cátedra "A" de Privado III (Contratos), Facultad de Derecho U.N.C. Asistente de Magistrado – Poder Judicial de la Provincia de Córdoba. Correo electrónico: belenkademian@gmail.com. Nro. De ORCID: <https://orcid.org/0009-0009-2823-8073>

ABSTRACT

This article addresses the writ of protection filed by G.B. (a transgender male), seeking to compel the prepaid health insurance company Prevencion Salud S.A. to provide full coverage for bilateral breast reconstruction surgery as part of gender reassignment, in accordance with rights recognized under Gender Identity Law No. 26.743. G.B. Recounts that, as a company affiliate, he scheduled gender reassignment surgery based on his self-perceived identity. However, days before the operation, he was notified of his termination as an affiliate due to contract nullity, citing his initiation of hormonal treatment prior to affiliation without disclosing this in the sworn statement incorporated into the company's admission form.

The Sixth Chamber of Appeals in Civil and Commercial Matters of the City of Córdoba ruled in favor of the defendant's appeal, rejecting the writ of protection. In justifying its decision, the court argued that evidence presented during the proceedings demonstrated the plaintiff acted in bad faith when completing the affiliation sworn statement, thereby permitting Prevencion Salud to terminate the contract under Article 9 of Law 26.682.

PALABRAS CLAVE: Ley de identidad de género, medicina prepaga, falsedad de la declaración jurada, cirugía de readecuación de género, acción de amparo.

KEY WORDS: Gender Identity Law, Prepaid Health Insurance, Sworn Statement, Gender Reassignment Surgery, Writ of Protection.

I. Introducción

El presente trabajo versará sobre el análisis de la reciente Sentencia dictada por la Cámara de Apelaciones de Sexta Nominación en lo Civil y Comercial de la Ciudad de Córdoba en los autos caratulados "B.G. (Y.A.B) C/ Prevención Salud S.A. - Amparo Ley 4915".

La resolución determinó ajustada a derecho la rescisión unilateral del contrato de medicina prepaga realizado por la entidad demandada, entendiendo que resultaba probado que el amparista había falseado de mala fe la declaración jurada de admisión suscripta al tiempo de su afiliación, omitiendo declarar que se encontraba bajo tratamiento hormonal y próximo a realizarse una cirugía de readecuación de sexo conforme a su identidad autopercebida.

Este artículo busca analizar detalladamente los fundamentos del fallo, su impacto en la jurisprudencia y las implicancias del mismo para futuros litigios similares, ofreciendo una visión comprehensiva y esclarecedora sobre la protección de los derechos de las personas trans género en el sistema de salud argentino. Así, el fallo resulta enriquecedor por cuanto nos permite reflexionar sobre la protección del derecho humano a la salud de todas las personas, desde la óptica de la Ley de Identidad de Género y la Ley de Medicina Prepaga vigentes en Argentina.

Conforme esta orientación, se intentará un abordaje de la causa que tome como pauta orientadora el art. 13 de la Ley de Identidad de Género, en cuanto dispone que toda norma, reglamentación o procedimiento deberá respetar el derecho humano a la identidad de género de las personas, procurando que ninguna de estas excluya o suprima el ejercicio del derecho a la identidad de género de las personas, debiendo interpretarse y aplicarse las normas siempre a favor del acceso al mismo.(Ley 26743. Artículo 13).

II. Síntesis de la Causa:

1. Plataforma fáctica:

Ingresando al análisis de la plataforma fáctica que motivó la presente resolución, se observa con fecha 25/10/2022 el actor, G.B. interpone acción de amparo en contra de Prevención Salud S.A. a efectos de que se la condene a proveer, con cobertura total, la cirugía de readecuación sexual bilateral de mamas prescripta por sus médicos tratantes en virtud de los derechos reconocidos en la Ley de identidad de Género N° 26.743. Relata el actor que se afilió a Prevención Salud en julio de 2022 y que, en virtud de lo dispuesto por el art. 11 de la Ley de Identidad de Género 26.743 que recepta su derecho a acceder a intervenciones quirúrgicas totales o parciales para adecuar su cuerpo a su identidad auto percibida, a través de la secretaría quirúrgica de la Clínica Reina Fabiola solicitó a la empresa de medicina en el mes de agosto del mismo año la correspondiente autorización para realizarse una cirugía de readecuación sexual bilateral de mamas, quedando programada para el día 23 de Septiembre.

La relación contractual entre las partes se desenvolvía con normalidad, hasta que el día 19/09/2022 se le comunica, mediante carta documento, su baja como afiliado de la empresa. En la misma, la entidad demandada dispone la rescisión unilateral del contrato en los términos del art 9°, 2) apartado B del Decreto Reglamentario 1993/2011, aduciendo que el afiliado había realizado un tratamiento hormonal previo a su afiliación a Prevención Salud y no dejó consignado ese dato en la declaración jurada obrante en el formulario de admisión confeccionado con fecha 24/06/2022, pese a haber sido consultado para que indique si tomaba en forma ininterrumpida algún medicamento desde hacía más de un mes. Del mismo modo, la empresa de medicina entendió que el amparista ya tenía planeada la cirugía de readecuación sexual al momento de afiliarse a la empresa y omitió de mala fe indicar tal extremo en la declaración jurada.

En efecto, el Sr. G.B. solicita que se ordene a la empresa de medicina prepaga su reincorporación como afiliado, por considerar que la decisión adoptada por la prestadora del servicio resulta desmedida y promueve la patologización de las personas trans, reproduciendo estereotipos que ubican al colectivo dentro de la categoría de "enfermos/as". Sumado a ello, señala que a través de la resolución deberá ordenarse a la empresa, la cobertura total de la cirugía mastectomía bilateral.

Al resolver, el Juez acogió favorablemente la vía intentada e hizo lugar al amparo, condenando a la empresa de medicina prepaga la reincorporación del afiliado y también la cobertura total para la cirugía de readecuación bilateral de mamas, con la máxima premura posible. Para decidir así, entendió que la empresa demandada no ha logrado acreditar la falsedad en la declaración jurada ni la mala fe del afiliado al completar la misma, por lo que la rescisión no resulta ajustada a derecho.

2. La resolución de la Cámara de Apelación interviniente:

El pronunciamiento fue apelado por la demandada, elevándose la causa a la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Sexta nominación de la Ciudad de Córdoba.

En sus agravios, cuestiona la decisión adoptada por el tribunal de primera instancia, por cuanto entiende que este omite considerar prueba dirimente para la resolución del proceso y aplica erróneamente los arts. 9 y 10 de la Ley de Medicina Prepaga N° 26.682. Con-

sidera que la adecuada aplicación de las normas al caso de autos, determinan que si el actor falseó la declaración jurada de salud (en los términos del art. 9° de la mencionada ley), el derecho a la rescisión del contrato de afiliación habría sido ejercido correctamente por la empresa demandada, sin que su comunicación al actor comprometa su derecho a la igualdad de género, precisamente porque todos somos iguales frente a la ley.

Expresa que los agentes del seguro de salud se encuentran obligados a garantizar la cobertura de todas las prestaciones incluidas en el régimen, en la medida en que el afiliado cumpla con sus obligaciones contractuales, tales como el pago de la cuota en término, o su deber de no falsear la declaración jurada de salud en los términos del art. 9° de la Ley de Medicina Prepaga. Por último, analiza la prueba incorporada en la causa señalando que de la misma surge claro el falseamiento por parte del Sr. G.B. al momento de suscribir la declaración jurada.

La Cámara de Apelaciones interviniente resuelve por unanimidad el acogimiento del recurso de apelación incoado, bajo el entendimiento de que el consumidor omitió de manera deliberada denunciar a la empresa prestataria del servicio de salud su decisión de someterse a una intervención quirúrgica a la brevedad de la celebración del contrato. Sobre el punto, entendieron que existió una falta de sinceramiento por parte del amparista sobre sus intenciones, las cuales no fueron expuestas oportunamente conforme el contrato y la ley lo exigen. En consecuencia, sostuvo que la conducta de la accionada al haber invocado la nulidad del convenio y consecuentemente desafiliado al actor no se evidencia como una accionar arbitrario ni contrario a los intereses protegidos por la ley de defensa al consumidor o por ley de identidad de género, sino que sólo refleja una decisión basada en una causa legalmente prevista y objetivamente comprobada.

III. Consideraciones en torno a la decisión adoptada:

Del detenido análisis de la causa se advierte una tensión entre los derechos en juego en el proceso, que nos invita a reflexionar respecto de la decisión adoptada por el tribunal. Es que, por un lado, se encuentra actividad comercial propia de toda entidad que ofrece servicios de medicina prepaga y, por el otro, la tutela de derechos humanos fundamentales, entre los cuales se destacan el derecho a la salud, que constituye una derivación del derecho a la vida, a la integridad física y psicológica de las personas. A su vez, teniendo en cuenta que se denuncia una violación de derechos reconocidos por la Ley de Identidad de Género N° 26.743, el abordaje del caso tendrá en cuenta un enfoque que advierta que las desigualdades de género, exponen a mayores condiciones de vulnerabilidad a las mujeres e integrantes del colectivo LGTBIQ+. Ello importa el juzgamiento con perspectiva de género que propende a garantizar, no sólo el ejercicio de los derechos de las mujeres y disidencias sexuales, sino su tutela judicial efectiva. Tal reconocimiento promueve una nueva forma de aproximarse al caso, para adentrarse en el núcleo de los conflictos que afectan las relaciones de género al incorporar la singular ponderación del problema de igualdad².

1. Programa Médico Obligatorio dispuesto por la Ley de Identidad de Género (26.734):

Hasta la reforma legislativa encarada en el año 2012, las identidades de género trans no tenían reconocimiento legal por parte del Estado Argentino. Esta situación se revier-

2 Cfr. CIDH “Manuela y otros vs. El Salvador”, Sentencia del 02/11/2021; párrafo 133 Y 151, Serie C No. 441.

te a partir de la sanción de la Ley de Identidad de Género (Ley 26.743)³, que reconoce la autodeterminación de todo sujeto para conformar su propia identidad y el respeto de su autonomía si decide optar por una cirugía de reasignación sexual (Siverino Bavio, 2016:184).

La mencionada ley sigue los criterios establecidos por los principios de Yogyakarta sobre la aplicación de la legislación internacional de derechos humanos en relación con la orientación sexual e identidad de género, elaborados en el marco de Naciones Unidas. Así, la constitución del derecho a la identidad de género de nuestro país, basada en el sistema internacional de los derechos humanos, implicó la asunción de obligaciones y responsabilidades concretas para el Estado y los agentes no estatales en el marco de su cumplimiento efectivo. En lo que atañe al derecho de salud, el artículo 11 de la ley 26.743 dispone que *“Todas las personas mayores de dieciocho (18) años de edad podrán, a fin de garantizar el goce de su salud integral, acceder a intervenciones quirúrgicas totales y parciales y/o tratamientos integrales hormonales para adecuar su cuerpo, incluida su genitalidad, a su identidad de género autopercebida, sin necesidad de requerir autorización judicial o administrativa. Para el acceso a los tratamientos integrales hormonales, no será necesario acreditar la voluntad en la intervención quirúrgica de reasignación genital total o parcial. En ambos casos se requerirá, únicamente, el consentimiento informado de la persona. En el caso de las personas menores de edad regirán los principios y requisitos establecidos en el artículo 5° para la obtención del consentimiento informado. Sin perjuicio de ello, para el caso de la obtención del mismo respecto de la intervención quirúrgica total o parcial se deberá contar, además, con la conformidad de la autoridad judicial competente de cada jurisdicción, quien deberá velar por los principios de capacidad progresiva e interés superior del niño o niña de acuerdo con lo estipulado por la Convención sobre los Derechos del Niño y en la Ley 26.061 de protección integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes. La autoridad judicial deberá expedirse en un plazo no mayor de sesenta (60) días contados a partir de la solicitud de conformidad. Los efectores del sistema público de salud, ya sean estatales, privados o del subsistema de obras sociales, deberán garantizar en forma permanente los derechos que esta ley reconoce.*

Todas las prestaciones de salud contempladas en el presente artículo quedan incluidas en el Plan Médico Obligatorio, o el que lo reemplace, conforme lo reglamente la autoridad de aplicación”.

La prescripción se complementa con lo dispuesto por el decreto presidencial 903/2015 que define a las cirugías de reasignación genital y los tratamientos hormonales y detalla una lista -no taxativa- de intervenciones que deben ser cubiertas por los subsistemas de salud (Litardo, 2018:17). El artículo bajo comentario, reconoce que la identidad de género auto percibida no se reduce sólo a la autopercepción psicológica, sino que se despliega en manifestaciones exteriores y sociales, que no se limitan a una cuestión meramente estética, pues están íntimamente relacionadas con su salud psicofísica⁴. La apertura de la reglamentación, de esta manera, extiende su alcance a intervenciones que no están relacionadas necesariamente a la genitalidad de las personas, incluyendo prácticas que, no siendo quirúrgicas, confluyen a adecuar la imagen externa de la persona, conforme a la auto percepción de su identidad.

3 Ley de Identidad de Género 26.734, promulgada el 23/05/2012.

4 Cfr. Juzgado Federal de Paraná N° 2., “C., A. E. c/ Obra Social De La Universidad Nacional De Entre Rios S/ Amparo”, expte. N° FPA 5833/2021/CA1, 2021.

A su vez, recibe especial interés el último párrafo del artículo 11 por cuanto deja establecido que los trabajadores del sistema de salud pública, entre los cuales se encuentran los estatales, privados o del subsistema de obras sociales, deben garantizar en forma permanente los derechos que esta ley reconoce, disponiendo que el Plan Médico Obligatorio deberá cubrir todas las prestaciones establecidas por la nueva Ley. A saber, el Plan Médico Obligatorio (PMO) es un Programa que depende del Ministerio de Salud de la Nación y que establece una serie de servicios mínimos y cobertura en salud que todas las obras sociales y empresas de medicina prepaga registradas en la República Argentina tienen la obligación de brindar a sus beneficiarios y/o afiliados, sin ningún tipo de límite, ni por edad de la persona beneficiada, ni por contar con enfermedades preexistentes ni por ninguna otra limitación (Sánchez, 2016:4).

En efecto, el Estado está facultado para imponer obligaciones en materia de cobertura de tratamiento de salud a actores no estatales, tales como obras sociales y empresas de medicina prepaga, en cumplimiento con las obligaciones internacionales. Asimismo, estos actores no estatales que forman parte del sistema de salud tienen respecto de sus afiliados obligaciones específicas que exceden el mero carácter comercial. En este marco, el PMO establece un piso mínimo de prestaciones que las obras sociales deben garantizar, lo cual no constituye una limitación para los agentes del seguro de salud, sino que consiste en una enumeración no taxativa de la cobertura mínima que los beneficiarios están en condiciones de exigir (Medina, 2011:561).

En apoyo a lo expuesto, cabe realizar una remisión a las sesiones del debate parlamentario que precedieron a la sanción de la Ley N° 26.743, puesto que allí se sostuvo que *“La gente tiene derecho a adecuar su cuerpo a la identidad que percibe o cree percibir. No hay derecho si no existe el mismo reconocimiento en las obras sociales. Si no existe reconocimiento en estas últimas, no hay acceso igualitario al derecho que tienen las personas. Entonces, toda prestación está contemplada, porque queda incluida en el Programa Médico Obligatorio para hacer verdaderamente efectivo este derecho”* (Diputados Argentina. Período: 129 Reunión: 10 Fecha: 30/11/2011). Por ello, no caben dudas que la inclusión de las cirugías mencionadas en el decreto reglamentario dentro del Plan Médico Obligatorio es vista como una garantía del efectivo cumplimiento de las finalidades de la ley por los agentes estatales y no estatales del servicio de salud argentino.

Así, luego de haber contextualizado el marco normativo y teórico invocado por el actor en el amparo como fundante de su derecho, advertimos que la cirugía de readecuación sexual bilateral de mamas cuya cobertura solicita, quedaría incluida dentro del Programa Médico Obligatorio que toda empresa de medicina prepaga debe cubrir, en virtud de lo dispuesto por las prescripciones de la Ley de Identidad de Género.

2. Falsedad de la declaración jurada de Medicina Prepaga.

Ahora bien, resulta necesario referirnos al marco legal que sustenta la defensa de la entidad demandada, utilizada por el tribunal para rechazar el amparo interpuesto.

En nuestro país, con fecha cuatro de mayo de 2011 fue sancionada la ley de Medicina Prepaga N° 26.682 que tuvo como objeto establecer el régimen de regulación integral 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). La referida ley, brinda un marco normativo que permite a los usuarios

conocer los derechos y obligaciones que les asisten al ingresar al vínculo contractual, y fue sancionada con el objetivo de que las prestaciones de las entidades autorizadas para brindar el servicio de medicina prepaga sean completas, accesibles y de calidad.

En la actualidad, el modo de acceso al Sistema de Medicina Prepaga tiene como inicio el libre acercamiento de la persona interesada a las empresas autorizadas, y se configura mediante la suscripción de un contrato de adhesión provisto por la entidad prestataria de tales servicios. En tal sentido, el contrato de medicina prepaga puede ser definido como aquel mediante el cual una de las partes se obliga a prestar servicios médicos a los pacientes, por sí o por terceros, sujeta a la condición suspensiva de que se dé una determinada enfermedad en el titular o beneficiarios, contra el pago de un precio anticipado y periódico (Lorenzetti, 2006:152).

Las particularidades de este contrato, han llevado a que nuestro más Alto Tribunal Nacional en reiteradas oportunidades señale que: *“la trascendencia social de la actividad que llevan a cabo las empresas de medicina prepaga amerita la intervención estatal y, aún cuando la actividad que asumen presenta rasgos mercantiles, no cabe desatender que ellas tienden a proteger la vida, la integridad, seguridad y la salud de las personas (arts. 3, Declaración Universal de Derechos Humanos; 4 y 5, Convención Americana sobre Derechos Humanos y 42 y 75, inc. 22, de la Ley Fundamental) por lo que adquieren un cúmulo de compromisos que exceden o trascienden el mero plano negocial”* (fallos 325:676). En función de ello, existe consenso doctrinario en que el contrato de medicina prepaga debe incluir en su compromiso obligacional, normas de orden público, que aunque no estén mencionadas en el contrato son plenamente operativas (Stupenengo, 2017:7). En efecto, no caben dudas que la Ley de Medicina Prepaga debe respetar y aceptar las prescripciones del art. 42 de la Constitución Nacional -derecho a la salud-, el Plan Médico Obligatorio implementado por el Ministerio de Salud de la Nación, las leyes 23.660 y 23.661, la Ley de Defensa de los Derechos del Consumidor y del Usuario, la ley que establece el Sistema de Prestaciones Básicas en Habilitación y Rehabilitación Integral a favor de las Personas con Discapacidad –L. 24.901- como así también las que en el futuro se incorporen y sean de carácter imperativo.

En este marco, atento el objeto de estudio del presente artículo, detendré mi análisis en los supuestos de rescisión contractual autorizados por la norma de medicina prepaga. A saber, el art. 9 de la ley 26.682 en el que la empresa demandada funda la desafiliación del actor, establece en su segundo párrafo que *“... Los sujetos comprendidos en el artículo 1º de la presente ley sólo pueden rescindir el contrato con el usuario cuando incurra, como mínimo, en la falta de pago de tres (3) cuotas consecutivas o cuando el usuario haya falseado la declaración jurada...”*. De este modo, la habilitación legal para que las entidades de medicina prepaga puedan rescindir válidamente el contrato queda circunscripta a dos hipótesis normativas: la falta de pago de tres períodos consecutivos y consignar datos falsos en la declaración jurada que se suscribe al afiliarse.

El decreto reglamentario de la norma (Decreto N° 1993/2011), en relación al supuesto que nos ocupa establece *“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 sentido, la empresa prestataria podrá hacer uso del derecho contenido en el art. 9 de la ley 26.682 solo en aquellos casos en que logre verificar que la falta

de adecuación de los datos aportados por el interesado con su real situación sanitaria, tiene su fuente en la ausencia de buena fe por parte del afiliado al consignar sus datos en la declaración jurada de admisión. En este punto, coincidimos con la interpretación realizada por el sentenciante de primera instancia en la causa, quien sostuvo que la buena fe que debe campear toda relación contractual, se vería afectada en aquellos casos en los que el beneficiario consignare información errónea, equivocada o inexacta sobre los datos que obligatoriamente se requieren al suscribir el vínculo, a sabiendas de que ello podría traerle aparejado un beneficio o bien eximirle de una pérdida, colocándose en una situación más ventajosa que si suministrara la información correcta.

A partir de ello, es que no encontramos motivos para sostener que la omisión de información respecto a la existencia de tratamientos hormonales previos, o bien, el ocultamiento la decisión de someterse a una cirugía de readecuación de sexo, hubiesen sido realizados de mala fe por el accionante. Al respecto, resulta enriquecedor el análisis del artículo décimo de la ley de medicina prepaga, que dispone que *“los contratos entre los sujetos comprendidos en el artículo 1° de la presente ley y los usuarios no pueden incluir períodos de carencia o espera para todas aquellas prestaciones que se encuentran incluidas en el Programa Médico Obligatorio. (...) 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”*. Así, este artículo delimita, por un lado, la imposibilidad de incluir periodos de carencia para las prestaciones incluidas en el PMO, y además, el deber de la empresa de afiliar a todo usuario que lo solicite, incluso en aquellos casos en los que se denuncie la existencia de enfermedades preexistentes.

En este sentido, y de acuerdo a las reflexiones realizadas en el apartado anterior, tanto los tratamientos hormonales realizados por el actor como la cirugía de readecuación sexual, se encontraban incluidas dentro del Programa Obligatorio, conforme lo dispuesto por el art. 11 de la Ley de Identidad de Género y su reglamentación legal. Bajo tal premisa, es obligación de las empresas de medicina prepaga -como agentes del sistema de salud- garantizar su cobertura sin posibilidad de imponer un periodo de carencia. De ello resulta que la inclusión de los referidos datos en la declaración jurada no podría haber causado perjuicio legal alguno al amparista y por ello, tampoco podría sostenerse que su ocultamiento fue realizado de mala fe.

Al respecto, comparto la opinión realizada por el Ministerio Público Fiscal en la causa, quien señaló que *“Es patente que el actor ha sufrido una transformación y como tal, ha sido protagonista de un proceso primeramente interior que luego se tradujo de modo progresivo en la intención de exteriorizar una modificación física que resultara acorde o consonante con su sentir interno. (...) La duda y la ambivalencia de sus pasos no hacen sino evidenciar que se está ante un proceso, no es una decisión única. Se atraviesa el curso de este mediante pequeñas decisiones y un día se asumen grandes resoluciones que evidencian una transformación más profunda. De allí que frente a una decisión como la de realizarse la adecuación corporal a la sexualidad que se ha asumido internamente, no es posible utilizar inferencias o presunciones. Hay manifestaciones externas de esas vicisitudes interiores que, por ello mismo, son inconsistentes, ambivalentes, acusan las mismas dudas o fragilidades interiores”*.

En consecuencia, sostener que el actor ocultó brindar a la empresa datos referidos al proceso de readecuación de su imagen conforme a su identidad autopercebida con el

objetivo de causar algún perjuicio a la demandada carece de asidero, pues la empresa de Medicina Prepaga, incluso conociendo tal información, se vería obligada a aceptar la afiliación del actor, y también a cubrir sus tratamientos hormonales y cirugía, ya que ambos procesos se encuentran incluidos en el Programa Médico Obligatorio que toda prestadora de servicios de salud en Argentina debe respetar.

No debe pasarse por alto, a su vez, que de la letra del decreto reglamentario N° 1993/2011 surge que es deber de la empresa la acreditación de la mala fe. En este sentido, resulta oportuno destacar que la rescisión unilateral frente a casos de falseamiento de la declaración jurada es una herramienta legal utilizada de manera habitual por las prestadoras de servicios de salud, quienes en forma unilateral y sin previo aviso, notifican la disolución del vínculo contractual aduciendo falseamiento u ocultamiento, sin demostrar los motivos en los que fundan la mala fe del afiliado, requisito que deviene necesario para la aplicación del instituto legal (Rosales, 2011).

Considerando que el plan de salud se inscribe como contrato de consumo, alegado el falseamiento de la declaración jurada por ocultamiento de datos de salud, quien tiene la carga probatoria justamente no es el consumidor. Pues, desde la visión de las cargas dinámicas de la prueba (art. 53, ley 24240), la empresa médica es quien tiene en sus manos las mejores posibilidades de aportarla. Y, respecto a la forma de acreditación, se ha sostenido que la misma 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, en función de lo dispuesto por el artículo 961 CCyCN (Ambrosio Soto 2015:07).

Por último, es de destacar que tanto la jurisprudencia como doctrina local, en el marco de procesos iniciados por supuesta falsedad de declaración jurada de admisión, han concluido que cuando la empresa de medicina prepaga no disponga el examen médico obligatorio como requisito de admisión, no puede beneficiarse con esa omisión, ya que surge como un imperativo de su propio interés, con lo cual las consecuencias de su no realización únicamente recaen en el ente. Así, se entendió que “el examen previo de admisión del afiliado constituye una carga para la empresa que, si se omite, impide que en el futuro pueda alegarse la existencia de cierta información para rescindir unilateralmente el contrato y excluirlo así de la cobertura. Es carga de la empresa ya que es esta quien debe fijar con precisión el alcance de la cobertura asumida mediante la revisión médica” (Ghersí, 2012:705).

IV. Conclusiones:

Luego del recorrido efectuado a lo largo del trabajo, podemos concluir que la resolución adoptada en la instancia de apelación no tuvo en cuenta los preceptos jurídicos provenientes del plexo normativo internacional en materia de protección de la identidad de género, ni tampoco la disposición expresa del artículo 11 de la Ley de Identidad de Género, que garantiza el acceso a intervenciones quirúrgicas y tratamientos integrales hormonales para la adecuación del cuerpo a la identidad auto percibida de toda persona, e incluye a tales operaciones dentro del piso mínimo de cobertura que toda empresa de medicina prepaga debe garantizar.

Lo que es más, el fallo en crisis tampoco refleja una correcta aplicación del art. 9 de la

Ley de Medicina Prepaga, debido a que la sanción ha sido adoptada unilateralmente por la empresa demandada sin que quede demostrada la mala fe del afiliado, al no haberse acreditado que este se hubiere beneficiado mediante el ocultamiento de información sensible de su persona, como lo sería el hecho de haberse encontrado realizando tratamientos hormonales para adecuar su sexo a su identidad.

El status jurídico que posee la protección de la identidad de género en Argentina, implica la necesaria intervención del Estado en casos en los que se pueda sospechar la vulneración de derechos fundamentales para el colectivo trans, pues este ha asumido obligaciones y responsabilidades concretas en pos de garantizar el respeto a la identidad auto percibida de las personas. Bajo esta óptica, los Magistrados están llamados a cumplir un rol fundamental, ya que, advirtiendo la denuncia de derechos protegidos por la Ley de Identidad de Género, al juzgar, deberían hacerlo atendiendo a criterios de género. En este sentido, la perspectiva de género funciona como una herramienta esencial para los operadores judiciales, asegurando que en la interpretación y aplicación del derecho, sean consideradas las vulnerabilidades de las personas en razón de su género.

Corolario de lo expuesto, resulta necesario que el Estado –además del dictado de leyes-, garantice su implementación efectiva y acompañe este proceso mediante programas de sensibilización y formación para los operadores judiciales y otros actores clave. De lo contrario, la ausencia de una perspectiva de género en las decisiones judiciales perpetúa la vulneración de los derechos de género que se procuran garantizar.

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*, (94), 257-269. <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/lye/revistas/94/el-falseamiento-de-la-declaracion-jurada-en-contrato-salud.pdf>
- Ghersi, C., & Weingarten, C. (2012). Medicina prepaga: Cláusulas abusivas y traslado de riesgos al consumidor. En *Tratado del Derecho a la Salud* (Tomo 1). La Ley.
- Litardo, E. (2018). El derecho a la identidad de género. Interpretación y desafío de la Ley 26743. *Revista de actualidad. Derecho de familia*, (7), 19-63.
- Lorenzetti, R. (2006). *Tratado de los Contratos* (Tomo III). Rubinzal Culzoni.
- Medina, G. (2011). Amparo de salud. Reemplazo de leche para evitar retraso y desnutrición. *Interés superior del menor. LA LEY Gran Cuyo*, 2011(julio), 561.
- 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.
- Sánchez, M. (2016). Subjetividades contemporáneas y políticas públicas. Algunas reflexiones sobre la identidad de género en Argentina. En VIII Congreso Internacional de Investigación y Práctica Profesional en Psicología XXIII Jornadas de Investigación XII Encuentro de Investigadores en Psicología del MERCOSUR. Facultad de Psicología - Universidad de Buenos Aires.
- Siverino Bavio, P. (2016). El derecho a la identidad: La Ley de Identidad de Género y sus proyecciones. *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, 2015(3), 173-195.

Decisiones médicas y derechos del paciente: Derecho a la vida versus el Derecho a un plan de vida que incluya a la muerte. Dilemas éticos y jurídicos en la práctica contemporánea Cordobesa

Medical decisions and patient rights: The right to life versus the right to a life plan that includes death. Ethical and juridical dilemmas in contemporary practice in Córdoba

Guadalupe Hidalgo¹

DOI: [https://doi.org/10.37767/2591-3476\(2024\)35](https://doi.org/10.37767/2591-3476(2024)35)

Comentario a

"S. O., R. M. Y OTROS C/ MUNICIPALIDAD DE CÓRDOBA – AMPARO LEY 4915"
Sentencia N° 72 de fecha 28/09/2023

Cámara Contencioso Administrativa de Segunda Nominación

Acceso al Fallo

RESUMEN:

El debate se centra en el derecho a una muerte digna y en las decisiones individuales y voluntarias sobre el final de la vida, subrayando la autonomía personal y la dignidad humana. La prolongación de la vida a través de métodos artificiales, muchas veces, desafía a la dignidad humana acompañado con un duro y doloroso proceso de deterioro físico y mental que finalmente conlleva a la muerte del paciente. En el presente se discute la "decisión de morir" como un acto de autonomía personal, confrontando los derechos individuales y la libertad, con los principios constitucionales y legales que protegen la vida. Se realiza un estudio del andamiaje jurídico argentino -con foco en la Provincia de Córdoba- y su interrelación armoniosa en pos del respeto de la autonomía de la volun-

¹ Abogada, egresada sobresaliente (Universidad Nacional de Córdoba). Escribana (Universidad Siglo 21). Magister en Derecho Procesal (Universidad Siglo 21). Especialista en Derecho Aeronáutico, Espacial y Aeroportuario (Instituto Nacional de Derecho Aeronáutico y Espacial). Actualmente, Doctoranda en Derecho (Universidad Kennedy). Empleada del Poder Judicial de la Provincia de Córdoba. E-mail: ab.hidalgoguadalupe@gmail.com. Nro. de ORCID: <https://orcid.org/0009-0009-1696-7447>

tad del paciente. Se propone un análisis crítico de una resolución judicial de la Cámara Segunda Contencioso Administrativo de la ciudad de Córdoba, que aborda el derecho de un paciente terminal a dejar de recibir tratamientos médicos de alimentación e hidratación para prolongar su vida, observando los argumentos más destacados utilizados por el Tribunal en su rol decisivo sobre la muerte digna de una persona.

ABSTRACT

The debate focuses on the right to a dignified death and individual voluntary decisions regarding the end of life, emphasizing personal autonomy and human dignity. Prolonging life through artificial means often challenges human dignity, accompanied by a harsh and painful process of physical and mental deterioration that ultimately leads to the patient's death. Currently, the 'decision to die' is discussed as an act of personal autonomy, balancing individual rights and freedoms against constitutional and legal principles that protect life. An examination of the Argentine legal framework, with a focus on the Province of Córdoba, explores its harmonious interrelation in respecting patient autonomy. A critical analysis is proposed of a judicial decision by the Second Administrative Court of Córdoba, addressing the right of a terminal patient to cease medical treatments such as nutrition and hydration to prolong life, examining the tribunal's pivotal arguments concerning a person's dignified death.

PALABRAS CLAVE: Derechos Humanos. Dignidad Humana. Autonomía Personal. Muerte Digna. Declaración de Voluntad Anticipada. Consentimiento por representación. Plan de vida del paciente.

KEY WORDS: Human Rights. Human Dignity. Personal Autonomy. Dignified Death. Advanced declaration of last will. Consent through representative. Patient's Life Plan.

I. Introducción:

A lo largo de la historia de la humanidad, el ser humano ha mirado a la muerte con cierto recelo. Esta conducta social de tipo negativa hacia la muerte se debe, no solo por el dolor emocional que le provoca el fallecimiento de una persona para sus seres queridos, sino que también, a un trasfondo religioso muy fuerte, sobre todo en culturas occidentales, donde la muerte es vista como el fin de la vida. En culturas orientales, como el budismo², la cultura japonesa³ o la musulmana⁴, entre otras, la muerte es vista como una transformación, un cambio de estado. El alma de la persona continúa vigente entre los sobrevivientes a su muerte, pero desde un lugar más espiritual o ancestral.

Dentro de la percepción occidental y religiosa de la muerte, hablar de la misma en el seno

2 Creen que el alma nunca muere, pero reencarna en otro cuerpo inmediatamente o poco después de morir. Después de lograr un mayor estado del ser, el alma finalmente se libera. Los creyentes en la reencarnación creen que todas las personas que viven ahora tienen una vida pasada que se borra de la memoria consciente.

3 Existe en el hogar un altar en el que están escritos los nombres de los que han fallecido y se les ofrecen alimentos y regalos en pequeños platos. La relación entre los vivos y los muertos es muy estrecha, los familiares hablan a sus muertos en los altares y aún frente a sus tumbas, les cuentan detalles cotidianos de la vida. Para ellos la muerte como un acontecimiento fuertemente relacionado con la comunidad reduce el miedo a morir ya que los difuntos continúan en los límites de este mundo participando en la vida cotidiana de sus parientes.

4 Consideran a la muerte como una transición desde esta vida hasta la próxima. Durante esta vida, los musulmanes tratan de mantener una conducta honesta y orar regularmente, como lo manda el Corán.

de una familia, o de cuándo y cómo queremos morir, se vuelve una tarea difícil y muchas veces evitada. No obstante, es un tema de trascendental conocimiento a la hora de considerar las decisiones a tomar por los familiares, ante un accidente o situación en la que la vida de la persona depende de fármacos o asistencia mecánica externa; a lo que se le suma el derecho inalienable de la persona de transitar la muerte de una manera digna.

Para Bustamante (2022), desde la ciencia, o más precisamente desde la ciencia biológica, la muerte se caracteriza por la falta de condiciones necesarias y suficientes para el mantenimiento de los procesos metabólicos vitales, siendo generada por un número significativo de causas. No obstante, no se puede hablar de vida sin hablar de la muerte, como tampoco se puede entender el concepto del bien sin contraponerlo al concepto del mal. De modo que, la muerte forma parte del proceso vital de la vida de todos los seres vivos, y desde el principio de los tiempos.

Como menciona Lombardi (2023), "el derecho a la vida debe implicar el reconocimiento de su dimensión negativa, en tanto que el derecho a la dignidad humana debe respetar el proyecto de vida de cada ser humano, el cual puede también contemplar las decisiones sobre el final de la vida."

En el siglo XXI, los avances científicos y tecnológicos en el campo de la salud han tenido auge y han permitido la prolongación de la vida de las personas a partir de la implementación de tratamientos o medicamentos que, como entiende la autora anterior, muchas veces son desproporcionados y hacen que la acción de "prolongar la vida" sea de una forma artificial, penosa y abrumadora para el paciente. En definitiva, la persona que muere queda inmersa en un universo de drogas y medicamentos, hospitalización, tratamientos muchas veces son muy invasivos e incluso algunos casos llegan a la judicialización, perdiéndose como norte la dignidad humana del paciente y su entorno.

Sin embargo, la "decisión de morir" es ese acto de autonomía de la voluntad al que solo puede arribar el sujeto afectado y que el hecho de impedirselo colisiona con el derecho de acceder a una muerte rápida e indolora. Esta idea, en pleno siglo XXI, donde la libertad reina en cada uno de los actos que componen el proyecto de vida de una persona, es indiscutible. Esta premisa está consagrada, como se desarrollará más adelante, tanto en el Código Civil y Comercial como en leyes especiales, en distintos institutos legales que pregonan la libertad y voluntad de las personas para disponer de su proyecto de vida a su gusto y placer (Chechile y Lopes, 2022).

Pese a ello, tales autoras citan el Documento sobre la disposición de la propia vida en determinados supuestos - Declaración sobre la eutanasia, elaborado por el *Grupo de Opinión del Observatori de Bioètica i Dret Parc Científic de Barcelona*, el cual considera que "no es posible situar en todos los casos el derecho a la vida por encima del de la libertad del individuo. Hay que tener en cuenta que la ley penal debe acomodarse a los principios constitucionales, ya que estos principios son los que establecen los bienes jurídicos merecedores de la tutela penal. La concepción del derecho a la vida que implica el mantenimiento de esta, incluso en contra de la voluntad de su titular, debe ceder paso a concepciones más acordes con el respeto al derecho de autodeterminación de las personas y con el carácter laico del Estado. Las garantías siempre se establecen a favor de quien ostenta el derecho y no en su contra: el derecho a la vida lleva aparejado el deber de respetar la vida ajena, pero no el deber de vivir contra la propia voluntad en condiciones penosas."

Esta situación lleva a plantearse una serie de interrogantes ¿Qué es la muerte digna? ¿Cuál es el marco jurídico regulatorio nacional que le da sentido a este concepto? ¿Cuál es la rama del saber que se encarga del estudio y análisis de este tipo de debates valorativos y morales? ¿Cuáles son los derechos que se contraponen? ¿Cuál de estos últimos debe prevalecer?

En la presente investigación, se tiene como objetivo general realizar un análisis exploratorio y crítico de una resolución de la Cámara Segunda Contencioso Administrativa de la Ciudad de Córdoba, en el marco de un amparo solicitado por la familia de un paciente, en una situación terminal, a los fines de que se autorice a dejar de proveer alimentos y demás medicamentos y tratamientos necesarios para prolongar su vida, por tratarse de una situación permanente e irreversible. La Cámara Segunda Contencioso Administrativa, finalmente, avaló el retiro de la hidratación y la alimentación que se estaba realizando de manera artificial e hizo lugar a la acción de amparo interpuesta por los familiares. No obstante, esta resolución fue apelada, debiendo el Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de Córdoba resolver respecto de la viabilidad de la resolución de la Cámara o no y, en consecuencia, respecto de la muerte digna del paciente en cuestión.

Se inicia con la premisa que, en casos como el que se analizará seguidamente, el derecho a la vida y la dignidad humana se enfrentan en una batalla moral recurrente y ante situaciones de salud críticas, la dignidad humana, la libertad individual y la autonomía del ser humano debería prevalecer, existiendo la posibilidad de manifestarse -previamente- a partir de la declaración de voluntad anticipada, realizada por sí o por medio de los familiares del paciente.

II. Muerte Digna: Concepto y reconocimiento normativo

Los debates normativos en el seno de los Congresos legislativos de todos los Estados del globo respecto de esta temática, no son nuevos y representan la realidad social imperante. Existen antecedentes jurisprudenciales tanto en Argentina, como en el extranjero, por la injusticia que para muchas personas significa obligar a vivir o a morir a una persona, con altas dosis de sufrimiento físico/emocional a raíz de una patología o cuadro clínico grave.

Etimológicamente, la palabra eutanasia significa "*buena muerte*" y representa el acto deliberado de dar fin a la vida de una persona, producido por voluntad expresa de la propia persona y con el objeto de evitar un sufrimiento. En la bioética, la "*eutanasia*" es vista como acto o procedimiento por parte de un médico, para producir la muerte de un paciente, sin dolor, y a petición de éste, para terminar con su sufrimiento, o bien por considerar que su vida carece de calidad humana para que merezca el calificativo de digna. También se lo conoce como "homicidio por compasión", es decir, el que causa la muerte de otro por piedad ante su sufrimiento o atendiendo a su deseo de morir por las razones que fuere (Pasquini, 2005).

Roxin (1999) define a la eutanasia como "la ayuda prestada a un ser humano gravemente enfermo, por deseo suyo, o por lo menos en virtud de un consentimiento presunto para facilitarle la posibilidad de muerte digna que se corresponda con sus expectativas". Asimismo, considera que se puede clasificar en:

- Indirecta: cuando el paciente solicita una atenuación del dolor, sin pretender un acortamiento de la vida, aunque lo aceptaría si ello sucediese. Es decir, que la muerte

sería una consecuencia probable, pero sin intención de que suceda.

- Pasiva: esta implica la interrupción del tratamiento prestado al paciente y conducente a la muerte por deseos del mismo. La autorización deriva de la autonomía de la voluntad de la persona, porque es quien determina el alcance y duración de su tratamiento. Representa la omisión de continuar el tratamiento médico, al cual el médico debe responder a partir de la petición del enfermo.
- Activa: a petición de la persona, el médico lo priva activamente de la vida. Por ejemplo, con una inyección letal de droga.

El marco jurídico argentino con relación a esta temática, se encuentra compuesto por la ley 26.529 de Salud Pública, sancionada en octubre de 2009, llamada "Derechos del Paciente en su Relación con los Profesionales e Instituciones de la Salud". En ella, se prescriben y reconocen los derechos inherentes a cada paciente, entre los que se puede mencionar, el derecho de asistencia, el de trato digno y respetuoso, el derecho a la intimidad, a la confidencialidad, a la autonomía de la voluntad, a la información sanitaria y la interconsulta médica.

En el año 2012 la norma anteriormente mencionada fue modificada por la ley 26.742 de "muerte digna", donde se reconoce el derecho del paciente que sufre una enfermedad irreversible a rechazar tratamientos, retiro del soporte vital y a recibir cuidados paliativos integrales.

En el sistema jurídico argentino -desde la mirada de estas leyes especiales-. se encuentra regulada la eutanasia "pasiva", donde prima la autonomía de la voluntad del paciente, con o sin expresión de causa. Incluso puede revocar dicho consentimiento con posterioridad (art. 10, Ley N° 26.529). Sin embargo, existen actualmente proyectos de ley presentados ante la Cámara de Diputados de la Nación para regular la eutanasia "activa".⁵

Siguiendo ideas de Casanova (2012) entre los puntos positivos de la ley 26.724, se puede destacar que la normativa permite la expresión de directivas anticipadas donde el paciente, según sus creencias y convicciones, pueda anticiparse a situaciones, aceptando ciertos tratamientos, rechazando otros y disponiendo de sus restos una vez fallecido. Pero dentro de los aspectos negativos, la ley presenta una serie de falencias: a) la falta de contemplación de la objeción de conciencia tanto del médico como del resto del personal del equipo de salud y de las instituciones sanitarias; b) la falta de implementación de algún programa hospitalario para que los cuidados paliativos se encuentren a disposición de todos los pacientes que lo necesiten. Si bien en el consentimiento informado se le comunica al paciente de su "derecho a recibir cuidados paliativos integrales en el proceso de atención de su enfermedad o padecimiento", no dispone que estos servicios estén obligatoriamente disponibles en los hospitales o centros de salud; c) no está claro cuándo un tratamiento podría considerarse desproporcionado, lo que abre un abanico de posibilidades interpretativas.

Con posterioridad, con el proceso de constitucionalización del derecho privado, el Código Civil y Comercial recoge derechos ya reconocidos por las Leyes 26.529 y 26.724. Así pues, en concordancia con este paradigma, el Código Civil y Comercial de la Nación refleja el

5 Proyecto de ley 2021 presentado en la Cámara de Diputados de la Nación Argentina el proyecto titulado "Ley de buena muerte. Regulación de la eutanasia" (expte. 4597-D-2021, T.P. 184/2021) firmado por Alfredo Cornejo, Jimena Latorre y Alejandro Cacace. Publicado en: <https://www4.hcdn.gov.ar/dependencias/dsecretaria/Periodo2021/PDF2021/TP2021/4597-D-2021.pdf>

principio de autonomía de la voluntad como principio preponderante, siendo posible que la persona -en su calidad de paciente- sea quien toma las decisiones médicas respecto de su salud y su vida, a partir de la figura jurídica del consentimiento informado. Prevé expresamente que una persona puede emitir directivas médicas anticipadas (art. 60), de esta manera, decide cómo ejecutar su plan de vida hasta último momento, y de no poder hacerlo por su estado de salud, la ley prescribe la posibilidad de que se haga por medio de sus representantes (familiares).

En la provincia de Córdoba, mediante la Ley provincial 10.058, de "Declaración de Voluntad Anticipada (DVA) Muerte Digna" sancionada en el año 2012, se reproduce lo que ya preveía la ley 26.529. Pero, al ser anterior al Código Civil y Comercial de la Nación, no debe perderse de vista tales disposiciones más modernas en la temática y de mayor jerarquía constitucional, ya que resultan clave para el estudio y análisis de estos casos, evitando también lecturas o interpretaciones que pretenden aislar o darle preeminencia a la ley provincial 10.058 por sobre las regulaciones del Código Civil y Comercial de la Nación y demás leyes especiales nacionales.

Chechile y Lopes (2022) mencionan que, "en tanto esa libertad no perjudique a otras personas, y es indubitable que la decisión de morir es un proyecto absolutamente personal, que hace solo a la calidad de vida del peticionante y no se vislumbra que una decisión de tal envergadura y determinación pueda afectar derechos de terceros. No hay ningún interés del Estado en obligar a vivir a quien ha decidido morir."

Cabe destacar que existen diferencias en la doctrina respecto de en qué situaciones todo lo mencionado es aplicable, ya que se hallan distintas concepciones de la aplicabilidad de la muerte digna, según el grado de padecimiento del paciente.

Continuando con ideas de las autoras anteriores, ello no se aplica necesaria y exclusivamente a pacientes en una enfermedad terminal, dolorosa y grave; consideran que debería permitirse también en ocasiones en que una patología o situación provoca una disminución en el individuo y es justo una de las que él considera esenciales para su vida. Por ejemplo, ante un diagnóstico de Alzheimer o de esclerosis múltiple en el cual el sujeto conoce el futuro que tiene por delante, podría decidir terminar con su existencia mientras puede; y, en rigor de verdad, no se está ante una enfermedad terminal: una persona, sobre todo en el primer supuesto, puede vivir muchos años, incluso sin dolor, pero elige fallecer acompañado de su familia, en un momento donde todavía reconoce quiénes son sus integrantes; allí radica la diferencia. Implica el poder elegir; no es obligatorio.

En este caso en concreto, como se analizará con posterioridad, se solicita retirar la hidratación y la alimentación del paciente por su condición permanente e irreversible de salud. Sin embargo, para Casanova (2012), el rechazo a la alimentación e hidratación, implicaría que la persona muera de sed, ya que todas las mucosas del cuerpo se secan, desprendiéndose y causan un gran dolor, lo que sería una muerte atroz y posiblemente el paciente cambiaría de opinión en cuanto a su deseo de muerte por sufrimiento y, si pudiera, lo comunicaría. Por esta razón, es que el caso se vuelve controvertido y admite opiniones disímiles en su resolución.

III. Hechos

El paciente (J.S) ingresa al Hospital Municipal de Urgencias de la Ciudad de Córdoba el

día 13/03/2023, producto de haber sufrido un traumatismo de cráneo, por causa de un supuesto intento de robo.

Los actores exponen que el diagnóstico de ingreso fue traumatismo craneoencefálico grave y broncoaspiración, y que permaneció en terapia intensiva hasta el 4 de mayo, cuando fue trasladado a sala común. Añaden que ese día los familiares firmaron un consentimiento que autorizaba a los profesionales a adecuar el esfuerzo terapéutico, a los fines de retirar la hidratación y la alimentación del paciente, previo haber mantenido una entrevista con el Comité de Bioética Hospitalario (CBH).

Apuntan que avalaron el retiro de la hidratación y la alimentación que se estaba realizando de manera artificial, porque J. S. ya se encontraba con diagnóstico de estado vegetativo persistente y no respondía a ciertos estímulos, como el dolor y otros detalles clínicos. Sin embargo, cuatro días después, el 14 de junio, los profesionales le restituyeron tanto la hidratación como la alimentación, porque no consideraban que hubiera pasado el plazo necesario para que ese estado vegetativo sea permanente (12 meses).

Ante tal situación fáctica, la Dirección del hospital pidió la intervención del Comité Ley 10.058 — Muerte Digna—, una entidad autónoma que se reúne para resolver este tipo de casos. Dicho Comité, luego de deliberar y revisar el historial del paciente, recomendó y orientó -de forma unánime- al Director del Hospital de Urgencias, dar curso a su voluntad, plasmada por sus familiares, sin dilaciones inadecuadas ni indebidas y, proceder a retirarle al paciente las medidas de sostén vital, y de asegurar, de igual modo, los cuidados paliativos integrales al paciente.

Dicho Comité añadió la necesidad de dejar constancia de la voluntad representada de J. S., de que el equipo médico proceda a la adecuación del esfuerzo terapéutico, y que el mismo es efectivamente cumplido y con ello, se suspendieron la alimentación e hidratación respectiva, pero que, sin embargo, el día 14 de junio el equipo médico reinstaló las medidas de esfuerzo terapéutico sin dar aviso a los familiares, quienes habían tomado tan dura y difícil decisión e iniciado la etapa de duelo por el fallecimiento.

La familia de J. S. había firmado y/o postulado dos veces un consentimiento informado, donde manifestaron en forma fehaciente su deseo de que le retiraran todos los soportes vitales periféricos y de que se proceda a la adecuación del esfuerzo terapéutico.

IV. Argumentos de los familiares a favor de la desconexión

La familia de J.S. invoca la letra de la ley sobre muerte digna, tanto provincial como nacional, y los artículos 59 y 60 del Cód. Civ. y Com. de la Nación, que eximen de responsabilidad penal a los profesionales de la salud frente a determinados casos.

Resumen criterios clínicos altamente fidedignos para diagnosticar un estado vegetativo persistente, entre los cuales mencionan: No evidencia de conciencia de sí o del medio, e incapacidad para interactuar con otros; no evidencia de reacciones conductuales mantenidas, reproducidas, deliberadas o voluntarias ante estímulos visuales, auditivos, táctiles o nociceptivos; vigilia intermitente que se manifiesta por ciclos de sueño-vigilia; no hay evidencia de comprensión o expresión del lenguaje; funciones hipotalámicas y autonómicas del tallo encefálico preservadas suficientemente como para permitir la supervivencia, con el cuidado médico y la enfermería, incontinencia vesical y rectal; y preservación

variable de los reflejos del tallo encefálico (pupilar, oculocefalgiro, corneal, vestibular y nauseoso) y de los reflejos espinales.

Refieren que el paciente J. S., luego de 107 días de internación, no ha sufrido mejoría alguna en su estado de conciencia, presentando complicaciones propias de dicha patología, como infecciones múltiples y una escara de 6 cm. en su región sacra.

Aprecian que, si bien es cierto que no han transcurrido aún los 12 meses para catalogarlo como "permanente", puede inferirse, de la abundante bibliografía mundial, que estos pacientes, aun en el caso de presentar mejorías, las mismas son excepcionales y quedan con grandes secuelas neurológicas y con una pobrísima calidad de vida.

Dada la condición de J. S., consideran que jamás volverá a su situación anterior, ya que se trata de un paciente incurable. Refieren que, en este caso en particular, se produce una tensión entre valores y derechos diversos: a la vida, a la salud, a la integridad física, a la dignidad, a la autonomía, a la intimidad, al honor, a la libertad religiosa, pero que fundamentalmente, la discusión actual radica en la tensión existente entre el derecho a la vida y el derecho a la dignidad humana.

Relatan que el derecho a la vida es un atributo inseparable de la persona humana, "el primero y más importante de todos los derechos", reconocido como un derecho implícito en la Constitución Nacional (art. 33) y en forma explícita por diversos instrumentos internacionales de jerarquía constitucional (art. 1 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, art. 3 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, art. 6 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, por la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio, art. 4 de la Convención Americana sobre los Derechos Humanos y Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos).

Hacen una reflexión entendiendo que el Estado constituye una muralla frente a la dignidad humana, en cuanto pretende invadir la esfera de autonomía (art. 19, Constitución Nacional) y la libertad de las personas. El derecho a la vida puede ceder en algunos supuestos, mientras que la dignidad debe mantenerse siempre.

Dicha dignidad exige que se respeten las decisiones personales, el propio plan o proyecto de vida que cada cual elige para sí, en la medida en que no perjudique a terceros ni afecte al bien común. Es entonces, el consentimiento informado un desprendimiento del principio bioético de autonomía (respeto a la dignidad y a la autodeterminación de las personas, debiendo acatarse la decisión del paciente competente y adecuadamente informado).

De hecho, refieren que los problemas jurídicos y éticos del morir humano encuentran fundamento en el valor de la vida humana. Por tanto, el padecimiento de enfermedades crónicas, irreversibles o incurables, en etapas avanzadas, conlleva a un elevado nivel de sufrimiento. Los tratamientos extremadamente invasores o con importantes efectos adversos al paciente y a su entorno influyen frente a la toma de una decisión consciente y angustiada de extender la agonía, o de morir en paz.

En cuanto a las prácticas para demorar la muerte, apuntan que la distanasia es la práctica médica que tiende a alejar la muerte a través de medios proporcionados o desproporcionados y, prolongar la vida a cualquier costo merece serios cuestionamientos

éticos, por lo que, en circunstancias de muerte clínica, estado vegetativo o situaciones de marcado deterioro, no resulta inmoral ni antijurídico suspender los tratamientos distonásicos, cargados de irracionalidad y con alto costo de sufrimiento.

Especifican que, los métodos extraordinarios (o soporte vital) aluden a todo sistema o técnica que, de no aplicarse, producirían una muerte inminente (respirador, riñón artificial y otros mecanismos que incluyen la hidratación y alimentación artificial).

Alegan que, la Ley N° 10.058 de la Provincia de Córdoba y su modificatoria, la Ley 10.421 (2016), tienen por objeto establecer, regular y garantizar el derecho que tiene cualquier persona a decidir en forma anticipada su voluntad respecto a la negativa a someterse a medios, tratamientos o procedimientos médicos de encarnizamiento terapéutico que pretendan prolongar de manera indigna su vida.

En estos casos, es fundamental respetar siempre la voluntad informada del paciente en lo que se refiere a su propia vida y muerte, y que la autonomía de la voluntad, a través del consentimiento informado, será el único freno a los abusos, ya sea de profesionales, familiares o del Estado.

En definitiva, solicitan se haga lugar a la presente acción. Ofrecen prueba. Hacen reserva del caso federal (art. 14, Ley N° 48) y de recurrir ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

V. Argumentos de los médicos del Hospital Municipal de Urgencias de la ciudad de Córdoba

Sostiene la improcedencia de la acción de amparo promovida, por cuanto no hay ninguna violación a derechos de los demandantes por parte de la Municipalidad de Córdoba, que legitime o justifique la vía intentada.

Entiende que la pretensión deducida no se ajusta a las disposiciones de la Ley 10.058, en razón del estado de salud en el que actualmente se encuentra J. S.

Detalla que el paciente presenta una lesión traumática, pero sin que el diagnóstico médico, permita asegurar la "irreversibilidad" de su estado, lo que es confirmado por el informe producido por los médicos tratantes en el Hospital Municipal de Urgencias.

Destaca que el paciente no presenta "muerte cerebral", respira sin necesidad de asistencia mecánica, ha realizado algunos movimientos espontáneos (elevación de miembros, cruzar una pierna), y durante el tiempo de internación, verificó alguna mejora neurológica, de acuerdo con el "Índice Glasgow", que es una escala para evaluar el estado neurológico.

Razona que el paciente nombrado sufrió una lesión traumática hace aproximadamente cuatro meses, mientras que la bibliografía científica actual recomienda dejar transcurrir un tiempo de doce meses, con fundamento en la posibilidad de que el paciente evolucione favorablemente a futuro.

Aduce que el artículo 5 inc. e) de la Ley 10.058 fija un plazo de doce meses para considerar la existencia de un estado vegetativo permanente, por lo que, suprimir las medidas de sostenimiento del paciente consistente en hidratación y alimentación, como se re-

quiere en la demanda, en la situación actual, implicaría infringir las limitaciones contenidas en el artículo 3 de la citada ley.

Esgrime que no se configura en absoluto el supuesto de arbitrariedad ni de ilegalidad a que se refiere la Ley 4915, por cuanto la Municipalidad ha cumplido con lo establecido expresamente por las normas que regulan la materia en cuestión. Cita doctrina y jurisprudencia.

Pone de resalto que el derecho a la vida es considerado el derecho supremo y que, si bien el derecho a la dignidad es un derecho de suma relevancia, de ningún modo puede revestir el valor que aquél posee. Ofrece prueba. Formula reserva del caso federal (art. 14, Ley N° 48).

VI. Argumentos del Tribunal por la positiva (en mayoría)

Principalmente, parten del principio rector de la dignidad humana y el derecho a la autodeterminación como ejes fundamentales para la resolución del caso en cuestión. Para ello, citan numerosos tratados internacionales con jerarquía constitucional de derechos humanos, que le sirven de argumento para la defensa y ponderación de estos principios por sobre el derecho a la vida. También, invocan la letra de la Constitución Nacional, de la Constitución de la Provincia de Córdoba y de los derechos personalísimos reconocidos por el Código Civil y Comercial de la Nación.

Se plantean, como cuestión a resolver, la conveniencia o no de la muerte de una persona con resguardo de su dignidad, ya que reviste trascendencia desde el punto de vista jurídico, ético, científico y social, ello dentro del marco normativo mencionado anteriormente. En este sentido, refieren los vocales que, "los conceptos de persona, individuo y personalidad están estrechamente ligados y, si bien diferenciados, se contienen unos a otros. El ser humano es persona y el ser humano tiene personalidad. Uno de los aditamentos de la personalidad más relevantes y primordiales es el de la dignidad. La dignidad aparece como un valor supremo, irreductible y absoluto, propio de la condición personal; la dignidad se corresponde a lo que se afirma de manera absoluta, es decir aquello que es principio o punto de partida para surgir de sí mismo, por apoyarse en sí. Cuando afirmamos que el ser humano debe ser tratado dignamente, estamos afirmando que se deben respetar sus derechos fundamentales."

Además, indican que, un aspecto central del reconocimiento de la dignidad, constituye la posibilidad de todo ser humano de autodeterminarse y escoger libremente las opciones y circunstancias que le dan sentido a su existencia, conforme a sus propias opciones y convicciones, vale decir, a diseñar su proyecto de vida. Partiendo de tal concepción, el derecho a la autodeterminación, se vincula con las decisiones sobre el propio cuerpo de las personas que, a su vez, se traduce en el derecho a prestar un consentimiento informado (autonomía del enfermo) o bien a dejar una directiva o voluntad anticipada (autonomía del sujeto). Para sostener este argumento, los vocales intervinientes citan doctrina y jurisprudencia relevantes, como así también la normativa nacional (Ley 26.529, modificada por la Ley 26.742) y provincial (Ley 10.058).

Destacan la importancia de la intervención de los Comités de Bioética y en la necesidad de no judicialización del paciente, que implicaría mayores desgastes morales y dispendio temporal para todos los involucrados, el paciente y su familia. Empero, la recomendación del Comité de Bioética no fue suficiente para el equipo médico del Hospital de Urgencias,

lo que llevó indefectiblemente a la familia del Sr. J. S. a interponer la presente acción de amparo y, por ende, a judicializar el conflicto.

Justamente, el espíritu del legislador, plasmado en el marco normativo que se describe, no ha exigido que el ejercicio del derecho a aceptar o rechazar las prácticas médicas, quede supeditada a una autorización judicial previa.

De esta manera, concluyen que “por tal razón, no debe exigirse una autorización judicial para convalidar las decisiones tomadas por los pacientes respecto de la continuidad de los tratamientos médicos, en la medida en que estas 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” (Consid. 30, 31 y 32, Fallos: 338:556, D., M. A. s/ declaración de incapacidad).”

Se apoyan en los sólidos fundamentos del Comité de Bioética consultado, quien, para emitir su dictamen, ha tratado todas las aristas del caso en profundidad, de una manera interdisciplinaria. Es decir, no solo tuvo en cuenta la condición física y clínica del paciente, su pronóstico, sino que también, las condiciones socio-económicas-familiares del mismo (paciente sin cobertura social, que vivía en situación de extrema precariedad, sin red familiar de contención que pueda acompañarlo y asistirlo llegado el momento del alta hospitalaria, y la realidad político-social del Estado, ya que no cuenta con centros de rehabilitación públicos con internación luego del alta hospitalaria, tampoco brinda los elementos para una internación domiciliaria como por ejemplo bomba de alimentación).

Así pues, tal contexto y la constante vulneración de derechos del paciente y su familia por diversos motivos (falta de información adecuada respecto a la última decisión médica de reconectar después de cinco días de haber suspendido medidas de hidratación y alimentación, la asincronía de los tiempos de valoración neurológica, realizados posteriormente a la firma del consentimiento informado y después de 88 días de internación, la interrupción de dos momentos en que la familia comenzó su proceso de duelo, al firmar el consentimiento informado, ignorar voluntad de los familiares expresada en el consentimiento informado, fuente principal de la autonomía y derechos de los pacientes), es que lleva a las vocales Puigdemíbol y Sosa a considerar que: “dado el estado clínico de J.S. no cabe otra solución que no sea la de respetar su voluntad reconstruida por los testimonios de sus familiares. Una decisión contraria implicaría una clara vulneración del derecho a la autodeterminación y, por ende, a la dignidad humana, fuente de todos los derechos humanos”.

Por último, mencionan que: “resulta imprescindible la información, divulgación, sensibilización acerca de las directivas médicas anticipadas o la declaraciones de voluntad anticipada, para evitar la hiriente situación por la que han pasado ciudadanos que conocen, o que han visto, momentos de terrible sufrimiento en enfermos; y que indudablemente a través de estas herramientas, puede ser modificado sustancialmente, haciendo posible la efectividad de la ley.”

En suma: proceden a hacer lugar a la acción de amparo interpuesta por familiares del paciente en cuestión, en contra de la Municipalidad de Córdoba y, en consecuencia, declarar la ilegitimidad y arbitrariedad de la negativa del equipo médico del Hospital de Urgencias de la ciudad de Córdoba, retirar las medidas de soporte vital al paciente J. S.,

conforme lo solicitado en los consentimientos informados presentados por sus familiares. Ordenan, en definitiva, al Director del Hospital de Urgencias a que disponga, sin dilación alguna, la limitación del esfuerzo terapéutico a J. S., y el aseguramiento de los cuidados paliativos suficientes, habiendo previamente informado a los familiares para que se tomen los recaudos personales y espirituales que consideren adecuados. Con costas a la vencida (art. 14 de la Ley 4915).

VII. Argumentos del Tribunal por la negativa (en disidencia)

Por su parte, el voto en disidencia reflejaba que, en base al contexto de lo acreditado en autos y el marco jurídico que la rige, "debía rechazarse la acción de amparo" entendiendo que la duda sobre el pronóstico de la evolución de J.S. no permitía, en las condiciones de la prueba rendida en autos, hacer operativas las declaraciones de voluntad anticipada, porque el paciente aún no cumplía con los criterios de irreversibilidad. Por lo que, llevar adelante las mismas tendrían una consecuencia irreversible para un paciente cuyo estado vegetativo persistente "aún" no se ha determinado como permanente y, menos, irreversible.

Es decir, la vocal que emite su voto por la negativa consideró que, a partir de las constancias acreditadas en el expediente se emana fehaciente evidencia respecto a que aún no habían concurrido los requisitos médico-legales previstos por el ordenamiento jurídico para hacer operativa la voluntad de la familia, antes de que transcurra el plazo de doce meses o antes si hubiese cambios desfavorables en el estado de J. S.

La vocal Ortiz de Gallardo, principalmente, se basa en la unanimidad y consistencia de la doctrina médica científica acompañada en autos por la Municipalidad de Córdoba, en cuanto al valor aproximado del tiempo de recuperación de la conciencia para los pacientes en Estado Vegetativo Persistente (PVS), por una lesión cerebral traumática (TBI) luego de doce meses y, dentro de tres a seis meses para aquellos con EVP, por lesiones no traumáticas. Quedando el caso encuadrado en el primer supuesto, por lo que entiende que se debe esperar dicho periodo de tiempo para una evolución del paciente y, una vez transcurridos, allí sí proceder como la ley lo indica.

Entendió que en la litis no estaba en juego el derecho de la familia de J. S. a realizar declaraciones de voluntad anticipadas subrogadas, y menos aún, remarca, el alcance del derecho a la autonomía y a la dignidad de J. S., como así también, el derecho a la autonomía y dignidad de toda su familia. El único aspecto dilemático es una cuestión que fue puesta de relieve por el equipo médico tratante de J. S. en el Hospital Municipal de Urgencias sobre la falta de configuración de un parámetro médico-legal para hacer efectiva inmediatamente la declaración de voluntad anticipada subrogada de la familia de J. S.

Destaca que, ello no fue tenido en cuenta por el Comité Ley N° 10.058 de Muerte Digna, en razón de no estar integrado en su totalidad con profesionales médicos, sino por un licenciado en enfermería y por profesionales de otras especialidades, por lo que debería considerarse la idea de revisar la integración interdisciplinaria del Comité Hospitalario de Bioética, e incluir, dentro de sus garantías procedimentales de actuación, una instancia de revisión que evite la judicialización de estos dilemas éticos.

En cuanto a las costas, refirió que debían ser por el orden causado, atento lo novedoso del asunto en la jurisdicción local.

VIII. Conclusiones

La temática relativa a los derechos del paciente y directivas médicas nunca estarán exentas de ser motivos de debates éticos, jurídicos y médicos.

En estas situaciones, como la que se analizaron precedentemente, entran en juego derechos constitucionales tales como: el derecho a la vida, a la dignidad humana, a la intimidad y a la autonomía personal, entre otros. Ello hace que, la toma de una decisión para el Tribunal competente sea una tarea difícil, ya que implica dilucidar entre la vida y muerte de una persona.

El rol que asumen las magistradas en casos como el presente -sea cual fuere la postura que se adopte- sin lugar a dudas, demuestra un acto de humanidad inigualable. Las magistradas han dejado en evidencia su valentía, empatía y la formación jurídica loable que poseen. Sus conocimientos del marco jurídico vigente en la temática y la subsunción del mismo al caso concreto, reflejan un trabajo excepcional con una mirada holística y de alta calidad y claridad conceptual.

A partir de la resolución bajo estudio, de la Cámara Segunda Contencioso Administrativa de la ciudad de Córdoba, se logró brindar al paciente la posibilidad de tomar una decisión altamente personal, como es, ni más ni menos, que la decisión de rechazar tratamientos médicos que sólo servirían para prolongar el sufrimiento y agonía. En otras palabras, en fallos como el presente, se permite que el paciente decida cómo ejecutar su plan de vida hasta el último momento, pese a los dictámenes del personal médico del Hospital de Urgencias, quienes habían decidido reconectar la alimentación e hidratación artificial desoyendo los Consejos del Comité Ley 10.058.

Como refieren Ludueña y Casale (2023), 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. Ahora bien, ello no implica que dichas declaraciones de voluntad anticipadas, realizadas muchas veces por los familiares del paciente, pongan en jaque los criterios profesionales respecto al tratamiento a brindarle al paciente, conforme a su formación, el juramento hipocrático y sus principios éticos y morales. Razón por la cual, no se estima absurdo que el presente caso haya llegado a la justicia, pese a que podría haberse evitado.

Se pudo observar -y aquí se está a favor del voto mayoritario- la falta de información en los miembros del personal de salud del Hospital Municipal de Urgencias, con relación al andamiaje legal vigente y la manera en que se engrana dicha legislación en este tipo de situaciones. Por tanto, la realización de campañas de difusión e información de este tipo de directivas médicas anticipadas, permitirían que una mayor cantidad de personas tenga conocimiento de su existencia y sea posible generar instancias de diálogo en las familias (o inclusive en el vínculo médico-paciente), de un tema que muchas veces, se transforma en tabú, como lo es la muerte. Este tipo de ideas informativas y la decisión arribada por la Cámara Segunda Contencioso Administrativa, resultan un instrumento útil y de avanzada en cuanto al respeto de los derechos humanos. Implica el conocimiento de las personas de la posibilidad de poder realizar estas declaraciones de voluntad anticipada, en los momentos más difíciles de la vida, y resguardando el respeto de su dignidad como persona. Ello se debe a que, está prevista por ley la posibilidad de planificar una muerte más digna, debiendo el Estado, a su vez, garantizar mecanismos de acceso gratuitos a la emisión de la directiva anticipada en todos los nosocomios del país.

En este caso en concreto, por la situación en la que se encontraba el paciente, no hubo directivas anticipadas expresadas formalmente, pero sí dichos de la familia respecto de cuál sería la voluntad del paciente si estuviera la posibilidad de manifestarse en tal condición. Así pues, ante la inexistencia de directivas anticipadas manifestadas formalmente,

se puede visualizar la importancia social de éstas, para generar más conciencia sobre la finitud de la vida y poder, de este modo, incluir a la muerte como un estadio “normal” del ciclo vital.

Es por eso, como concluye Mollar (2023), durante el proceso de atención de la enfermedad terminal, el equipo de cuidados paliativos debe promover y acompañar al paciente en la elaboración de un documento de voluntades anticipadas o instrucciones previas, adelantándose a los posibles escenarios clínicos futuros y expresando las decisiones acerca de la atención que se desea recibir, incluyendo el tratamiento nutricional.

En suma: como enuncian Pedernera Allende y Alterini Cuneo (2024), la muerte no es un hecho aislado, sino también un fenómeno eminentemente social, que además es fuente de angustia para los seres queridos que viven la muerte del paciente. Éstos merecen hacer frente a este delicado proceso en paz, sin dolores añadidos ni cargas morales extras que sean fruto de trámites burocráticos o incidencias judiciales que se vieran forzados a concretar para hacer valer una declaración de voluntad anticipada. El Código Civil y Comercial no supedita la operatividad de la declaración de voluntad anticipada a una autorización judicial previa, por tanto, para casos futuros no debe perderse tal norte.

Referencias bibliográficas

- Bustamante, G. (2022). La muerte como evento vital individual y colectivo. Barcelona: Ed. Anagrama S.A. ISBN: 978-84-339-4202-9.
- Casanova, P. (2012). Algunas reflexiones a partir de la ley de muerte digna. Revista Prudentia Iuris, 74. Publicado en: <https://repositorio.uca.edu.ar/handle/123456789/2665>
- Chechile, A. M. y Lopes, C. (2022). Morir dignamente según las propias convicciones. Eutanasia y suicidio asistido. El derecho a elegir cuándo morir. La Ley. Cita Online: TR LALEY AR/DOC/3317/2022.
- Lombardi, M. (2023). Consideraciones sobre la muerte digna y los debates acerca de la regulación de la eutanasia. La Ley. Cita Online: TR LALEY AR/DOC/618/2023.
- Ludueña, C. y Casale, A. (2023). Directivas Médicas Anticipadas. Consideraciones a nivel federal y en la provincia de Córdoba 10 años después de la reglamentación de la ley 26.529. Revista Derecho y Salud. Universidad Blas Pascal. DOI: [https://doi.org/10.37767/2591-3476\(2023\)05](https://doi.org/10.37767/2591-3476(2023)05)
- Mollar, E. (2023). Muerte digna. Reflexiones bioéticas. La Ley. Cita Online: TR LALEY AR/DOC/2929/2023.
- Pasquini, M.S. (2005). Eutanasia. Sistema Argentino de Información Jurídica (Saij). Id Saij: DAOC050056. Publicado en: <http://www.saij.gob.ar/doctrina/daoc050056-pasquini-eutanasia.htm?bsrc=ci>
- Pedernera Allende, M. y Alterini Cuneo, F. (2024). 12 años de la sanción de la Ley provincial N° 10.058 sobre declaración de voluntad anticipada. Comentario a fallo “TSJ: Sentencia N° 115 de fecha 2/11/2023, en autos: S. O., R. M. y otros c/ Municipalidad de Córdoba - Amparo Ley 4915” Coord. Solá Torino, V. Boletín Judicial. Poder Judicial de la Provincia de Córdoba.
- Roxin, C. (1999). Tratamiento jurídico- penal de la eutanasia. Traducción al español de Olmedo Cardenete. Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología RECPC 01-10 (1999). Universidad de Munich. Publicado en: http://criminet.ugr.es/recpc/recpc_01-10.html

La gestación por sustitución: una TRHA que desborda los límites de la relación entre comitentes y mujer gestante

Surrogacy: a HRT that goes beyond the limits of the relationship between parents and the surrogate woman

Agustina Chaves¹²

DOI: [https://doi.org/10.37767/2591-3476\(2024\)36](https://doi.org/10.37767/2591-3476(2024)36)

Comentario a

“W., B. – C., L. E. – R. T., D. S. – SOLICITA HOMOLOGACIÓN – LEY 10.305” - Auto n.º 386 de fecha 07/06/2023

Juzgado de Familia de Primera Nominación de la ciudad de Córdoba

Acceso al Fallo

RESUMEN:

La tríada comitentes – gestante solicitó al Juzgado de Familia de Primera Nominación de la ciudad de Córdoba la homologación del acuerdo al que habían arribado para realizar la práctica de gestación por sustitución, y que se declare la inconstitucionalidad del art. 562 del Código Civil y Comercial de la Nación para que, en caso de ser exitosa la TRHA, se inscriba a la persona nacida como hijo/a de los comitentes. La jueza concluyó, entre otras cosas, que: i) Entre los solicitantes no había un vínculo de parentesco, amistad o afinidad, ni existía un proyecto en común, sino una vinculación contractual – comercial; ii) La gestante no podía prestar libremente su consentimiento pleno e informado, y iii) La gestante no había informado a su familia la decisión de subrogar. Rechazó el pedido de homologación, no permitió la transferencia embrionaria a la gestante, y exhortó al Poder Legislativo a fin de que regule esta técnica de alta complejidad.

1 Investigadora de la Sala de Derecho a la Salud del Instituto de Investigaciones Jurídicas (IDI-CJ) de la Universidad Blas Pascal. Abogada (UCES); Escribana (UES21); Especialista en Derecho de Familia (UNR); Especializando en Derecho Procesal de las Ejecuciones (UBP). Profesora Adjunta del Taller de Argumentación e Interpretación Jurídica (UCES San Francisco). Prosecretaria del Juzgado Civil, Comercial y Familia de 3ª Nominación de la ciudad de San Francisco, provincia de Córdoba. Mail: chavesagustina@gmail.com. Nro. de ORCID <https://orcid.org/0009-0006-1575-4843>

2 Este comentario forma parte del Proyecto de I+D de la Universidad Blas Pascal “Una aproximación al tratamiento jurisprudencial del rol de la mujer gestante en las gestaciones por sustitución” (297-20230622-199) dirigido por el Prof. Dr. Gonzalo G. Carranza y la Profª. Dra. Claudia E. Zalazar.

ABSTRACT

The triad of the applicants - gestational carrier requested the Family Court of First Nomination of the city of Córdoba to homologate the agreement they had reached to carry out the practice of gestational surrogacy, and to declare the unconstitutionality of art. 562 of the Civil and Commercial Code of the Nation so that, in case of a successful HRT, the person born would be registered as the child of the applicants. The judge concluded, among other things, that: i) There was no kinship, friendship or affinity between the applicants, nor was there a common project, but rather a contractual-commercial relationship; ii) The pregnant woman could not freely give her full and informed consent, and iii) The pregnant woman had not informed her family of the decision to surrogate. The Court rejected the request for homologation, did not allow the embryo transfer to the surrogate, and urged the Legislative Power to regulate this highly complex technique.

PALABRAS CLAVE: Gestación por sustitución; TRHA; altruismo; vulnerabilidades; interés superior del niño.

KEY WORDS: Gestational surrogacy; HRT; altruism; vulnerabilities; best interests of the child.

I. Introducción

Si bien no existe consenso en lo que respecta a la propia definición que cabe asignarle a la llamada gestación por sustitución y a su denominación en sí misma, estimamos prudente conceptualizarla como una técnica de reproducción humana asistida por medio de la cual una persona (gestante) acuerda con otra o con una pareja (comitentes) gestar un embrión, con el objeto de que la persona nacida tenga vínculos filiatorios con los comitentes.

Esta TRHA fue contemplada por el Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación elaborado por la Comisión Redactora, en los siguientes términos: "El consentimiento previo, informado y libre de todas las partes intervinientes en el proceso de gestación por sustitución debe ajustarse a lo previsto por este Código y la ley especial. La filiación queda establecida entre el niño nacido y el o los comitentes mediante la prueba del nacimiento, la identidad del o los comitentes y el consentimiento debidamente homologado por autoridad judicial. El juez debe homologar sólo si, además de los requisitos que prevea la ley especial, se acredita que: a) se ha tenido en miras el interés superior del niño que pueda nacer; b) la gestante tiene plena capacidad, buena salud física y psíquica; c) al menos uno de los comitentes ha aportado sus gametos; d) el o los comitentes poseen imposibilidad de concebir o de llevar un embarazo a término; e) la gestante no ha aportado sus gametos; f) la gestante no ha recibido retribución; g) la gestante no se ha sometido a un proceso de gestación por sustitución más de DOS (2) veces; h) la gestante ha dado a luz, al menos, UN (1) hijo propio. Los centros de salud no pueden proceder a la transferencia embrionaria en la gestante sin la autorización judicial".

Sin embargo, ese artículo fue eliminado del texto definitivo al pasar la Cámara de Senadores, so pretexto de que es una de las figuras jurídicas que más voces encontradas ha generado, y encierra dilemas éticos y jurídicos de gran envergadura que ameritarían un debate más profundo de carácter interdisciplinario.

A pesar de eso, constituye una guía que los jueces tienen en cuenta al momento de resolver, e incluso marca un rumbo en cuanto a cómo deben proceder las personas que deseen formar una familia mediante una gestación por sustitución.

En este sentido, el Anteproyecto regulaba la gestación por sustitución como “la única práctica de reproducción asistida que necesitaba, de manera previa, contar con la debida autorización judicial. Así, se establecía un proceso judicial especial en el que el juez con competencia en asuntos de familia debía analizar diferentes y variados elementos que rodean a una gestación por sustitución para autorizar o no dicha práctica” (Bergel, 2015). Incluso el centro de salud no podía efectuar la transferencia embrionaria a la gestante sin la autorización judicial.

En este contexto se enmarca lo acontecido en los autos caratulados “W., B. – C., L. E. – R. T., D. S. – SOLICITA HOMOLOGACIÓN – LEY 10.305”, que fueron resueltos mediante Auto n.º 386 de fecha 07/06/2023 por el Juzgado de Familia de Primera Nominación de la ciudad de Córdoba, quien rechazó el pedido de autorización previa para realizar una gestación por sustitución y, por lo tanto, impidió la transferencia embrionaria en la gestante. La particularidad que presenta este caso es que la mujer gestante no tenía ningún vínculo de parentesco, amistad ni afinidad con la pareja comitente, sino que se conoció con la comitente en su lugar de trabajo.

Por su parte, la pareja decidió recurrir a esta TRHA debido a que la Sra. B en octubre de 2019 fue diagnosticada con cáncer de útero, y si bien recibió el alta en febrero del año 2020, se encuentra imposibilitada de llevar adelante un embarazo a término.

II. Posibilidad de realizar una gestación por sustitución en Argentina

Tal como señala la jueza interviniente, en nuestro país existe una situación de “alegalidad” respecto de la gestación por sustitución, ya que no ha sido contemplada en el ordenamiento jurídico civil.

En otras palabras, esta TRHA no está regulada ni en el código de fondo ni en una ley especial, pero tampoco está prohibida su realización. En consecuencia, y en virtud de lo dispuesto por el art. 19 de la Constitución Nacional, al no estar prohibida está permitido recurrir a la gestación por sustitución.

En el mismo sentido se ha pronunciado la Comisión 6 – Identidad y filiación de las XXV Jornadas Nacionales de Derecho Civil realizadas en la ciudad de Bahía Blanca en el año 2015, al concluir que “Aun sin ley, al no estar prohibida, se entiende que la gestación por sustitución está permitida”.

Incluso prueba de ello la constituyen los casos que la justicia ha tenido que resolver, sea con anterioridad o posterioridad a la transferencia embrionaria en la gestante.

Lo expuesto no significa que la gestación por sustitución esté permitida bajo cualquier circunstancia y condición, sino que la judicatura tiene la compleja tarea de determinar si el pedido de autorización judicial cumple ciertos requisitos mínimos, como podrían ser los que contenía el artículo suprimido del Anteproyecto de CCC.

Véase que en el caso que comentamos, la jueza recurrió a él y concluyó enfáticamente

que “no se han cumplimentado en modo alguno los requisitos de mínima exigidos en el Anteproyecto del CCyC”.

III. La determinación de la filiación en casos de gestación por sustitución

A partir de la conclusión a la que arribamos precedentemente respecto de que la gestación por sustitución está permitida en Argentina, aunque bajo ciertas condiciones mínimas que podrían ser las que preveía el Anteproyecto de CCC, surge el interrogante acerca de si le resulta aplicable o no el art. 562 del CCC, y en su caso cómo se puede sortear ese valladar.

Si la gestación por sustitución, reiteramos, es una TRHA, en principio devendrían aplicables a su respecto las disposiciones relativas a esa fuente filiatoria (cfr. art. 558, CCC). Dentro de ellas se encuentra el art. 562 del CCC, según el cual los nacidos por TRHA son hijos de quien dio a luz y del hombre o de la mujer que también ha prestado su consentimiento previo, informado y libre, debidamente inscripto en el Registro de Estado Civil y Capacidad de las Personas, con independencia de quién haya aportado los gametos.

Sin embargo, la gestación por sustitución presenta la particularidad de que quien da a luz subroga su vientre con el objeto de que el niño/a que nazca sea inscripto como hijo/a de los comitentes. Con lo cual, se advierte la existencia de una incompatibilidad manifiesta entre el art. 562 del CCC y el esquema propio de esta TRHA.

Véase que justamente por esto el artículo eliminado del Anteproyecto del CCC contenía una disposición especial respecto de la determinación de la filiación en esta TRHA. Rezaba: “La filiación queda establecida entre el niño nacido y el o los comitentes mediante la prueba del nacimiento, la identidad del o los comitentes y el consentimiento debidamente homologado por autoridad judicial”. Como se advierte, a diferencia del actual art. 562 del CCC, la filiación no quedaba establecida con quien diera a luz, sino directamente con los comitentes, que son en definitiva quienes exteriorizan su voluntad procreacional. Debido a lo expuesto es que, en el caso bajo análisis, los peticionantes solicitaron que se declare la inconstitucionalidad del art. 562 del CCC y se ordene la correspondiente inscripción como hijo/a de los comitentes, en caso de nacimiento con vida. Esta solicitud es imprescindible, ya que, “La particularidad de esta técnica es que el proyecto parental compromete el cuerpo y la salud de una tercera persona con quien después el niño no tendrá vínculo jurídico alguno, más allá de su derecho a saber que ha nacido de este modo” (Herrera, 2018: 15).

En otras palabras, si los partícipes de la tríada comitentes – gestante no solicitaran la inconstitucionalidad del art. 562 del CCC, el vínculo filiatorio quedaría establecido entre el niño/a y la gestante, lo que va en contra del propio objeto de la gestación por sustitución. Esto, “sumado a la falta de normativa expresa en la materia, ha llevado a la necesidad de judicializar los supuestos de gestación por sustitución” (Lorenzetti, 2020: 450)³.

IV. Análisis de la tríada comitentes – gestante

No caben dudas de que el juez debe analizar cuál es el vínculo que une a las partes intervinientes. En este sentido, una de las primeras cuestiones que se debe determinar es si entre los comitentes y la persona gestante existe un vínculo de parentesco, amistad o afectividad; pues si ello no se verifica, será necesario reforzar la prueba de la inexistencia

³ “Sin perjuicio de lo dicho, un amparo vigente en la CABA hace que además allí el procedimiento sea sencillo, no requiriéndose judicialización para la inscripción de la persona que nace como hijo de aquellas que recurrieron a la GS” (Lorenzetti, 2020: 450).

de retribución a cambio de la gestación.

En el caso objeto de análisis, no existía ningún vínculo de parentesco, amistad o afinidad entre los solicitantes. La jueza señala que entre ellos no hay ningún tipo de afectividad, y luego analiza puntualmente si es posible inferir la inexistencia de retribución para llevar adelante la práctica.

Del informe elaborado por el CATEMU y la audiencia que receptó personalmente a los comitentes y la gestante, extrae las siguientes conclusiones: a) La gestante no tiene trabajo en blanco; b) La gestante considera que está trabajando para la pareja comitente, dejando relegados sus propios deseos y derechos; c) Se advierte una situación de sumisión o temor de la gestante a no cumplir con la actividad a la que fue convocada, y teme por su propia salud y futuro laboral; d) No existe trabajo previo para superar los obstáculos que podrían plantearse, o existan inconvenientes a lo largo del proceso, o cuestionamiento por poner en juego derechos del orden a la salud sexual y no reproductiva; e) La gestante acude a prestar servicios sin cobertura médica, ni acompañamiento terapéutico, atendiendo contra su propia integridad psico-física; f) No existe consentimiento informado en relación a las posibles consecuencias que aparejarían los riesgos de la práctica, y g) No hay confianza ni empatía entre la tríada comitentes-gestantes.

Asimismo, resulta contundente el fallo cuando resalta que la gestante dijo que lo hace "por necesidad". Esto, a nuestro modo de ver, posee una eficacia convictiva muy fuerte en torno a que la práctica no se realiza de manera altruista, sino que en realidad hay una vinculación comercial entre los intervinientes. Esta es justamente la conclusión final a la que arriba la magistrada.

De las conclusiones expuestas, la jueza deriva la existencia de una situación de asimetría entre los comitentes y la gestante, y hace especial hincapié en la vulnerabilidad en la que se halla la gestante.

Al respecto, alude a la multiplicidad de conflictos y problemas de índole socioeconómico que atraviesa la gestante y observa en la TRHA una forma de salir de ellos, e incluso ve la forma de compensar sus padecimientos.

Resulta contundente la afirmación que la gestante efectuó en la audiencia personal que tuvo con la jueza, donde refirió que iba a "hacer lo que digan ellos" cuando naciera el niño/a producto del embarazo. Con lo cual, se advierte que no comprendía cabalmente los alcances de la gestación por sustitución y se vislumbra una situación de sumisión.

En otros términos, si no comprendía los alcances de la TRHA en cuestión, mal podría expresar su consentimiento libre, previo e informado. Surge evidente que la gestante carecía de información relevante e imprescindible, y tampoco se le habían brindado las herramientas profesionales necesarias para lograr la cabal comprensión de lo que acontecería.

Asimismo, y más allá de que no exista un vínculo de parentesco o afinidad entre los comitentes y la gestante, la jueza menciona que tampoco la gestante encuentra en la pareja comitente un referente de contención, amorocidad, compromiso y solidaridad. Lo que sumado a todo lo antes expuesto, la lleva a determinar que no subyacen lazos solidarios, sino una contraprestación económica a cambio de llevar adelante un embarazo.

La magistrada es contundente al señalar que la gestante "se posiciona en un lugar despo-

jado de protagonismo, el cual denota una absoluta asimetría cultural, social y simbólica en la práctica. No se advierte que sea un “proyecto”, sino una contratación lisa y llana”.

Si bien consideramos que no existe una prueba determinante de cuál es efectivamente la contraprestación que los comitentes asumirían en caso de llevarse a cabo la gestación por sustitución, al igual que la jueza interviniente, entendemos que es posible inferirla de la multiplicidad de circunstancias que rodean el pedido de autorización y, sobre todo, de la propia manifestación efectuada por la gestante en el sentido de que lo hacía “por necesidad”.

V. La necesaria intervención de equipos técnicos y el contacto personal con las partes

Puede ocurrir que, de los certificados médicos acompañados, apriorísticamente se desprenda la imposibilidad médica y biológica de llevar adelante un embarazo por parte de la comitente, y que la pretensa gestante suscriba el pedido de autorización judicial, e incluso declare bajo juramento que no percibirá ningún tipo de compensación económica a cambio de la gestación. Pero ello no resulta suficiente para homologar el pedido de autorización judicial o el consentimiento de las partes intervinientes.

Es por ello la jueza ofició al CATEMU⁴ a los fines de que realice un informe interdisciplinario de la persona gestante y los comitentes.

Sobre este punto, la doctrina señala que “resulta sumamente importante contar con el aporte de la multidisciplina. Ello por cuanto la intervención del equipo técnico del fuero de las familias (CATEMU) conformado para estos casos no sólo con un trabajador social y un psicólogo, sino también por un médico permiten al Tribunal contar con una herramienta de convicción dirimente a la hora de proveer a la autorización de la GS y ordenar que el niño o niña que nazca sea inscripto en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas como hijo o hija de los comitentes y no del gestante” (Squizzato y Muzio, Florencia, 2024).

Asimismo, la diligencia probatoria encuentra sustento legal en lo dispuesto por el art. 706 inciso b) del CCC que, al referirse a los principios que rigen los procesos de familia, señala que los jueces deben contar con apoyo multidisciplinario.

Al respecto, la doctrina remarca que “Efectuando una interpretación literal de la norma se observa que el legislador ha utilizado el término “deben”, con lo cual se advierte la importancia que se ha pretendido dar a los órganos técnicos, en tanto los mismos pueden colaborar, asesorar y brindar herramientas desde otras ciencias” (Lloveras *et. al.*, 2017:311).

En otras palabras, “Necesariamente el magistrado debe recurrir al auxilio de otras áreas vinculadas con el conocimiento profundo del ser humano, sus relaciones y manifestaciones. Así, la medicina, la psiquiatría, la psicología, la psicopedagogía, la asistencia social, la sociología, entre otras ciencias, constituyen valiosos elementos que concurren para formar las decisiones dictadas a lo largo del proceso” (Sosa, 2015: 2).

Por otro lado, la jueza recepcionó una audiencia donde mantuvo un contacto personal con los solicitantes y los entrevistó, en sintonía con el principio de intermediación receptado por el art. 706 del CCC y art. 15 de la Lp. 10.305. Como vimos hasta aquí, esta diligencia fue sumamente importante porque allí surgieron manifestaciones de la gestante que vislumbraron la existencia de una contraprestación a cambio de la gestación, y una situa-

4 Cuerpo Auxiliar Técnico Multidisciplinario (art. 7, Lp. 10.305).

ción de sumisión de ella respecto de los comitentes.

VI. Expansión del alcance de la gestación por sustitución a la familia de la gestante.

Cuando se habla de la gestación por sustitución se alude al interés superior del niño/a que va a nacer fruto de esta TRHA. Sin embargo, estimamos sumamente enriquecedor al debate y la forma en que cabe analizar cada caso puntual, lo que puso de resalto la jueza al señalar que “quedó expuesto en audiencia la falta de información respecto de la técnica de gestación en la familia de la mujer gestante: es decir los hijos”.

Esta consideración que ella efectuó no estaba contemplada expresamente en el Anteproyecto del CCC, pero el sólo hecho de que haya exigido que la gestante haya dado a luz, al menos, un hijo propio, impone la necesidad de su contemplación. Si se debe tener en cuenta el interés superior del niño/a que pueda nacer, cómo no se va a prestar especial atención a los hijos/as menores de edad de la persona gestante.

La jueza es categórica al mencionar que uno de los hijos de la gestante está “en situación de discapacidad y no se les ha informado a los niños respecto del proyecto de gestación subrogada, lo cual deja interrogantes en cómo gestionaría emocionalmente (sin información previa) el momento en que ellos verían a su mamá embarazada para luego no continuar con la crianza de dicho niño/a”.

En otras palabras, verán a su progenitora embarazada, pero luego el niño/a que nazca no tendrá ningún vínculo de parentesco con ellos, e inclusive no serán partícipes de su crianza, porque recordemos que entre la tríada no existe ningún vínculo de parentesco ni afinidad. Esa situación podría generar una controversia en ellos si no se los hace partícipes de la TRHA desde un primer momento.

Lo expuesto demuestra que la decisión que en un principio pareciera limitarse a la tríada comitentes – gestante, expande sus alcances a la familia de la persona gestante.

Incluso, no sólo la expande a sus hijos/as menores de edad, sino a la familia en general, porque será en su núcleo íntimo donde compartirá la cotidianeidad del embarazo, que puede incluir complicaciones médicas, lo que determina claramente la necesidad de trabajar a nivel intrafamiliar la decisión de subrogar.

En definitiva, la gestación por sustitución es la técnica de reproducción humana asistida que genera mayores reparos, no sólo porque quien gesta lo hace con el objeto de que el niño/a que nazca sea inscripto a nombre de los comitentes, sino porque tiene efectos expansivos sobre personas ajenas a la práctica en sí: la familia, y sobre todo los hijos/as menores de edad de la persona gestante.

VII. El mandato exhortativo

Por último, la jueza insta al Poder Legislativo a regular la figura de la gestación por sustitución, para así superar las dificultades que el vacío legal provoca y en pos de salvaguardar los intereses de las personas más vulnerables.

Al respecto, la doctrina especializada considera que “las personas más vulnerables en este procedimiento [son]: la gestante y el/la niño/a que nacerá” (Herrera, 2018: 20). En lo personal, por las razones expuestas a lo largo del presente trabajo, estimamos prudente agregar a los hijos/as menores de edad de la persona gestante.

La efectiva realización de esta técnica existió, existe y continuará existiendo. Forma parte de la realidad en que vivimos, e incluso constituye una de las pocas posibilidades que tienen las personas imposibilitadas de llevar adelante un embarazo (sea por razones biológicas o médicas) de formar una familia. Ello demuestra que es necesaria su regulación y contemplación por parte del ordenamiento jurídico argentino.

En otras palabras, “Ni la prohibición expresa ni el silencio de la ley evitan que la práctica se realice en los centros de salud; antes bien, se utilizan artilugios jurídicos [...] con los conflictos que genera aplicar normativas pensadas para resolver otro tipo de situaciones fácticas y jurídicas” (Bergel, 2015).

VIII. Conclusiones

Estimamos que la resolución dictada por el Juzgado de Familia de Primera Nominación de la ciudad de Córdoba resulta enriquecedora del debate existente en torno a la gestación por sustitución, debido a que pone de resalto dos cuestiones que deben tenerse especialmente en cuenta al momento de resolver un pedido de autorización judicial: 1) Las vulnerabilidades que pueden afectar a la persona gestante y que atraviesan la decisión de subrogar, y 2) Que se trata de una decisión que no involucra sólo a la tríada comitentes – gestante, sino que tiene efectos expansivos hacia la familia de la gestante, sobre todo hacia sus hijos/as menores de edad.

Estimamos que a la par de los derechos humanos de los comitentes, entre los que se encuentra el derecho a formar una familia, se erigen los derechos de la persona gestante y de su familia. Pues, como bien remarca la jueza, “como cualquier derecho no es absoluto, y existen circunstancias o condiciones que necesariamente deben cumplirse a fin de que este procedimiento pueda ser legítimo y autorizado”.

Eso impone a la judicatura el deber de analizar minuciosamente que no existan vicios en la manifestación de voluntad de la gestante, y que el consentimiento que preste para su realización sea realmente informado.

Referencias bibliográficas

- Bergel, S. D., Flah, L. R., Herrera, M., Lamm, E., Wierzba, S. M., & Kemelmajer de Carlucci, A. (2015). *Bioética en el Código Civil y Comercial de la Nación*. La Ley.
- Herrera, M. (Ed.). (2018). *Técnicas de reproducción humana asistida (Tomo II)*. Rubinzal-Culzoni.
- Lloveras, N., Orlandi, O., Faraoni, F., & Verplaetse, S. (2017). *Código de Procedimiento de Familia de la Provincia de Córdoba. Comentado – Concordado (Tomo I)*. Jurídica Mediterránea.
- Lorenzetti, R. L. (Ed.). (2020). *Código Civil y Comercial explicado: Doctrina-jurisprudencia. Derecho de Familia*. Arts. 401 a 593. Rubinzal-Culzoni.
- Squizzato, S. M., & Muzio, F. M. (2024). *Gestación por sustitución*. *Temas de Derecho de Familia, Sucesiones y Bioética*, 83-94.
- Sosa, M. M. (2015). *El rol del juez de familia en el Código Civil y Comercial*. <https://www.juscorrientes.gov.ar/wp-content/uploads/biblioteca/publicaciones-juridicas-biblioteca/pdf/2015/roljuezprocesoflia.pdf>

Técnicas de reproducción humana asistida: la negativa de las obras sociales a la cobertura.

La necesidad de armonizar la administración de los recursos finitos y el respeto a los derechos humanos

Assisted human reproduction techniques: health insurance companies' refusal to provide coverage. The need to harmonize the administration of finite resources and respect for human rights

Martina María Rimoldi¹

DOI: [https://doi.org/10.37767/2591-3476\(2024\)37](https://doi.org/10.37767/2591-3476(2024)37)

Comentario a

C., T. c/ APROSS - AMPARO LEY 4915

Sentencia n.º 5, del 28 de marzo del 2023

Cámara de Apelaciones Civil, Comercial, del Trabajo y de Familia de Cruz del Eje

RESUMEN:

En este artículo se analiza la decisión adoptada por la Cámara de Apelaciones Civil, Comercial, del Trabajo y de Familia con competencia en lo Contencioso Administrativo de la Séptima Circunscripción Judicial con asiento en Cruz del Eje respecto de una acción de amparo de salud. El caso versa sobre la solicitud de cobertura de tratamiento de fertilidad asistida, ante la negativa de la demandada en la instancia administrativa. El Tribunal resuelve a favor de la demandante, exhorta a la demandada a cumplir con la cobertura del cuarto tratamiento, sienta los lineamientos protectorios del derecho de la salud reproductiva de las personas gestantes; en tanto que la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia dejó sentado que la Ley N° 26.862 -de Reproducción Médicamente Asistida- establece que se deben cubrir hasta tres tratamientos por año.

¹ Abogada (UNC). ORCID ID: <https://orcid.org/0009-0001-8618-0473>.
Correo: martina.rimoldi@mi.unc.edu.ar.

ABSTRACT

This article analyzes the decision adopted by the Court of Appeals for Civil, Commercial, Labor, and Family Matters with jurisdiction in Administrative Litigation of the Seventh Judicial District, based in Cruz del Eje, regarding fertility treatment, following the defendant's denial in the administrative proceeding. The Court rules in favor of the plaintiff, urging the defendant to comply with covering the fourth treatment, establishing protective guidelines for the reproductive health rights of pregnant individuals. Meanwhile, the jurisprudence of the Supreme Court of Justice has established the Law No. 26,862 –on Medically Assisted Reproduction– mandates coverage for up to three treatments per year.

PALABRAS CLAVE: Derecho a la salud reproductiva. Fertilización asistida. Acceso a la salud. Administración de recursos finitos. La sujeción a la normativa nacional. Federalismo

KEY WORDS: Right to reproductive health. Assisted fertilization. Access to healthcare. Management of finite resources. Compliance with national regulations. Federalism.

I. Introducción al caso

El acceso a las técnicas de reproducción humana asistida es objeto de creciente relevancia en el mundo jurídico, dada su novedad en la ciencia y la necesidad de legislar al respecto.

En el caso objeto de estudio, se ponen en tensión los derechos reproductivos de la persona solicitante de la cobertura del tratamiento de fertilización asistida y los límites impuestos por la obra social demandada en su reglamentación interna para la cobertura de estos tratamientos. La controversia gira en torno a si la entidad debe extender la cobertura de los tratamientos más allá de lo establecido en su reglamentación, que sólo prevé tres en total, no sujetándose a lo establecido en la ley N° 26.862 y en el bloque de constitucionalidad.

En este contexto, el Tribunal ha tenido que resolver un conflicto de puro derecho, donde las partes no controvierten los hechos, sino la interpretación y aplicación de la normativa vigente. Finalmente, la sentencia hace lugar a lo solicitado por la demandante y exhorta a la demandada a cumplir con la cobertura integral del tratamiento de fertilización asistida.

Este artículo analiza la normativa nacional e internacional que rodea la materia, y puntualmente las defensas esgrimidas por la demandada y lo que la doctrina y jurisprudencia han dicho al respecto.

II. El caso objeto de estudio:

En el caso objeto de estudio, la actora persigue se condene a la demandada a la cobertura integral del tratamiento de fertilidad asistida de alta complejidad (FIV/ICSI), con más todos los tratamientos necesarios para lograr el embarazo, hasta el límite establecido por la jurisprudencia imperante de tres (3) intentos por año.

La demandada, por su parte, solicita el rechazo de la acción, argumentando que la Administración ya cubrió a la amparista tres (3) intentos de ICSI tratamientos de fertilidad

asistida de alta complejidad -cobertura prevista en la Resolución N° 151/2022 dictada por el Directorio. Alega que dicha Resolución establece la cobertura de tres (3) tratamientos en total, en consideración a la armonización de intereses de los demás afiliados, el presupuesto finito de la institución y la grave situación económica del país. Además, señala que la actora es afiliada de la obra social privada OSDE, por lo que considera que, en virtud del principio de solidaridad y esfuerzo compartido, corresponde que ella contribuya a la cobertura de los tratamientos mencionados.

Otra defensa que esgrime es que el conflicto debe ser resuelto conforme a la normativa provincial en materia de prestaciones, resultando inaplicables las leyes nacionales que adoptan políticas especiales, salvo que la Provincia hubiera adherido expresamente a ellas, lo que en el caso no es dable predicar de las Leyes N° 23.660, 22.431 y 24.901. Argumenta que condenarla a otorgar la cobertura solicitada violaría la autonomía provincial y el principio de división de poderes.

El Tribunal resuelve el caso advirtiendo que es un conflicto de puro derecho, dado que no hay controversia sobre los hechos ni sobre la afectación de los derechos de la parte. Concluye que la negativa de la demandada a cubrir un cuarto tratamiento, basada en la limitación establecida por la normativa reglamentaria mencionada que fija tres (3) intentos de tratamientos de alta complejidad en total, no se ajusta al ordenamiento jurídico. Finalmente, ordena la cobertura del tratamiento de fertilización asistida de alta complejidad, incluyendo el cien por ciento (%100) del costo de los aranceles.

III. Análisis de la normativa nacional y de los instrumentos internacionales:

El derecho a la salud está explícitamente protegido en la Constitución Nacional argentina desde su reforma en el año 1994, particularmente en sus artículos 41 y 42, y también a través del reconocimiento de tratados internacionales con jerarquía constitucional (art. 75, inc. 22 de la C.N.).

En el marco normativo nacional, son numerosas las leyes que regulan este derecho fundamental, estableciendo la obligación de las obras sociales y seguros de salud de brindar cobertura para tratamientos de diversas patologías, asegurando el amparo estatal a través del sistema público de salud para personas en situación de vulnerabilidad sin cobertura médica.

Argentina ha ratificado varios instrumentos internacionales con jerarquía constitucional, entre ellos el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que en su art. 12 establece "Los Estados Partes en el presente pacto reconocen el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental. Entre las medidas que deberán adoptar los Estados Partes en el pacto a fin de asegurar la plena efectividad de este derecho, figurarán las necesarias para: (...) d) La creación de condiciones que aseguren a todos asistencia médica y servicios médicos en caso de enfermedad".

Además, la Convención Americana sobre Derechos Humanos -Pacto de San José de Costa Rica- (arts. 4, 5, 17, 24); la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (art. 11) y la Declaración Universal de Derechos Humanos (art. 25) también garantizan la protección del derecho a la salud, imponiendo a los Estados parte la obligación de establecer los mecanismos necesarios para su efectiva realización.

Es importante destacar que Argentina también ha ratificado diversos instrumentos que

protegen específicamente los derechos de las mujeres, incluyendo disposiciones sobre salud reproductiva y planificación familiar. Por ejemplo, la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, que en su artículo 12 dispone “Los Estados partes adoptarán todas las medidas apropiadas para eliminar discriminación contra la mujer en la esfera de la atención médica a fin de asegurar, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres, el acceso a servicios de atención médica, inclusive los que se refieren a la planificación de la familia. Sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo I 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”.

Asimismo, la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra La Mujer - "Convención de Belem do Pará", establece el derecho de toda mujer al reconocimiento, goce, ejercicio y protección de todos los derechos humanos y a las libertades consagradas por los instrumentos regionales e internacionales sobre derechos humanos (art. 4).

El acceso a las técnicas de reproducción humana asistida encuentra fundamentos en principios como la igualdad ante la ley (art. 16 de la CN) y el derecho a la no discriminación (CADH, art. 24; DUDH, art. 7; PIDCP, arts. 2.1° y 26), así como en el derecho a formar una familia (CADH, art. 17; arts. 16, inc. 3, y 22 PIDESCyC, art. 10.1; PDCyP, art. 23.1°), el derecho a la salud que incluye la salud sexual y reproductiva (PIDESyC, art. 12.1), y el derecho a la intimidad para decidir libremente sobre funciones reproductivas (art. 16.1, CEDAW).

La doctrina se ha expedido al respecto diciendo “que los derechos sexuales y reproductivos integran la nómina de los derechos humanos y, como tales, son inalienables, integrales e inseparables de la condición de persona. Asimismo, se ha afirmado que una interpretación de las leyes de salud y del complejo de las normas reglamentarias que condujera a frustrar la tutela amplia y generosa de los derechos constitucionales a la vida y a la salud resultaría incompatible con principios elementales de hermenéutica jurídica, pues es regla de oro que las normas de jerarquía inferior deben ser interpretadas de un modo compatible con los principios, derechos y garantías de orden constitucional” (Briozzo, 2017: 277).

Es necesario abordar específicamente la regulación de la infertilidad, que justifica el acceso a las técnicas de reproducción humana asistida. La infertilidad se define como la incapacidad de concebir después de un año de relaciones sexuales sin protección. Esta condición ha sido reconocida legal, doctrinal y jurisprudencialmente como una discapacidad. Sobre este punto se ha expresado que la infertilidad debe ser considerada dentro del marco de los derechos humanos, especialmente en lo que se refiere al derecho a la salud y a la reproducción, en tanto que reconocer la infertilidad como una discapacidad facilita el acceso a tratamientos de reproducción asistida y asegura la no discriminación de las personas que la padecen. (Luna: 2008).

En este sentido, nuestro país reconoce las técnicas de reproducción humana asistida como una nueva forma de afiliación y prevé la cobertura de los tratamientos a partir de la Ley N° 26.862. Esta ley tiene por objeto garantizar el acceso integral a los procedimientos

y técnicas médico- asistenciales de reproducción médicamente asistida (art. 1) y establece la cobertura por parte de las obras sociales, las entidades de medicina prepaga, así como aquellos agentes que brinden servicios médicos-asistenciales a sus afiliados independientemente de la figura jurídica que posean (art. 8).

La legislación argentina reconoce también la importancia de proteger los derechos reproductivos de las mujeres, estableciendo disposiciones protectoras para garantizar el acceso a la salud reproductiva y planificación familiar. Esta protección se enmarca dentro de los compromisos internacionales asumidos por Argentina, desarrollados precedentemente.

A su vez, las técnicas de reproducción humana asistida son esenciales para asegurar que todas las personas, incluidas aquellas que padezcan de infertilidad, puedan planificar su vida familiar. Esto se alinea con los compromisos internacionales asumidos por el Estado a los fines de garantizar el derecho a la salud sexual y reproductiva.

IV. El paradigma de la escasez, la administración de los recursos finitos y la reglamentación de las políticas públicas:

Es dable señalar que el paradigma de la escasez y la administración de los recursos finitos -las defensas que alega la demandada para oponerse a la acción- juegan un papel sumamente importante en la reglamentación de políticas públicas. Este paradigma refleja la necesidad de gestionar de forma eficiente los recursos, especialmente en áreas que atraviesan una gran crisis como es el área de la salud.

En este sentido, el argumento de escasez presupuestaria y la obligación de armonizar los intereses de todos los afiliados resaltan la complejidad de conciliar derechos individuales con las limitaciones financieras institucionales y la sostenibilidad del sistema.

La Administración Provincial del Seguro de Salud (APROSS) es un ente autárquico, que se caracteriza por su autonomía administrativa y económica. Es importante señalar que APROSS se financia principalmente con los aportes de los empleados públicos de la Provincia de Córdoba, tanto activos como jubilados, así como con contribuciones que el gobierno provincial asigna a través de partidas presupuestarias (art. 32, Ley N° 9277). Este último punto es relevante porque refuta uno de los argumentos esgrimidos por el representante de la demandada, quien sostiene que APROSS no recibe aportes por parte del Ejecutivo Provincial, contradiciendo claramente lo dispuesto en su ley de creación y en las sucesivas leyes de presupuesto de la Provincia de Córdoba.

Se debe señalar que esta institución tiene la responsabilidad de prestar cobertura médica principalmente a los empleados públicos provinciales y jubilados, teniendo como objetivo principal el acceso a los servicios de salud. Su funcionamiento se cimenta en los principios de solidaridad, de sostenibilidad y de equidad, buscando garantizar la estabilidad financiera para asegurar que todos los afiliados tengan acceso a los servicios de salud.

En ese contexto, reglamenta la cobertura de sus prestaciones para administrar sus recursos de manera eficiente y equitativa, mediante disposiciones internas de su Directorio. Actualmente, al igual que la mayoría de las instituciones de Argentina, enfrenta el desafío de administrar recursos en un contexto de una crisis social y económica social

inédita, y de creciente demanda de servicios de salud. Por lo tanto, debe adoptar políticas que contribuyan al equilibrio del sistema.

En el fallo bajo estudio, APROSS argumentó sobre la base de las consideraciones hechas precedentes y denegó la solicitud de la actora, indicando que había proporcionado cobertura para tres (3) tratamientos de fertilización asistida de alta complejidad. Fundamenta su negativa para cubrir un cuarto intento en la Resolución N° 151/2022 del Directorio, que limita los intentos a tres (3) en total. Asimismo, explica que su decisión se basa en el cumplimiento de las leyes que regulan el funcionamiento de la institución y en asegurar la sustentabilidad del sistema para sus más de seiscientos cincuenta mil (650.000) afiliados.

En este sentido, cabe destacar que los principios de solidaridad, razonabilidad y proporcionalidad son fundamentales en la administración de recursos finitos, especialmente en el ámbito de la salud. Estos principios inspiran las decisiones administrativas en un sentido razonable y proporcional a las demandas individuales de sus afiliados, a los recursos disponibles, y al acceso igualitario a las prestaciones de salud.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha sostenido que “El derecho a la salud, en su faz prestacional, no es absoluto y su efectivo ejercicio depende de las restricciones que surgen de la disponibilidad de recursos, la razonabilidad y proporcionalidad de las prestaciones demandadas” (“*Campodónico de Beviacqua*”)

Asimismo, en Argentina, la administración de los recursos también se ve afectada por el sistema de gobierno federal adoptado en nuestra Constitución Nacional (art. 1). Bajo este sistema de gobierno, las provincias tienen autonomía para dictar sus propias normas y administrar sus recursos.

Reconocidos doctrinarios han dicho respecto del federalismo y la administración de recursos que el federalismo argentino establece una distribución de competencias y recursos entre la Nación y las provincias, la cual exige una administración eficiente y transparente de los recursos finitos, donde las provincias deben gestionar sus presupuestos y políticas sociales conforme a sus propias leyes, siempre en coordinación con las directrices Nacionales (Gordillo, 2017).

Asimismo, la administración de recursos en un sistema federal como el argentino demanda que cada nivel de gobierno respete sus competencias y colabore en la implementación de políticas públicas. La autonomía provincial se expresa en la capacidad de gestionar sus propios recursos, pero también en la obligación de coordinarse con las políticas nacionales para asegurar un desarrollo armónico y equitativo en todo el territorio (Gelli, 2004).

En este sentido, es interesante destacar lo que expresa la doctrina respecto de la obligación de arbitrar los medios necesarios para coordinar la gestión de los recursos provinciales con las políticas nacionales a los fines de asegurar un desarrollo equitativo en todo el territorio de la República.

Por otro lado, se debe considerar el gran proceso de centralización que ha enfrentado Argentina a lo largo de la historia, en desmedro del sistema de gobierno federal esta-

blecido por la Constitución Nacional. Por lo que se debe tener en cuenta la perspectiva del interior del país para poder hablar de federalismo y de la dificultad de las provincias para adoptar ciertas políticas públicas nacionales en razón del grave problema histórico que enfrentan con relación a la distribución de la coparticipación por parte del Poder Ejecutivo Nacional.

Se han manifestado al respecto reconocidos autores locales en ese sentido, diciendo que "Al incumplimiento del proyecto federal de la Constitución han concurrido una multiplicidad de razones, que Frías ha sintetizado en: a) el avance del gobierno federal sin adecuada resistencia de las provincias; b) el desarrollo de las virtualidades centralizadoras de la propia Constitución, y c) la infraestructura de concentración socioeconómica en el área metropolitana de Buenos Aires en desmedro del interior y del equilibrio del país". (Hernández, Barrera Buteler, 2011: 114-115).

Cabe cuestionar cuál es el límite entre la adopción de decisiones en la gestión de recursos propios y la obligatoriedad de sujeción a políticas públicas nacionales. En este caso puntual, se trata de la decisión de un ente autárquico de reglamentar el acceso al tratamiento de fertilización asistida con un sentido restrictivo, con el fin de garantizar la sustentabilidad de su sistema, o en un sentido amplio, sujetándose a lo establecido por la Ley N° 26.862, garantizando asimismo el derecho a la salud sexual, reproductiva, psíquica y el respeto por el proyecto de vida de la persona que quiere gestar, todos derechos previstos explícitamente en el bloque constitucional.

V. La no sujeción a leyes nacionales como defensa para negar la cobertura de prestaciones médicas por parte de un ente autárquico provincial de salud.

Es relevante considerar otra de las defensas esgrimidas por la obra social demandada, en tanto argumenta que la provisión de las prestaciones debe dirimirse en el marco de la normativa provincial, negando así su sujeción a las leyes nacionales.

Sin embargo, es interesante traer a consideración lo que ha establecido el Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de Córdoba desde "Ontivero" (Sala electoral y de competencia originaria, "Ontivero, Ana Fernanda y Otro c/Administración Provincial del Seguro de Salud (APROSS) – AMPARO (Ley 4915) – recurso de apelación", Sent. Nro. 1 del 27/02/2018), rebatiendo esta defensa de manera contundente en "Marcato" al señalar que "No le asiste razón a la APROSS. El hecho de que las resoluciones n.º 178/09 y n.º 87/10, por ejemplo, no hayan sido declaradas formalmente inconstitucionales no significa que el TSJ no las haya sometido a un estricto test de constitucionalidad. Desde el precedente 'Ontivero' lo viene haciendo en forma sistemática. Así, en sucesivas causas, ha repetido que tales regulaciones de la APROSS no pueden superar dicho examen si no son debidamente moduladas por vía interpretativa o integradas con otras fuentes normativas que resultan insoslayables; por ejemplo, por formar parte del derecho de fondo vigente en la Argentina en materia de THRA.

Precisamente por ello, en los últimos dos años, en tres ocasiones, el TSJ ha exhortado a la APROSS -que todavía no ha cumplido- a que, 'progresivamente, adecue las reglamentaciones administrativas y prácticas internas, en relación con las prestaciones en materia de técnicas humanas de reproducción asistida, a las disposiciones de la CN, de las leyes de fondo y de los tratados internacionales de derechos humanos'.

Como consecuencia, en vez de haber optado por una salida normativamente drástica, el TSJ ha considerado preferible que las francas colisiones de tales regulaciones con el bloque de constitucionalidad y de convencionalidad federal sean saldadas por vía interpretativa para que la obra social diseñe y proyecte los cambios”.

Más adelante continúa diciendo que “(...) la Ley n.º 26862 (de Reproducción Médicamente Asistida), con carácter de orden público, opera como complementaria de las disposiciones del CCC en la materia en tanto contiene aspectos sustantivos indiscutibles e insoslayables. Precisamente por ello, sus previsiones trascienden la mera distinción entre las obras sociales provinciales y las comprendidas por las leyes n.º 23660 y 23661, únicas a las que, en teoría según la lectura de la APROSS- le serían aplicables las disposiciones de la Ley n.º 26862”.

Es preciso afirmar que toda resolución de un ente autárquico es de jerarquía inferior a la Constitución Nacional. Al respecto tiene dicho Sagúes (2012: 172) “El art. 31 de la Const. Nacional establece que ésta, las leyes de la Nación ‘que en su consecuencia se dicten’ y los tratados son ley suprema de la Nación ‘y las autoridades de cada provincia están obligadas a conformarse a ella, no obstante cualquiera disposición en contrario que contengan las leyes o constituciones provinciales’. Por tanto, no toda norma nacional tiene prioridad sobre una provincial, sino sólo aquella ley (o decreto, resolución, ordenanza, etc.) dictada en consecuencia con la Constitución, es decir, dentro de los poderes conferidos por ella al Estado federal, expresa o implícitamente”.

Cabe advertir que la Ley N° 26.862 es de orden público y forma parte del derecho de fondo vigente en Argentina en materia de técnicas de reproducción humana asistida. Por esta razón, las resoluciones internas deben actualizarse conforme a esta ley, que establece la cobertura de tratamientos de fertilización asistida, limitada a un máximo de tres tratamientos por año.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha dado luz a la interpretación de la ley respecto del alcance de la cobertura que se debe brindar en los tratamientos de fertilización asistida de alta complejidad, señalando que “Como surge de su texto, la única precisión que establece la norma reglamentaria con respecto a las técnicas de alta complejidades que una persona puede acceder a un máximo de ‘tres’. El decreto no especifica si se trata de tres en total o de tres en un determinado lapso temporal. Pero la lectura completa del precepto posibilita despejar esa incógnita pues permite comprender que ese límite de “tres” intervenciones ha sido establecido en relación con el período anual que explícitamente fue previsto para la cobertura de las técnicas de baja complejidad mencionadas en el primer tramo (en este caso cuatro). La norma ha sido diseñada en un único párrafo u oración por lo que la ausencia de referencia temporal en el caso de las técnicas de reproducción asistida de alta complejidades solo producto de la utilización de un giro o recurso idiomático para evitar una innecesaria repetición de la palabra ‘anual’...”. (L.E.H. y otros c/ O.S.E.P. s/amparo).

En este sentido, el Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de Córdoba ha exhortado a APROSS “a que, progresivamente, adecue las reglamentaciones administrativas y prácticas internas, en relación con las prestaciones en materia de técnicas humanas de reproducción asistida, a las disposiciones de la CN, de las leyes de fondo y de los tratados internacionales de derechos humanos”.

VI. Conclusiones

El análisis del fallo estuvo orientado a demostrar la tensión que existe entre la administración de los recursos que deben hacer estas instituciones para asegurar la sostenibilidad del sistema, los derechos humanos garantizados en el bloque constitucional, y la adopción de políticas públicas en el territorio nacional.

Asimismo, se observó cómo el sistema de gobierno federal adoptado por Argentina también impacta en el acceso al derecho a la salud, dado que las provincias tienen autonomía para dictar sus propias normas y administrar sus recursos, lo que puede generar discrepancias en la implementación de políticas nacionales de salud. Esto pone en tensión la autonomía de las provincias y la obligatoriedad de sujeción al orden público nacional. Asimismo, se advierten las dificultades de las Provincias en un país que formalmente adopta un sistema de gobierno federal, pero que en el plano material tiende a la centralización, con una gran concentración de recursos en el área metropolitana de Buenos Aires en detrimento de los que llegan a las provincias, los cuales son siempre escasos, sobre todo si se hace foco en las provincias del centro.

La intención de estas líneas no ha sido otra que reflexionar sobre los desafíos que tenemos los operadores jurídicos al momento de dirimir conflictos en los que están en juego un derecho fundamental, como es el derecho a la salud, y la sostenibilidad del sistema de salud. Esto último es una cuestión de creciente relevancia debido a que, en un contexto de crisis social y económica sin antecedentes como el que atraviesa Argentina actualmente, se pone en mayor presión el sistema de salud.

Es importante reflexionar críticamente sobre estos temas para tomar decisiones adecuadas que equilibren el respeto a los derechos humanos de los habitantes y la sostenibilidad del sistema de salud. Este enfoque debe tener como objetivo último la construcción de un país, con más y mejores derechos, para que todos sus habitantes puedan disfrutar de mejores condiciones de vida. Solo a través del compromiso con lo que establece nuestra Constitución Nacional se podrá avanzar hacia una sociedad más justa y equitativa, donde cada persona pueda desarrollarse plenamente.

Referencias Bibliográficas

- Barone, L. D. (2021). Amparo en salud. Un análisis desde la jurisprudencia. *Advocatus*.
- Briozzo, S. (2017). Algunas consideraciones sobre la protección del derecho humano a la salud reproductiva. *Revista de Derecho de Familia y de las Personas*, 8.
- Gelli, A. (2004). Constitución de la Nación Argentina. Comentada y Concordada. *La Ley*. <https://ddhhtraviesocarzoglio.wordpress.com/wp-content/uploads/2019/05/constitucion-argentina-comentada-gelli.pdf>
- Gordillo, A. (2017). Tratado de Derecho Administrativo. Tomo 1. Parte General. https://www.gordillo.com/pdf_tomo1/tomo1.pdf
- Hernandez, A. M., & Barrera Buteler, G. E. (2011). *Derecho Público Provincial*. AbeledoPerrot.
- Luna, F. (2008). Reproducción asistida, género y derechos humanos en América Latina. Instituto Interamericano de Derechos Humanos. <https://ri.conicet.gov.ar/handle/11336/194076?show=full>
- Sagües, N. P. (2012). *Manual de derecho constitucional*. Astrea.

¿Tiene prevalencia en la sociedad una persona con Atrofia Muscular Espinal?

Is a person with Spinal Muscular Atrophy prevalent in society?

Paloma Druetta Longo¹

DOI: [https://doi.org/10.37767/2591-3476\(2024\)38](https://doi.org/10.37767/2591-3476(2024)38)

Comentario a

H., M. A. C/ APROSS Y OTRO - AMPARO LEY 4915

Sentencia n.º 46, del 07 de septiembre del 2023

**Cámara Contencioso Administrativo de Tercera Nominación
de la ciudad de Córdoba**

RESUMEN:

Este artículo muestra la vulnerabilidad con la que se exponen a diario las personas con discapacidad, en especial aquellas que tienen enfermedades poco frecuentes, y su lucha con las obras sociales y el Estado. El fallo del Tribunal remarca la importancia y cumplimiento del respeto de los derechos y garantías del grupo vulnerable, como así también la responsabilidad conjunta entre la APROSS con la Provincia de Córdoba frente al otorgamiento de medicamentos.

ABSTRACT

This article shows the vulnerability that people with disabilities, especially those with rare diseases, are exposed to on a daily basis, and their struggle with social security and the state. The Court's ruling highlights the importance of respecting the rights and guarantees of the vulnerable group, as well as the joint responsibility between APROSS and the Province of Cordoba in the provision of medicines.

PALABRAS CLAVE: Discapacidad, Derecho a la Salud, Acción de Amparo; Garantías; Enfermedades pocos frecuentes.

KEY WORDS: Disability, Right to Health, Amparo Action; Guarantees; Rare Diseases.

¹ Abogada en la Universidad Nacional de Córdoba; Cuadro de Honor Año 2020. Diplomada en Diplomacia Contemporánea (UNC). Cursando Maestría en Derecho Procesal en la Universidad Siglo 21. Se desempeña como meritoria en la Cámara Contencioso Administrativa de 2ª Nominación de la Provincia de Córdoba. Mail: palomadruetta@gmail.com. Nro. de ORCID: <https://orcid.org/0009-0000-3709-1151>.

I. Introducción

En este trabajo pretendemos analizar, a través del fallo en cuestión, la temática relativa a las personas con discapacidad, en especial las personas con enfermedades poco frecuentes (AME).

Desglosaremos cada una de las palabras enunciadas en la Sentencia "H., M. A. C/ APROSS Y OTRO - AMPARO LEY 4915" dictada el siete de septiembre de 2023 por la Cámara Contencioso Administrativo de 3º Nominación de la Ciudad de Córdoba.

En la resolución, el Tribunal hace lugar a la demanda de acción de amparo en la que le concede la cobertura integral y completa del medicamento solicitado por la actora con indicación previa de sus médicos profesionales.

Resulta interesante acá ver el planteamiento realizado por las magistradas y la relación de los derechos y garantías de las personas con AME. Mencionan el derecho a la salud, el derecho a la vida, a la integridad psicofísica. Traen a colación los tratados de derechos humanos con jerarquía constitucional, la Ley Nacional N° 26.689 en la que ponderan el cuidado integral de la salud de las personas con enfermedades poco frecuentes, y mejorar la calidad de vida de ellas y de sus familias; y la adhesión a la misma por parte de la Provincia de Córdoba mediante la Ley N° 10.388.

A fin de comprender la relación multidisciplinaria entre todos los derechos frente a una enfermedad, se desarrollará y explicará cada una de ellas con explicaciones jurisprudenciales y doctrinarias.

II. Análisis del caso

El actor promovió acción de amparo en contra de la APROSS y solicitó la cobertura del 100% del medicamento Risdiplam 60mg, medicación de última generación, indicado por su médico tratante. Explica que este resulta imprescindible para mejorar su calidad de vida y supervivencia, por lo que resulta de vital importancia para prevenir el deterioro de su salud, que ya se encuentra comprometida.

Considera que la denegatoria al pedido de cobertura vulnera su derecho a la salud, a la integridad psicofísica y a la vida misma.

La Obra Social demandada manifestó que no hay acto u omisión arbitraria de su parte que lesione, restrinja, afecte o amenace con ilegalidad manifiesta libertades, derechos y garantías reconocidas y acordadas por la Constitución Nacional o Provincial, por lo que la acción intentada resulta improcedente.

La Cámara resolvió hacer lugar la demanda y ordenar la cobertura integral del medicamento, en la que resalta que la Provincia adhirió a Ley Nacional de Enfermedades Poco Frecuentes por lo que ordena a la APROSS adecuar sus prestaciones a aquella, debiendo la Provincia de Córdoba financiar su costo en forma conjunta o subsidiaria.

El fallo en cuestión repasa conceptos generales como la discapacidad, los tratados internacionales de derechos humanos receptados en la Constitución Nacional, el derecho a la salud y la normativa que existe en el país sobre la Atrofia Muscular Espinal.

III. Discapacidad

Las personas con discapacidad, según la Organización Mundial de la Salud, son "aquellas que tienen deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, en interacción con diversas barreras, pueden obstaculizar su participación plena y efectiva en la sociedad en igualdad de condiciones con los demás".

Durante mucho tiempo la mirada giraba en torno a una perspectiva física o médica, como así también el contexto físico, social y político de una persona. Mientras que en la actualidad se entiende que *"es la interacción entre las personas con deficiencias de una persona 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 demás"*.

Uno de los principios de la Carta de las Naciones Unidas que proclaman la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad y el valor inherentes y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana. Y en la Declaración Universal de Derechos Humanos y en los Pactos Internacionales de Derechos Humanos, han reconocido y proclamado que toda persona tiene los derechos y libertades enunciados en esos instrumentos, sin distinción de ninguna índole.

Que la Convención de las Personas con Discapacidad reconoce que "la discriminación contra cualquier persona por razón de su discapacidad constituye una vulneración de la dignidad y el valor inherentes del ser humano". Entiende como discriminación, definido en el art. 2, la que distinga, excluya o restrinja el reconocimiento, goce o ejercicio de todos los derechos humanos y libertades fundamentales.

Mencionamos algunos principios generales de la Convención en su artículo 3, que están relacionados con el presente artículo: la no discriminación; la igualdad de oportunidades; la accesibilidad; entre otros.

El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales reconoce el derecho de todas las personas a disfrutar del más alto nivel posible de salud física y mental, así como el deber de los estados partes de procurar su satisfacción y entre las medidas que deben ser adoptadas a fin de garantizar ese derecho se halla la de desarrollar un plan de acción para reducir la mortalidad infantil, lograr el sano desarrollo de los niños y facilitarles ayuda y servicios médicos en caso de enfermedad (art. 12).

1. Discapacidad en Argentina. Derecho a la Salud

El derecho a la salud está ampliamente garantizado en nuestro ordenamiento constitucional, especialmente en favor de las personas con discapacidad (art. 75 inc. 23 de la C.N., art. 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; arts. 25 y 26 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad; arts. 4, inc. 1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos).

La doctrina constitucionalista se preguntó si había posibilidad de reconocer un derecho constitucional a la salud. Sobre ello, el Dr. Sagüés se pronunció que si bien "éste no figura en la Constitución 1853-1860, atento a las ideologías entonces vigentes, para las cuales el cuidado de la salud importaba, en principio, una cuestión a atender por cada uno y no por el Estado", *hoy se lo entiende* "cómo derecho constitucional no enumerado, ubicable en el art. 33 CN." (2021: 330).

La naturaleza jurídica del derecho a la salud supone dos afirmaciones que, por un lado, es un derecho subjetivo, y, por el otro lado, se refiere a la salud como un bien jurídicamente tutelado.

Del énfasis a la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, se recalcan: "La asistencia integral a la discapacidad constituye una política pública del país, cuya atención y asistencia tiene sustento en las Leyes Nros. 24.431 y 24.901, en el Decreto N° 762/1997 y en los compromisos asumidos por el Estado Nacional" (344:223).

"El objetivo de la Ley N° 22.431 -que instituyó un sistema de protección integral de las personas discapacitadas tendiente a abarcar todos los aspectos relativos a su situación dentro de la sociedad- se dirige fundamentalmente a tratar de conceder a quienes se encontraran en esas condiciones, franquicias y estímulos que le permitan, dentro de lo posible, neutralizar la desventaja que la discapacidad les provoca" (327:2413).

Sin embargo, "el carácter fundamental del derecho a la salud y de las personas con discapacidad, cuyos derechos, garantías y principios reconocidos en la Carta Magna no son absolutos, sino que deben ser ejercidos con arreglo a las leyes que reglamentan su ejercicio, con la única condición de no ser alterados en su substancia" (334:551; 344:329; 343:1752; 342:2063; 340:1269).

"Cuando se trata de enfermedades graves, se halla conectado con el derecho a la vida, por lo que la autoridad tiene la obligación impostergable de garantizar ese derecho con acciones positivas, sin perjuicio de las obligaciones que deben asumir en su cumplimiento las jurisdicciones locales, las obras sociales o las entidades de medicina prepaga" (329:2552).

IV. Acción de Amparo de Salud – Atrofia Muscular Espinal.

La acción de amparo "es un proceso constitucional utilizable en situaciones en las que, por carencia de otras vías legales de mayor rapidez y aptitud, peligra la salvaguarda de derechos fundamentales, que exigen una inmediata resolución". Tiene como objetivo la defensa de los derechos individuales e intereses colectivos de personas, grupos afectados y comunidad en conjunto.

Claudio Daniel Gómez, en su libro "Acción de Amparo", define al amparo como una acción autónoma que tiene un objeto propio, el de restituir la situación jurídica restringida o a que cese inmediatamente la lesión constitucional.

También se manifiesta que el reconocimiento constitucional del amparo no solo debe limitarse a lo estipulado por el art. 43 de la Constitución Nacional, sino que además debe darle importancia la integración de este con los tratados internacionales (Art. 75 inc. 22 y su categoría de jerarquía constitucional).

En el derecho comparado podemos ver que el amparo mexicano considera que "es un medio de defensa que las personas tenemos para proteger, ante los tribunales, los derechos que reconoce nuestra Constitución cuando consideramos que una autoridad los está violentando" (Corte Suprema de Justicia de la Nación de México, 2014).

Con la jurisprudencia de la CSJN y la Ley Nacional N° 16.986, el proceso constitucional de

amparo pudo proyectarse en las jurisdicciones locales, que lo introdujeron en sus plataformas constitucionales.

Así lo hizo la Constitución de Córdoba en su art. 48 como así también en la Ley Provincial N° 4915, donde en su art. 1 establece que “la acción de amparo será admisible contra todo acto u omisión de autoridad pública o de particulares -ya sea que actúen individual o colectivamente y como personas físicas o jurídicas- que, en forma actual o inminente lesione, restrinja, altere o amenace con ilegalidad manifiesta las libertades, derechos y garantías reconocidas y acordadas por las constituciones de la Nación y de la Provincia, con excepción de la libertad individual tutelada por el Hábeas Corpus”.

Con lo ya mencionado anteriormente, el derecho a la salud se halla íntimamente vinculado con el derecho a la vida, siendo este el primer derecho fundamental de la persona humana, quien se encuentra en el centro de todo el ordenamiento jurídico (CSJN “Mosqueda” (Fallos 329:4918); “Campodónico de Beviacqua” (Fallos 323:3229).

La discapacidad que se trata en el comentario del presente fallo es la de la Atrofia Muscular Espinal (AME), es una enfermedad poco frecuente. Se sancionó en el año 2011 la Ley Nacional N° 26.689, la cual busca iniciar el cuidado integral de la salud de las personas que tengan esta enfermedad, y mejorar la calidad de vida de ellas y sus familias (art. 1).

Córdoba adhirió a la ley mediante Ley N° 10.388, y dispuso que la APROSS debe adecuar su menú prestacional a las previsiones de aquella.

A través de la Resolución N° 1234/2023 del Ministerio de Salud de la Nación se crea una Comisión Nacional para pacientes con AME la que funcionará en la órbita del Programa Nacional de Enfermedades Poco Frecuentes.

El Tribunal Superior de Justicia ha expresado que “exigir que se acredite un determinado grado de eficacia terapéutica al medicamento que demanda una persona especialmente vulnerable por padecer una EPF y sujetar la prestación a tal prueba puede resultar -además de cruel- abiertamente contradictorio con los términos de la propia Ley N° 26989, a la que está adherida Córdoba (...)

(...) si la ley n° 26896 fue concebida para el cuidado integral de las personas con EPF, en tal previsión estaba ínsito el ‘brindar cobertura asistencial’ a (art. 6) a dicho colectivo, que suele demandar -justamente por la rareza, gravedad y poca frecuencia de las enfermedades- prácticas terapéuticas o medicamentos que suelen ser considerados ‘huérfanos’ debido a las dificultades que rodean a su producción, comercialización y acceso” (TSJ - Sala Electoral “J.M., F.L...”).

En síntesis, podemos mencionar que la Cámara Contencioso Administrativo de 2° Nom. de la Provincia de Córdoba en el fallo “M., S. S. C/ APROSS” (Sentencia N° 85/2020) cita que “el Juez debe juzgar con equidad en los casos particulares sometidos a su decisión y ello sólo se logra ejerciendo la virtud de prudencia animada con vivo espíritu de justicia en la realización efectiva del derecho en las situaciones reales que se presenten” (C.S.J.N. 302:1611).

“Que el derecho a la vida es el primer derecho natural de la persona humana, preexis-

tente a toda legislación positiva, que está garantizado por la Constitución Nacional y su protección -en especial el derecho a la salud- constituye un bien en sí mismo, porque resulta imprescindible para el ejercicio de la autonomía personal (art. 19, C.N.), toda vez que un individuo gravemente enfermo no está en condiciones de optar libremente por su propio plan de vida" (C.S.J.N. Fallos: 302:1284; 310:112; 312:1953; 323:1339; 324:754; 326:4931; 329:1226; 329:1638).

V. Conclusiones

Las personas con atrofia muscular espinal cuya prevalencia en la población es igual o inferior a una en dos mil (1 en 2000) personas, lo que quiere decir es que es un grupo reducido de personas en las que sufren dicha enfermedad si no son escuchadas de manera correcta.

La lucha de la persona con enfermedad poco frecuente no es únicamente el otorgamiento de la cobertura de un medicamento, sino que también la pelea por el derecho a la salud, el derecho a la vida, a su integridad psicofísica, como así también por el respeto de sus derechos consagrados en la Constitución Provincial, Legislación Nacional, Constitución Nacional y los tratados internacionales con jerarquía constitucional.

Ante la falta de una respuesta definitiva o demora irrazonable en realizarlo, la vía del amparo puede resultar pertinente. Cabe recordar que la interposición del amparo no produce la suspensión del proceso administrativo ni sus vías de impugnación.

En conclusión, con la presencia de un gravamen irreparable y la entidad del daño, un riesgo efectivo e inminente de la vida y la salud de las personas, representarían un típico caso de amenaza como presupuesto de procedencia del remedio constitucional.

Hay un artículo publicado en el diario de La Nación, que frente a la poca información que hay en la sociedad sobre la patología, familias con hijos que tienen AME han fundado FAME (Federación de Atrofia Muscular Espinal) con el objetivo de brindar información, contención y asesoramiento a familiares y pacientes con AME; impulsar leyes y promover investigaciones científicas y tratamientos médicos que apunten a mejorar la calidad de vida y lograr una cura; capacitar a profesionales; y colaborar en la obtención de equipamientos e intervenciones para aquellas personas sin cobertura médica.

Referencias Bibliográficas

- Avalos, E., Buteler A. y Massimino, L. (2014). Derecho Administrativo (2). Alveroni.
- Ayuso, M. (2015, 20 de abril). Unen a familiares para luchar contra una enfermedad. La Nación. <https://www.lanacion.com.ar/sociedad/unen-a-familiares-para-luchar-contra-una-enfermedad-nid1787892/>
- Gómez, C. D. (1999). Acción de Amparo. Advocatus.
- Lapalma, J. C. (2006). Contenido del derecho a la salud. SAJ. <http://www.saj.gov.ar/juan-carlos-lapalma-contenido-derecho-salud-dasf070034/123456789-0abc-defg4300-70fsanirtcod>
- Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos.

(1966). Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. <https://www.ohchr.org/es/instruments-mechanisms/instruments/international-covenant-economic-social-and-cultural-rights>

- Organización Mundial de la Salud. (2024, 8 de abril). Día Mundial de la Salud: Autoridades de Gobierno y OPS reafirman acciones por el derecho a la salud. Organización Panamericana de la Salud. <https://www.paho.org/es/noticias/8-4-2024-dia-mundial-salud-autoridades-gobierno-ops-reafirman-acciones-por-derecho-salud>

- Organización Panamericana de la Salud. (s.f.). Discapacidad. <https://www.paho.org/es/temas/discapacidad>

- Palacio de Caeiro, S., y Junyent de Dutari, P. (2016). Acción de amparo en Córdoba (pp. 23-44, 557-567).

- Sagüés, N. P. (2001). Elementos de Derecho Constitucional (Vol. 2). Astrea.

- Suprema Corte de Justicia de México (2014). La ley de Amparo en lenguaje llano. https://www.scjn.gob.mx/sites/default/files/pagina/documentos/2016-11/LibroLeydeamparoenlenguajellano_0.pdf

Interrupción voluntaria del embarazo desde la óptica de los tratados de derechos humanos

Voluntary termination of pregnancy from human rights treaties perspective

Ana Laura Lorenzatti¹

DOI: [https://doi.org/10.37767/2591-3476\(2024\)39](https://doi.org/10.37767/2591-3476(2024)39)

Comentario a

"García Elorrio, Aurelio Francisco c/ Poder Ejecutivo Provincial – Amparo (Ley 4915)"
Sentencia n.º 36 del 18 de mayo de 2023

**Cámara Contencioso Administrativa de Primera Nominación
de la ciudad de Córdoba**

Acceso al Fallo

RESUMEN:

En este artículo se analiza la decisión adoptada por la Cámara Contencioso Administrativa de Primera Nominación de la ciudad de Córdoba respecto de la acción de amparo interpuesta en contra de la Ley n.º 27.610 de acceso a la interrupción voluntaria y legal del embarazo. La decisión mayoritaria del Tribunal rechazó la acción de amparo deducida por no cumplirse el requisito de existencia de un caso concreto. No obstante, aquí se abordará la discusión plasmada en la sentencia acerca de la constitucionalidad de la ley referida, principalmente desde la perspectiva de los tratados internacionales de derechos humanos con jerarquía constitucional en nuestro país.

ABSTRACT

This article analyzes the decision adopted by the First Nomination Administrative Litigation Chamber of the city of Córdoba regarding the appeal for legal protection filed against Law No. 27.610 on access to voluntary and legal termination of pregnancy. The majority decision of the Court rejected the appeal because the requirement of a specific case was not met. However, this paper will address the discussion reflected in the ruling regarding the constitutionality of the aforementioned law, mainly from the perspective of international human rights treaties with constitutional hierarchy in our country.

1 Abogada (UNC). Adscripta de Derecho Público Provincial y Municipal (UNC). Meritoria en la Cámara Administrativa de Segunda Nominación de la ciudad de Córdoba. Correo electrónico: analorenzatti@gmail.com. <https://orcid.org/0009-0007-0356-4222>.

PALABRAS CLAVE: Interrupción voluntaria del embarazo. Constitucionalidad. Derecho a la vida. Derechos sexuales y reproductivos de las mujeres y personas gestantes. Tratados Internacionales de Derechos Humanos.

KEY WORDS: Voluntary termination of pregnancy. Constitutionality. Right to life. Sexual and reproductive rights of women and people with the ability to conceive. International Human Rights Treaties.

I. Introducción

En Argentina, el 24/01/2021 entró en vigencia la Ley n.º 27.610 que regula el acceso a la interrupción voluntaria y legal del embarazo y a la atención postaborto de todas las personas con capacidad de gestar, disposiciones de orden público y de aplicación obligatoria en todo el territorio de la República. En este marco, con fecha 13/04/2021 el Sr. Aurelio Francisco García Elorrio inició acción de amparo en contra de la Provincia de Córdoba, a los fines de que se declare inconstitucional el plan o programa puesto en marcha por el Gobierno de la Provincia -a través del Ministerio de Salud- para la realización de abortos, y nulos e inaplicables por contrarios a la Constitución Nacional y Provincial, los arts. 1, 2 inc. b, 4, 5, 6, 8, 9, 12, 19, 20 y 21 de la ley referida. Por decisión mayoritaria, los vocales de la Cámara Contencioso Administrativa de Primera Nominación rechazaron la acción interpuesta.

II. Doctrina del fallo

1. Primer voto

En primer lugar, el Dr. Ángel Antonio Gutiez consideró que atento a la inexistencia de un plan o programa de la Provincia, no había un caso que resolver. Entendió, asimismo, que el embate del actor era contra la ley en sí misma, motivo por el cual dicho cuestionamiento debió haber sido interpuesto ante los tribunales federales.

No obstante, expuso su postura "obiter dictum", por tratarse de una cuestión de trascendencia y sensibilidad social.

En primera medida, sostuvo que el propósito de la ley cuestionada ha sido conciliar la tutela de los derechos humanos a la vida y los de las mujeres y personas gestantes, y que eso se logró, aunque se haya puesto el acento en la libertad de la mujer, que estaba siendo restringida.

Analizó los artículos 19 y 21 del Código Civil y Comercial de la Nación, y manifestó que la forma de integrar ambas normas, siendo que una establece que la existencia de la persona humana comienza con la concepción y la otra que si no hay nacimiento con vida se considera que la persona nunca existió, es que lo que existe antes del nacimiento es un ser de naturaleza humana con el potencial de constituirse en una persona humana.

Razonó que si el Código establece que en el nacimiento con vida los derechos se adquieren irrevocablemente, por ende, antes de ese momento pueden ser revocados, y que en nuestro ordenamiento jurídico la vida humana tiene desde su inicio con la concepción diferentes grados de tutela, que van aumentando a medida que el feto crece; obteniendo si nace vivo la plenitud de todos los derechos que protegen a ese ya "niño".

Recordó que el artículo 4 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica), con jerarquía constitucional en virtud del artículo 75 inciso 22 de nuestra Constitución Nacional, establece que “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”. Al respecto, interpretó que existió la intención de que el derecho no sea absoluto y de admitir que los Estados Partes puedan reglamentar el aborto, siempre y cuando lo hagan de manera razonable.

Concluyó que en una realidad donde los abortos se producen, es obligación del Estado como garante de la Salud Pública el dictado de una ley como la aquí cuestionada.

2. Segundo voto

Por su parte, el Dr. Leonardo Massimino entendió que correspondía hacer lugar a la demanda y, en consecuencia, declarar la inconstitucionalidad de los artículos 1, 2 inc. b, 4, 5, 6, 8, 9, 12, 20 y 21 de la Ley n.º 27.610.

Consideró que una cuestión traída a conocimiento de un tribunal de justicia no resulta abstracta si existe la certeza de suscitarse o repetirse en el futuro, y –aun así– se evadiera el control judicial.

Hizo hincapié en que el derecho a la vida humana desde la concepción está expresamente reconocido y protegido por diversas disposiciones de nuestro derecho positivo a nivel nacional y provincial, como así también en fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

Concluyó que las disposiciones de la Ley n.º 27.610 son contrarias a las previsiones contenidas en los instrumentos de rango convencional, así como en la propia Carta Magna, Constitución de la Provincia de Córdoba y demás textos legales examinados, y que no existe un derecho a la interrupción del embarazo que deba ser garantizado en norma fundamental alguna y que tampoco se desprende de autos que se hubieren explorado otras medidas menos restrictivas de derechos para abordar la problemática.

3. Tercer voto

Por último, la Dra. Gabriela Cáceres votó a favor de rechazar la acción de amparo, con motivo de la inexistencia de caso concreto.

Recordó que la existencia de un caso concreto está íntimamente ligada al carácter de difuso de nuestro sistema de control de constitucionalidad, el que debe ser ejercido por todos los jueces, en el caso concreto y con consecuencias en las relaciones jurídicas que lo motivaron, sin que tenga atribuido efecto derogatorio genérico de la ley.

Consideró que el accionante tilda de inconstitucional un programa o plan de la Provincia de Córdoba que de acuerdo a las constancias de la causa no existe, lo que deriva en la falta de una controversia concreta y real. Ello, además, en el marco de un proceso de amparo, donde la lesión debe ser inminente y manifiesta.

Afirmó que el accionante no es titular de un derecho directo, propio y personal respecto de ninguna de las normas cuya validez constitucional cuestiona, y que no se puede

establecer a quién le resultaría aplicable lo resuelto, lo que provocaría una grave incertidumbre jurídica.

En definitiva, entendió que la acción interpuesta lucía como una discrepancia de un ciudadano con el resultado del proceso de sanción de la ley.

III. Derechos en juego

La discusión acerca de la interrupción voluntaria del embarazo se cierne, en su aspecto jurídico, principalmente a la supuesta tensión entre el derecho a la vida y los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres y personas gestantes.

Como puede verse reflejado en el fallo bajo comentario, existe por un lado la postura de que las normas de nuestro ordenamiento jurídico protegen el derecho a la vida de las personas por nacer desde el momento de la concepción, sin que éste pueda verse restringido de manera alguna y, por el otro, la posición de que el derecho a la vida evoluciona progresivamente, de manera que puede en determinadas situaciones restringirse para que la mujer o persona gestante pueda ejercer su autonomía y decidir sobre su propio cuerpo.

IV. Derecho a la interrupción voluntaria del embarazo desde la perspectiva del derecho internacional de derechos humanos

En primer lugar, considero de interés repasar algunos puntos de los Tratados Internacionales de Derechos Humanos que refieren a los derechos mencionados.

Al respecto, no resulta menor el hecho de que los órganos de supervisión de dichos tratados se hayan expresado en reiteradas oportunidades acerca de la vinculación del acceso al aborto seguro y legal y el ejercicio efectivo de los derechos de las mujeres a la vida, la salud, la integridad física, la autonomía y la privacidad, entre otros.

1. La Declaración Universal de Derechos Humanos establece en su artículo 1 que “todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros”, mientras que en su artículo 3 establece que “Todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona”. No surge de estas normas que se proteja el derecho a la vida desde la concepción y, menos aún, en forma absoluta, de modo que impida el reconocimiento del derecho de las mujeres y personas gestantes a decidir sobre su propio cuerpo.

2. Por su parte, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos establece que “El derecho a la vida es inherente a la persona humana. Este derecho estará protegido por la ley. Nadie podrá ser privado de la vida arbitrariamente”.

Al respecto, se ha aclarado que “...Durante los trabajos preparatorios se propuso incluir que el derecho a la vida se reconocía desde el momento de la concepción; sin embargo, como sucedió en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, la enmienda no prosperó...”.

3. Luego, en relación con el Pacto internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, cabe precisar que no sólo no contiene disposición alguna que garantice

el derecho a la vida desde la concepción, sino que además el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, respecto a Argentina, ha observado: "...El Comité reitera su preocupación por la insuficiencia de los servicios de salud reproductiva para las jóvenes y las mujeres en el Estado parte, lo que ha dado lugar a tasas de mortalidad materna elevadas y en general a altas tasas de embarazo en la adolescencia. Además, observa en particular grandes disparidades entre las distintas provincias. El Comité también observa con preocupación que los abortos no medicalizados siguen siendo una de las principales causas de la mortalidad materna (arts. 10 y 12).

El Comité insta al Estado parte a velar por que la Ley sobre la salud sexual y reproductiva se aplique en todas las provincias y por que se garantice a todas las personas, especialmente a los adolescentes, acceso a educación y servicios completos de salud sexual y reproductiva, con el fin de, entre otras cosas, reducir las elevadas tasas de mortalidad materna. El Comité recomienda que el Estado parte ponga en marcha programas para mejorar la sensibilización de la población a la salud sexual y reproductiva. También recomienda al Estado parte que adopte las medidas necesarias para garantizar el acceso al aborto legal, a fin de reducir el número de muertes maternas evitables, y que garantice el acceso a instalaciones, suministros y servicios de salud para reducir los riesgos previos y posteriores al aborto...".

4. En cuanto a la Convención de Derechos del Niño, ésta establece que "el niño, por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidados especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento" y en su artículo primero expresa: "Para los efectos de la presente Convención, se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad".

No puede de allí interpretarse que existe una protección sin limitaciones a la vida desde la concepción, más aún en el contexto de lo expresado por el Comité de Derechos del Niño: "...observando con preocupación los obstáculos a los que se siguen enfrentando los adolescentes en el acceso a los servicios de salud sexual y reproductiva y a la educación en ese ámbito, la elevada incidencia de embarazos entre las adolescentes y el alto riesgo de mortalidad materna entre las madres adolescentes, así como el acceso insuficiente a métodos anticonceptivos modernos y de planificación familiar, el Comité recomienda al Estado parte que: a) Garantice que la educación sobre salud sexual y reproductiva forme parte del plan de estudios escolar obligatorio, y que en su formulación participen adolescentes de ambos sexos, y se preste particular atención a la prevención de los embarazos precoces y de las infecciones de transmisión sexual; b) Garantice el acceso de las adolescentes a servicios de aborto sin riesgo y de atención posterior al aborto, asegurándose de que la opinión de la interesada siempre sea escuchada y tenida debidamente en cuenta en el proceso de decisión...".

5. En lo que respecta a la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW), su artículo 16 prevé: "1. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas adecuadas para eliminar la discriminación contra la mujer en todos los asuntos relacionados con el matrimonio y las relaciones familiares y, en particular, asegurarán en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres:...

... e) Los mismos derechos a decidir libre y responsablemente el número de

sus hijos y el intervalo entre los nacimientos y a tener acceso a la información, la educación y los medios que les permitan ejercer estos derechos”.

En ese marco, el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer instó al Estado Argentino a que:

“... c) Vele por que las mujeres tengan acceso a servicios de aborto legal y sin riesgo y de atención posterior al aborto, y defina y aplique requisitos estrictos de justificación para prevenir el uso general de la objeción de conciencia por los médicos que se niegan a practicar abortos, considerando en particular los casos de embarazo temprano como consecuencia de violación o incesto que pueden equivaler a tortura;

d) Acelere la aprobación del proyecto de ley relativo a la interrupción voluntaria del embarazo aumentando el acceso legal al aborto, no solo en los casos de violación y de riesgo para la vida o la salud de la madre, sino también en otras circunstancias, como en los casos de incesto y riesgo de graves malformaciones del feto...”.

6. En el caso de la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes, resulta menester destacar lo exhortado por el Relator Especial a los Estados en orden a que “Despenalicen el aborto y garanticen el acceso al aborto legal y seguro, como mínimo en los casos de violación, incesto y deficiencia fetal grave o mortal, y cuando la vida o la salud física o mental de la madre esté en peligro”.

7. Finalmente, cabe concluir esta breve referencia a la previsión de los referidos derechos en los distintos tratados internacionales sobre derechos humanos, con la Convención Americana de Derechos Humanos, especialmente invocada en el fallo bajo análisis por cuanto establece en su artículo 4.1. que “Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente”.

A. Interpretación del artículo 4.1. de la Convención Americana de DDHH por la CIDH

Al respecto, resulta de suma trascendencia la interpretación efectuada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Artavia Murillo y otros (“Fecundación in vitro”) vs. Costa Rica* del 28/11/2012.

En el caso, la Sala Constitucional del país demandado había propugnado la protección absoluta del embrión en el marco de la inviolabilidad de la vida desde la concepción. La Corte, en primer lugar, aclaró que la cuestión acerca de cuándo empieza la vida humana es valorada desde distintas perspectivas (biológica, médica, ética, moral, filosófica y religiosa), motivo por el cual no se puede imponer un tipo de creencia específica a otras personas que no las comparten al momento de interpretar el alcance del derecho consagrado en la Convención.

En segundo término, indicó que la interpretación literal de la expresión “en general” refiere a la previsión de posibles excepciones a una regla particular, y luego invocó el

caso *Baby Boy vs. Estados Unidos de América* en el que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos entendió que la protección del derecho a la vida no es absoluta, y concluyó que no es procedente otorgar el estatus de persona al embrión.

Al analizar el Sistema Universal de Derechos Humanos, detalló: i) en la Declaración Universal de Derechos Humanos el término “nacido” se utilizó precisamente para excluir al no nacido de los derechos que consagra la Declaración; ii) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos no se deriva una protección absoluta de la vida prenatal en tanto “...el Comité de Derechos Humanos ha señalado que se viola el derecho a la vida de la madre cuando las leyes que restringen el acceso al aborto obligan a la mujer a recurrir al aborto inseguro, exponiéndola a morir...”; iii) los informes del Comité para la Eliminación de la Discriminación Contra la Mujer dejan en claro que los principios fundamentales de igualdad y no discriminación exigen privilegiar los derechos de la mujer embarazada sobre el interés de proteger la vida en formación; iv) el Comité para los Derechos del Niño no ha emitido observación alguna de la cual se pueda deducir la existencia de un derecho a la vida prenatal.

La Corte expresó que “...no es admisible el argumento del Estado en el sentido de que sus normas constitucionales otorgan una mayor protección del derecho a la vida y, por consiguiente, procede hacer prevalecer este derecho en forma absoluta. Por el contrario, esta visión niega la existencia de derechos que pueden ser objeto de restricciones desproporcionadas bajo una defensa de la protección absoluta del derecho a la vida, lo cual sería contrario a la tutela de los derechos humanos, aspecto que constituye el objeto y fin del tratado...”.

Finalmente, respecto de la interpretación del art. 4.1. de la Convención Americana, concluyó que “...la protección del derecho a la vida con arreglo a dicha disposición no es absoluta, sino es gradual e incremental según su desarrollo, debido a que no constituye un deber absoluto e incondicional, sino que implica entender la procedencia de excepciones a la regla general...”.

8. De allí que un análisis de los tratados internacionales sobre derechos humanos, a partir de las opiniones, recomendaciones y decisiones de los órganos encargados de su interpretación, lleva a concluir que el acceso al aborto legal no sólo no es inconstitucional ni contraviene las obligaciones internacionales en materia de derechos humanos, sino que representa la respuesta del Estado a una problemática de salud pública que venía siendo advertida por los órganos internacionales.

Al respecto, se ha sostenido: “...La penalización de la interrupción voluntaria del embarazo es contraria, fundamentalmente, a las recomendaciones de organismos internacionales sobre la materia. Entidades autorizadas de las Naciones Unidas han llegado a la conclusión de que las mujeres tienen el derecho de decidir en los asuntos relacionados con la interrupción voluntaria del embarazo, inscribiéndolo como un derecho reproductivo al ponderar el resto de los derechos humanos que corren riesgo cuando el acceso de las mujeres a los servicios de aborto legal y seguro está restringido. El Comité de Derechos Humanos, el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer y el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales han hecho notar en repetidas ocasiones su preocupación por la relación entre las leyes que restringen la práctica, con el aborto clandestino y los riesgos para la vida

de las mujeres, recomendando por lo tanto la revisión o enmienda de ellas..." (Nelly Minyersky, s.f., 21).

V. Jurisprudencia en un caso análogo

Finalmente, más allá del análisis de la cuestión de fondo, resulta de interés comentar lo resuelto en los autos "KULANCZYNSKY, MARISA ESTHER Y OTROS c/ EN – PODER EJECUTIVO s/AMPARO LEY 16.986", ante la acción de amparo interpuesta por varias personas que invocaron su calidad de abogadas y ciudadanas, en contra del Estado Nacional, a los fines de se declarase la inconstitucionalidad de la Ley n.º 27.610.

En primera instancia, la acción fue rechazada por el juez el 14/05/2021, por entender que no se precisaba en grado suficiente una controversia concreta, específica y circunstanciada, lo que impedía reconocer la legitimación activa para deducir la acción de amparo. Luego, el 24/02/2022, la Sala V de la Cámara Contencioso Administrativo Federal del Poder Judicial de la Nación resolvió rechazar el recurso de apelación deducido. Para así resolver consideró: "...este Tribunal ha dicho, entre otros tantos fundamentos a los que cabe remitirse, que 'el accionante no ha justificado que posee, frente a la norma que cuestiona, un agravio diferenciado respecto de la situación en que se hallan los demás ciudadanos, sin que tampoco pueda fundar su legitimación para accionar en el interés general en que se cumplan la Constitución Nacional y las leyes (...)' los agravios que según el actor podrían derivar de la aplicación de la Ley N° 27.610 están planteados de modo general, es decir sin correlación con casos o situaciones concretas (...) Por lo tanto, un pronunciamiento judicial respecto de un debate o discusión que no esté referido a lo que esta Corte ha definido como 'causa' implicaría quebrar límites normativos...".

Finalmente, el 30/04/2024, la Corte Suprema de Justicia de la Nación desestimó el recurso extraordinario por no cumplir con uno de los requisitos previstos en el art. 1º del reglamento aprobado por la acordada 4/2007.

VI. Conclusiones

En el marco de lo reseñado, considero que de la interpretación integrada de nuestro ordenamiento jurídico no surge la inconstitucionalidad de la interrupción voluntaria del embarazo en las condiciones de la Ley n.º 27.610.

En efecto, la ley se enmarca en el artículo 75 inciso 22 de la Constitución Nacional y en especial en los tratados internacionales de derechos humanos con jerarquía constitucional que reconocen los derechos sexuales y reproductivos, así como el derecho a la dignidad, a la vida, a ejercer la autonomía, a la salud, a la educación, a la integridad, a la diversidad corporal, a la identidad de género, a la diversidad étnico-cultural, a la privacidad, a la libertad de creencias y pensamientos, a la información, a gozar de los beneficios de los avances científicos, a la igualdad real de oportunidades, a la no discriminación y a una vida libre de violencias.

No debemos olvidar que los extremos a los que llegan las jurisdicciones del mundo para restringir el acceso al aborto privan a las mujeres, niñas y personas gestantes, de sus derechos humanos y de su autonomía.

Una persona que no tiene el control de su cuerpo no puede ser libre. El derecho reconocido mediante la ley en cuestión es fundamental para que todas las personas con capa-

cidad de gestar puedan ejercer plenamente sus derechos humanos y vivir con dignidad. Creo firmemente que los gobiernos no sólo deben despenalizar el aborto y garantizar el acceso a la interrupción voluntaria del embarazo en forma segura, sino también crear condiciones sociales en las que las personas puedan tomar decisiones sobre sus cuerpos sin sufrir opresión, discriminación, estigma, coacción, violencia, falta de oportunidades ni sanciones.

Sólo resta agregar que la desigualdad estructural a la que fueron sometidas las personas con capacidad de gestar a causa de la penalización del aborto fue, por un lado, la imposición de una inmoderada carga negativa al ejercicio de su libertad sexual y, por el otro, la desigual persecución penal principalmente en contra de las mujeres, niñas y personas gestantes que se encontraban en una situación socioeconómicamente precaria.

En este sentido, "...Los resultados fácticos de una política legislativa restrictiva sobre el aborto hacen sentir sus efectos negativos sobre las mujeres más desvalidas de la sociedad, propiciando prácticas discriminatorias. Así, las mujeres que tienen los medios económicos y quieren interrumpir un embarazo no deseado tienen la posibilidad de hacerlo en condiciones seguras, de manera discreta y con un servicio de calidad –sin perjuicio del fuerte impacto económico que representa para la mujer y su familia la práctica del aborto–, mientras que muchas mujeres en condición de pobreza se enfrentan a la peor calidad técnica y ninguna calidad humana, con riesgo de hemorragia, infección e incluso la muerte..." (Nelly Minyersky, s.f., 22-23).

De allí que la Ley n.º 27.610 se trata de un avance fundamental en el reconocimiento de los derechos de las mujeres y personas gestantes, que han sido por mucho tiempo restringidos y vulnerados.

Como expresa Tamar Pitch (2010, 440-441): "...El derecho y los derechos, como cualquier otra dimensión de lo social, están atravesados por el género. A su vez, derecho y derechos construyen, disciplinándolo, el género de diversos modos al decir lo que es propio y legítimo del hombre y de la mujer, así como de las relaciones entre ellos (...) El derecho y los derechos son por tanto sexuados, y las modalidades de su sexualización, por un lado responden a los modos de organización social dominantes, y por otro no solo los legitiman y contribuyen a perpetuarlos, sino que son uno de los factores que los producen...". El reconocimiento del derecho a la interrupción voluntaria del embarazo en forma legal y segura es un hito histórico que acerca a nuestra sociedad, un paso más, a la tan reclamada igualdad de género.

"...Para los hombres, el problema del aborto es un problema abstracto de protección a una vida abstracta porque los hombres, nunca tendrán que enfrentar un aborto desde su propio cuerpo. Para las mujeres en cambio, el problema del aborto es un problema concreto que millones de mujeres han debido enfrentar no sólo en un plano intelectual sino en su propio cuerpo. Para ellas, es un problema ético-práctico entre la vida en abstracto y la calidad de vida en concreto de dos seres: el de la madre y el de la vida en potencia que está en su vientre (y tal vez hasta la vida de las(os) demás hijas(os)).

En nuestras sociedades se ha enfrentado el problema del aborto desde la perspectiva del hombre / varón únicamente. Es decir, se presenta como un problema ético-abstracto cuya preocupación básica es la protección a la vida intrauterina. Desde esta perspectiva

es que se ha legislado sin tomar en cuenta la vida de la mujer ni la calidad de vida de los seres involucrados aunque cada mujer que acude a un aborto clandestino o que se lo practica ella misma, pueda morir en cualquier momento. Claro que en parte ésto se debe a que, desde la perspectiva tradicional, la mujer que decide un aborto se pone en riesgo 'voluntariamente' por lo que según la forma de pensar de quienes han penalizado el aborto, la vida de la mujer no tiene por qué ser protegida.

Pero desde la perspectiva de género, sabemos que la inmensa mayoría de las mujeres enfrentan un aborto cuando no les queda otro remedio y lo enfrentan sabiendo que pueden morir..." (Facio, 2009, 189-190).

Referencias Bibliográficas

- Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. (2011). Examen de los informes presentados por los Estados partes en virtud de los artículos 16 y 17 del Pacto.
- Comité de los Derechos del Niño. (2018). Observaciones finales sobre los informes periódicos quinto y sexto combinados de la Argentina.
- Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer. (2016). Observaciones finales sobre el séptimo informe periódico de la Argentina.
- Facio, A. (2009). Metodología para el análisis de género del fenómeno legal. En R. Ávila Santamaría, J. Salgado y L. Valladares (Comps.), *El género en el derecho. Ensayos críticos* (pp. 189-190). Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.
- Méndez, J. E. (2016). Informe del Relator Especial sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes.
- Minyersky, N. (s.f.). Derechos reproductivos y bioética. El derecho a la interrupción voluntaria del embarazo (pp. 21-23).
- Morandini, N. (2018). Informe sobre la Interrupción Voluntaria del Embarazo presentado ante el Honorable Senado de la Nación. Observatorio de Derechos Humanos.
- Pitch, T. (2010). Sexo y Género de y en el Derecho: El Feminismo Jurídico. *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 44, 440-441.

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

0810 1 22 33 827 - www.ubp.edu.ar