REVISTA DERECHO y SALUD

JOURNAL OF LAW AND HEALTH

Año 3 · Nro. 3 · Noviembre 2019
ISSN (Versión impresa): 2591-3468
ISSN (Versión online): 2591-3476

UBP UNIVERSIDAD BLAS PASCAL

DAS DERECHO A LA SALUD
UNIVERSIDAD BLAS PASCAL

Revista de la Sala de Derecho a la Salud
Instituto de Investigación en Ciencias Jurídicas
Universidad Blas Pascal

REVISTA
DERECHO y SALUD

SALA DE DERECHO A LA SALUD

INSTITUTO DE INVESTIGACIÓN EN CIENCIAS JURIDICAS (IDI-CJ)
UNIVERSIDAD BLAS PASCAL | Córdoba, Argentina.

Año 3 · Nro. 3. Noviembre 2019 // ISSN (Versión impresa): 2591-3468 · ISSN (Versión online): 2591-3476

UBP
UNIVERSIDAD BLAS PASCAL

DAS
DERECHO A LA SALUD

REVISTA
DERECHO y SALUD

Consejo Editorial

· Directora: Claudia E. Zalazar
PODER JUDICIAL DE LA PROVINCIA DE CÓRDOBA 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), SECRETARIO DE LA SALA DE DERECHO A LA SALUD DEL INSTITUTO DE INVESTIGACIÓN EN CIENCIAS JURÍDICAS (IDI-CJ) DE LA UNIVERSIDAD BLAS PASCAL (ARGENTINA).

Consejo Científico

- Antonio Arroyo Gil, FACULTAD DE DERECHO UNIV. AUTÓNOMA DE MADRID (ESPAÑA);
- Marcelo Bernal, FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES, UNIV. NACIONAL DE CÓRDOBA (ARG.);
- María Casado, CENTRO DE INVESTIGACIÓN OBSERVATORIO DE BIOÉTICA Y DERECHO (OBD), UNIV. DE BARCELONA (ESP.);
- Guillermo C. Ford Ferrer, DIRECTOR DE LA CARRERA DE ABOGACÍA, UNIV. BLAS PASCAL (ARG.);
- Silvia López Safi, FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES, UNIV. NACIONAL DE ASUNCIÓN (PAR.);
- Claudia Madies, CENTRO DE ESTUDIO E INVESTIGACIÓN EN DERECHO SANITARIO Y BIODERECHO, UNIV. ISALUD (ARG.);
- Sandra Regina Martini Vial, INSTITUTO DE ESTUDIOS AVANZADOS, UNIV. DE SAO PAULO (BR.);
- Néstor Pisciotta, SECRETARIO DE INVESTIGACIÓN Y DESARROLLO, UNIV. BLAS PASCAL (ARG.);
- Susana Sánchez Ferro, FACULTAD DE DERECHO, UNIV. AUTÓNOMA DE MADRID (ESP.);
- Domingo Antonio Viale, DIRECTOR DEL INSTITUTO DE INVESTIGACIÓN EN CIENCIAS JURÍDICAS, UNIV. BLAS PASCAL (ARG.);
- Virginia Zambrano, DEPARTAMENTO DE ESTUDIOS POLÍTICOS Y SOCIALES, UNIV. DE SALERNO (IT.).

Diseño y Diagramación

· Mauricio Tagliavini

UBP
UNIVERSIDAD BLAS PASCAL
EDITORIAL UBP

Copyright © 2019 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: idi-das@ubp.edu.ar
ISSN (Versión impresa): 2591-3468 - ISSN (Versión online): 2591-3476
La Revista Derecho y Salud no se responsabiliza por las opiniones vertidas en los artículos firmados, cuyas ideas responden exclusivamente a sus autores.

Evaluadores de este número

Los artículos de la sección “Estudios generales” han sido evaluados por profesores e investigadores de las siguientes instituciones:

- Universidad Blas Pascal (Argentina);
- Universidad de Buenos Aires (Argentina);
- Universidad Nacional de Córdoba (Argentina);
- Karl-Franzens-Universität Graz (Austria);
- Tribunal Constitucional (España);
- Universidad Autónoma de Madrid (España);
- Universidad de Deusto (España);
- Universidad de La Coruña (España);
- Universidad Rovira i Virgili (España);
- Universidad de Valladolid (España);
- Universidad del Externado (Colombia);
- Università degli Studi di Siena (Italia).

A todos ellos agradecemos su profesional y desinteresada colaboración, pues su trabajo ayuda a elevar los estándares de calidad de nuestra Revista.

ÍNDICE

1. TRIBUNA 11

La salud como un supraderecho
Health as a supernatural right
María Marta Cáceres de Bollati 13

2. ESTUDIOS GENERALES 17

Relaciones intergubernamentales y gestión pública de salud: Argentina y el caso de la provincia de Córdoba
Intergovernmental relations and health public management: Argentina and the case of Córdoba
Marcelo Bernal y Valeria Bizarro 19

Análisis del proyecto de ley de salud mental de Baviera
Analysis of Bavaria's mental health law project
Gonzalo Dell'Orsi 33

Medicalización, riesgo y demandas al sistema de la medicina. Una observación desde la teoría de los sistemas sociales
Medicalization, risk and demands to the medicine system. An observation from the theory of social systems
Raúl Zamorano Farías..... 48

Derecho, salud y políticas públicas. vacunación, posturas a favor y en contra
Right, health and public policies. vaccination. positions for and against
María Yanina Gázquez 62

Derecho, salud y políticas públicas: el nuevo paradigma en salud mental y su impacto en las políticas de Estado
Health law and public policies: the new paradigm in mental health and its impact in State policies
Lucila Halac GORDILLO..... 76

Regulación del uso de cannabis en los niños argentinos con epilepsia refractaria. Una mirada desde el derecho latinoamericano comparado
Regulation of cannabis use in argentinean children with refractory epilepsy. A view from comparative latin american law
José María PALACIO y Karina ROJAS 91

3. ESTUDIOS ESPECIALES.....107

Artículo ganador del premio a la mejor ponencia del IX Congreso Iberoamericano de Derecho Sanitario "Los escenarios de vulnerabilidad y su incidencia en el Derecho a la Salud", celebrado en Córdoba (República Argentina) los días 10, 11 y 12 de octubre de 2019

O direito ao acesso à saúde reprodutiva de mulheres migrantes: desvelando processos de precarização da vida
The right to reproductive health for migrant women: disclosing life precariousness processes
Joice Graciele NIELSSON; Janaína MACHADO STURZA y Maiquel Ângelo DEZORDI WERMUT 109

4. COMENTARIOS DE SENTENCIAS 121

Tribunal Constitucional Federal alemán (Bundesverfassungsgericht)

Inconstitucionalidad de la exclusión del derecho de voto del art. 13 inc. 2 y 3 de la ley federal electoral de Alemania
Health law and public policies: the new paradigm in mental health and its impact in State policies
Gonzalo Dell'Orsi 123

Corte Suprema de Justicia de la Nación de Argentina

El Estado como garante de los derechos de los pueblos originarios en Argentina
The Argentinian state as guarantor of aboriginal's rights
María Florencia Blanco Pighi 164

La ineludible tutela preventiva en materia de discapacidad
The unavoidable preventive guardianship regarding disability
Valeria de las Mercedes Sola 172

Riesgo habitacional de personas vulnerables y su impacto en el derecho a la salud: la conducta omisiva del estado provincial
Housing risk of vulnerable people and the impact on the right to health: the omissive conduct of the provincial state
Andrés Oscar De Cicco 188

Derecho a la salud reproductiva
Rigth to reproductive health
Nadia Virginia Copello 197

Sentencias arbitrarias: la falta de objetividad frente a la defensa de derechos fundamentales
Arbitrary sentences: the lack of objectivity against the defense of fundamental rights
Antonela Bordignon 206

En torno al alcance de las prestaciones de salud que brindan las obras sociales a personas con discapacidad dentro del marco de la legislación nacional e internacional
On the scope of health benefits provided by social works to people with disabilities within the framework of national and international legislation
Valentina Ruiz de los Llanos 214

Poder Judicial de la Nación

Hacia una ruptura de la concepción binaria del género y el sexo. el caso Maria Lara Bertolini
A break in the binary conception of gender and sex. the Maria Lara Bertolini case
Maria Milena Belanti 225

Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

La tutela anticipada: un proceso urgente al servicio de los más vulnerables
Anticipated guardianship: an urgent process to serve the most vulnerable people
Ángeles María Baez 241

Tribunales de Justicia provinciales

Amparo y medicamentos en faz de experimentación médica
"Amparo" and drugs in medical experimentation
Nicolás Alberto Simón 252

Técnicas de reproducción humana asistida en el sistema argentino: una visión desde los derechos humanos
Assisted human reproduction techniques in the argentine system: a vision from human rights
María Florencia Belanti 279

5. DIRECTRICES PARA AUTORES.....319

1. TRIBUNA

LA SALUD COMO SUPRADERECHO

HEALTH AS A SUPERNATURAL RIGHT

María Marta Cáceres de Bollati[1]

Atrás, definitivamente atrás, parecen haber quedado los tiempos en los que la salud era concebida desde una mirada minimalista; esto es, restringida apenas al bienestar físico y a la ausencia de enfermedades y síntomas corporales evidentes. En las últimas décadas hemos asistido a una notable jerarquización de este derecho, que se ha transformado entendiblemente en una suerte de *supraderecho* en el que confluyen otros, también de gran relevancia, por la variedad y complejidad de las cuestiones que hoy pueden estar implicadas cuando hablamos del derecho a la salud.

Desde aquella concepción hasta con sesgo negativo (la salud como carencia de dolor, por ejemplo) hemos avanzado hacia una que la identifica positivamente como "completo bienestar físico, mental y social"[2]. Dentro de esta última conceptualización, la Constitución de Córdoba enfatiza que dicho estado también comprende lo "espiritual y ambiental" (art. 59).

Como puede advertirse, la nueva perspectiva supone una dimensión eminentemente individual. Y es en función de esta en la que desembocan o se ponen en juego otros derechos, como la autonomía personal (Constitución de la Nación, CN, art. 19), en tanto esta supone "decidir todas las cuestiones más importantes en torno a la propia vida"[3].

Esto implica que, cuando la autonomía opera, por ejemplo, una persona puede regular el ejercicio de sus derechos sexuales y reproductivos, en aras de "decidir libre y responsablemente el número de sus hijos y el intervalo entre los nacimientos y tener acceso a la información, la educación y los medios que les permitan ejercer estos derechos" (Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer [CEDAW, según su sigla en inglés], art. 16.1.a). Pero, al mismo tiempo, dicha persona también tiene derecho a gozar del progreso científico y tecnológico en tanto pueden estar predispuestos al servicio de la salud reproductiva, universo al que pertenecen las denominada técnicas humanas de reproducción asistida (THRA).

Como otras manifestaciones de la autonomía pueden situarse las opciones de moral privada que conllevan determinadas preferencias sexuales. En ese sentido, la Ley n.o 26743 (Identidad de Género), en pos de garantizar una mirada integral de la salud, reconoce el derecho de "acceder a intervenciones quirúrgicas totales y parciales y/o

1 Abogada, profesora Adjunta de Derecho Privado II en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Córdoba (UNC) y vocal del Tribunal Superior de Justicia de la provincia de Córdoba (actualmente en ejercicio de la presidencia).

2 Ver la Constitución de la Organización Mundial para la Salud, adoptada por la Conferencia Sanitaria Internacional (Nueva York, 1946), que entró en vigor el 7 de abril de 1948.

3 GARGARELLA, Roberto (2016): "La muerte como la decisión más importante sobre la vida" en GARGARELLA, Roberto y GUIDI, Sebastián (coordinadores), Comentarios de la Constitución de la Nación Argentina, t. II, Buenos Aires, La Ley, p. 618.

tratamientos integrales hormonales para adecuar el cuerpo, incluida la genitalidad, a la identidad de género autopercibida, sin necesidad de requerir autorización judicial o administrativa" (art. 11).

Muy lejos de la filosofía del viejo Código Civil, el Código Civil y Comercial (CCC) ha receptado el nuevo estado de cosas hasta el punto de que, en conexión con el principio de autonomía progresiva de la persona, establece que "a partir de los 16 años el adolescente es considerado como un adulto para las decisiones atinentes al cuidado de su propio cuerpo" (art. 26).

Atrás han quedado también –incluso cuando en algunos casos podían haber estado animados por buenas intenciones- los viejos paternalismos en los que al paciente se le ocultaba o mitigaba información, dado que a la par de la autonomía hoy se ubica el neurálgico consentimiento informado (CCC, art. 59), como una suerte de diálogo entre el profesional y el paciente, que, una vez ilustrado debida y minuciosamente sobre su estado, puede adoptar determinaciones personalísimas. Esto cobra particular relevancia, por ejemplo, en las denominadas directivas médicas anticipadas o en los supuestos de quienes padecen enfermedades incurables, irreversibles o se encuentran en situación terminal.

Tal es la conexión que actualmente tienen la salud y la autonomía personal que el CCC, en el mismo capítulo (el tercero del libro primero), regula todo lo relacionado con la disposición de los derechos personalísimos –categoría a la que el anterior código solo le dispensaba la nota al art. 2312 y del propio cuerpo. También, todo lo atinente a los márgenes en los que la investigación médica en seres humanos resulta admitida, al consentimiento médico informado y a las directivas médicas anticipadas. Por supuesto que, además, algunos autores sostienen que en dicho capítulo está receptada la mayor parte de las normas referidas a la bioética que contiene el CCC[4].

La enumeración precedente no ha pretendido agotar las áreas en las que la salud se manifiesta en toda su dimensión individual; solo ha buscado poner en evidencia aquellas que se presentan como las más novedosas a la luz de la legislación vigente.

Pero al lado de dicha perspectiva debe sumarse la social, porque la reforma constitucional de 1994 incorporó un nuevo capítulo de derechos y garantías, en el cual sobresale el derecho de todos los habitantes de gozar de "un ambiente sano, equilibrado, apto para el desarrollo humano y para que las actividades productivas satisfagan las necesidades presentes sin comprometer las de las generaciones futuras" (art. 41). Aquí están sentadas las bases de una suerte de sanidad ecológica, que pone en cabeza de todos la obligación de preservar el entorno. Por esta vía, según se ha señalado, la Nación "entendida como vinculación intergeneracional respetuosa y responsable supone evitar contraer en el presente una 'deuda ambiental' que deba ser soportada o sufrida por el porvenir"[5].

De la misma forma, si la salud es el derecho al más completo bienestar físico, mental y social, toda acción u omisión tramada con el fin de interferir, coartar o dañar deliberadamente tal estado entraña una agresión intolerable. Por ello, la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (más conocida como "Convención de Belém do Pará") proscribe distintos tipos de violencia que pueden ser ejercidas contra la mujer: la física, la sexual y la psicológica, entre otras. Y esto, con independencia de que estas formas de cosificar a la víctima o de prescindir de su condición de agente moral con poder de autodeterminarse se ejerzan en la unidad familiar o en la esfera de las relaciones interpersonales que tienen lugar más allá de los límites de lo

4 Cfr. BERGEL, Salvador Darío (2014): Notas sobre la bioética en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, Buenos Aires, La Ley (Revista de Derecho de Familia y de las Personas), n.o 135, acápite 3.

5 ROSATTI, Horacio (2017): Tratado de derecho constitucional, t. I, Buenos Aires, La Ley, p. 525.

doméstico. La salud aquí, en tanto problema o síntoma social, también está en juego.
A su vez, esta dimensión social se hizo notoria con la sanción de la nueva Ley de Trasplante de Órganos, Tejidos y Células (n.o 27447), que establece que la ablación de órganos y/o tejidos puede realizarse sobre toda persona capaz, mayor de dieciocho años, que no haya dejado constancia expresa de su oposición a que, después de su muerte, se practique la extracción de sus órganos o tejidos.
Otro capítulo en el que sobresale esta veta social es aquel en el que ciertas relaciones de consumo efectuadas de forma masiva pueden tener impacto en la salud de una población, grupo o sector, lo que puede dar lugar al ejercicio de la defensa o tutela colectiva de la clase o pluralidad damnificada (CN, art. 43). Esto, con independencia de la acción individual del consumidor cuya salud pueda haber sido afectada por un producto o servicio riesgoso o defectuoso.
Ahora puede comprenderse por qué la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en algunos casos, ha echado mano de la referencia al concepto de vida digna y al artículo 26 de la Convención Americana de Derechos Humanos (relativo a los derechos económicos, sociales, culturales y sociales) para asegurar que los estados provean aquello que fuera necesario en términos de salud, con especial atención en los sectores más vulnerables o postergados.
La dimensión binaria de este derecho (individual y social), así como su condición de espacio jurídico en el que convergen y se relacionan otros derechos de delicadísima textura moral, explica también por qué el derecho a la salud es la más elocuente expresión de la constitucionalización del derecho privado. Basta con recordar la polémica que se suscitó hace dos años con la presentación en el Congreso de la Nación del proyecto de ley denominado "consentimiento informado en materia de vacunación". Entonces, esta iniciativa abrió la discusión acerca de si los padres o responsables de una persona menor a su cargo podían oponerse a que se practicara dicho acto médico luego de haber sido debidamente informados sobre las ventajas y efectos de la inoculación de la vacuna. En este supuesto puede advertirse la entidad del debate filosófico-moral que puede darse en torno a la salud: ¿hasta dónde llega la esfera de la autonomía personal, por una parte? ¿Y, por la otra, hasta dónde y en cuáles casos puede extenderse el poder coercitivo del Estado, incluso, para imponer conductas eventualmente no queridas por los destinatarios en la medida en que fueran supuestamente benéficas para su salud?
La complejidad que ha asumido todo lo concerniente a la salud tiene su manifestación normativa en la ampliación de las fuentes que resultan aplicables en función de nuestro bloque de constitucionalidad y de convencionalidad federal. En esto, por cierto, cobran relevancia los principios a los que dan prevalencia los diferentes tratados internacionales sobre derechos humanos (interés superior del niño, de la persona con discapacidad, de la mujer a recibir un trato igualitario y libre de violencia, etc.) y que deben articularse con los de autonomía y vida digna en la resolución de cualquier caso judicial en el que estuviera en juego este derecho de semejante entidad. A ello hay que sumar las perspectivas de la vulnerabilidad y de la humanización de cualquier práctica médica que tampoco deben ser obviadas por quienes fueran llamado a decidir.
En definitiva, este supraderecho, con su actual robustez, densidad y complejidad, se ha instalado para quedarse. Esto, porque, la espesura de su contemporánea configuración es lo que lo vuelve idóneo para plantear y resolver cuestiones que no son fáciles, porque suponen el punto de contacto entre la ética, la filosofía, el desarrollo científico, la bioética, el derecho privado y el derecho constitucional. El que la salud sea punto de convergencia temática no necesariamente significa que sea punto de consensos, porque también pueden friccionar distintas concepciones, en la medida en que este

supraderecho nos enfrenta con preguntas últimas –en el sentido más profundo de esta locución- acerca del comienzo y el fin de la vida, por ejemplo.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

• BERGEL, Salvador Darío (2014): *Notas sobre la bioética en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación*, Buenos Aires, La Ley (Revista de Derecho de Familia y de las Personas), n.o 135.
• GARGARELLA, Roberto (2016): "La muerte como la decisión más importante sobre la vida" en GARGARELLA, Roberto y GUIDI, Sebastián (coordinadores), *Comentarios de la Constitución de la Nación Argentina*, t. II, Buenos Aires, La Ley.
• ROSATTI, Horacio (2017): *Tratado de derecho constitucional*, t. I, Buenos Aires, La Ley.

2. ESTUDIOS GENERALES

RELACIONES INTERGUBERNAMENTALES Y GESTIÓN PÚBLICA DE SALUD: ARGENTINA Y EL CASO DE LA PROVINCIA DE CÓRDOBA

INTERGOVERNMENTAL RELATIONS AND HEALTH PUBLIC MANAGEMENT: ARGENTINA AND THE CASE OF CÓRDOBA

Marcelo Bernal[1] – Valeria Bizarro[2]

Fecha de recepción: 05/02/2019
Fecha de aceptación: 05/06/2019

RESUMEN:
Las relaciones intergubernamentales resultan esenciales a la hora de examinar y definir los mecanismos de cooperación y de articulación entre los diferentes niveles de gobierno de un Estado federal, como es el caso argentino. En nuestro país podemos identificar dos fuertes movimientos descentralizadores de los aparatos de educación y de salud, el primero en los 70, y el segundo en los 90 del siglo pasado. Dicha descentralización se caracterizó por una escasa planificación, lo que implicó grandes complicaciones para las provincias que debieron gestionar y administrar miles de hospitales y escuelas sin una adecuada dotación de recursos, como así tampoco se tuvieron en cuenta mecanismos y agencias encargadas de coordinar esta trascendental reforma estatal. El principal objetivo de este trabajo es describir y analizar las relaciones intergubernamentales (RIGS) existentes en materia de políticas de salud en el eje Nación - provincias, sus principales características y las debilidades identificadas, con un anclaje específico en el caso de la Provincia de Córdoba. Para ello, se analizarán normas, instituciones y mecanismos de coordinación existentes en políticas de salud entre los gobiernos nacional y provinciales, con un especial acento en el caso de la Provincia de Córdoba.

1 Abogado (UNC). Magister en Relaciones Internacionales (UNC). Magister en Dirección y Gestión Pública Local (Univ. Carlos III de Madrid). Doctor en Derecho (Univ. Nacional de Cuyo). Profesor de Derecho Constitucional en las Facultades de Derecho y de Ciencias Económicas de la UNC. Profesor de Federalismo político y fiscal en Argentina (Univ. Siglo 21). Director de dos proyectos de investigación sobre federalismo, relaciones intergubernamentales y capacidades institucionales estatales. Es autor de numerosas publicaciones especializadas. Mail: bernalmarcelo@hotmail.com - ORCID iD: https://orcid.org/0000-0001-7103-2243.

2 Abogada (UNC). Diplomada en Tributos Ambientales, Responsabilidad Social y Desarrollo Sostenible (IEPFA). Doctoranda en Administración y Políticas Públicas (IIFAP-UNC). Becaria doctoral de CONICET con lugar de trabajo en el Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales (UNC-CONICET). Adscripta a las cátedras de Derecho Tributario y Derecho Público Provincial y Municipal. Integrante de proyectos de investigación vinculados a las siguientes temáticas: federalismo, relaciones intergubernamentales, tributación ambiental, política y gestión ambiental. Mail: valeriabizarro1@gmail.com – ORCID iD: https://orcid.org/0000-0003-0571-1576.

ABSTRACT
Intergovernmental relations are essential when analyzing and defining the mechanisms of cooperation and articulation between the different levels of government of a federal State, such as the Argentine case. In our country there were two strong decentralizing movements of education and health apparatuses, the first in the 70s, and the second in the 90s of the last century. The main characteristic of this decentralization was a poor planning, which resulted in complications for the provinces that received thousands of hospitals and schools without adequate resources, as well as mechanisms and agencies in charge of coordinating this transcendental state reform. This paper specifically analyzes norms, institutions and mechanisms of coordination existing in health policies between the national and provincial governments, with a special accent in the case of the Province of Córdoba.

PALABRAS CLAVE: Relaciones intergubernamentales; Federalismo; Políticas Públicas; Políticas de salud.

KEY WORDS: Intergovernmental relations; Federalism; Public politics; Health policies.

I. Presentación de la problemática

Argentina consolidó durante el Siglo XX un desarrollado Estado de Bienestar que alcanzó características únicas por su alcance en la región (Isuani, Nieto, y otros). Las políticas públicas en materia de salud y educación (en todos sus niveles) se caracterizaron por su universalidad y gratuidad, que junto a una red de institutos e instrumentos de la seguridad social (jubilaciones, pensiones, seguros de desempleo, políticas sociales compensatorias, políticas de vivienda, etc.) permitieron al país encabezar todos los índices de desarrollo socioeconómico en América Latina.

La crisis global del modelo de Estado de Bienestar producida en los albores de la década del 70 del Siglo pasado impactó con especial rigor en nuestro país. En consecuencia, en las postrimerías de dicha década, y bajo la última dictadura militar, se lleva adelante el primer movimiento descentralizador mediante transferencias de responsabilidades y funciones del Estado Central a las unidades político-territoriales subnacionales, a los fines de reducir en el marco de la crisis, las erogaciones fiscales del Estado nacional.

Un segundo movimiento descentralizador se lleva a cabo en la década de los 90, bajo la Presidencia de Carlos Menem. Bajo la lógica del Consenso de Washington y en el marco de una serie de reformas que implicaron un replanteo del rol del Estado, terminan de materializarse las transferencias de los establecimientos del sistema de salud y de educación inicial primaria, secundaria y técnica del Estado nacional hacia las provincias. El común denominador de ambos procesos fue la ausencia de planificación técnica y presupuestaria, lo que impactó fuertemente no sólo en lo financiero, ya que tales transferencias no fueron acompañadas de una adecuada reasignación de recursos a los gobiernos subnacionales, sino también en lo administrativo, por tratarse de burocracias escasamente especializadas para dar respuesta a la gestión de aparatos altamente complejos.

Por su parte, la reforma constitucional del año 1994 dispuso un capítulo federal que amplía considerablemente los niveles autónomos de gobierno; redistribuye competencias a las provincias, la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (CABA) y los gobiernos munici-

pales; y sienta las bases para un acuerdo fiscal federal aún trunco por la defección del Congreso Nacional de dar sanción a una ley convenio de coparticipación de recursos. Incluso, el inciso segundo del artículo 75 blinda la posibilidad de efectuar transferencias de competencias y servicios sin un previo acuerdo entre partes, siendo un límite, y a la vez, una solución tardía al problema en ciernes.

Este nuevo diseño constitucional debiera haber permitido y canalizado el posterior surgimiento de numerosas normas, instituciones y procesos que den lugar a una equilibrada relación entre los diferentes niveles de gobierno; sin embargo, ello sigue siendo, quizás, la deuda más acuciante del federalismo argentino actual. Se sigue generando el vínculo entre presidentes y gobernadores, y entre estos últimos y sus intendentes, en base a normas e instituciones preexistentes y obsoletas, mientras que buena parte de los acuerdos tienen lugar a partir negociaciones informales y personalizadas, en donde algunos distritos resultan más beneficiados en desmedro de otros.

Por ello, resulta necesario trabajar en el desarrollo y formación de capacidades institucionales, recursos profesionales y técnicos, agencias y mecanismos de coordinación y concertación , de manera de hacerle frente a las principales problemáticas surgidas en torno a la descentralización de funciones, bienes y servicios en nuestro país: esto es, la ausencia de planificación técnica y presupuestaria, la escasa transmisión de recursos y la presencia de estructuras burocrático-administrativas desprovistas de una adecuada especialización. Todo ello, a los fines de brindar una mayor previsibilidad y equidad distributiva a las políticas y los bienes públicos en todo el territorio, dando vida a un federalismo que es aún pobre y asimétrico.

El propósito principal de este trabajo es describir y analizar las relaciones intergubernamentales (RIGS) existentes en materia de políticas de salud en el eje Nación - provincias, sus principales características y las debilidades identificadas, con un anclaje específico en el caso de la Provincia de Córdoba. Cabe destacar que estas reflexiones se originan en el marco del trabajo de un equipo de investigación radicado en el Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Córdoba (UNC), titulado *"Características de las relaciones intergubernamentales provincia - municipios en el federalismo subnacional argentino"*.

II. Federalismo y relaciones intergubernamentales

Como punto de partida, el federalismo, en tanto sistema de gobierno, puede ser definido como aquella organización del Estado que garantiza la división del poder en el territorio en dos o más órdenes o niveles de gobierno que coexisten y actúan directa y simultáneamente sobre los ciudadanos. De acuerdo a Hernández (2008)[3] se identifican entre los principales atributos del sistema federal de gobierno la existencia de una constitución en la que participan para su reforma los entes territoriales constitutivos de la federación; el reconocimiento de una genuina autonomía a los distintos órdenes de gobierno de la federación asegurada mediante la distribución constitucional de las respectivas competencias en materia legislativa, ejecutiva, administrativa, financiera, etc.; la participación de los estados miembros en los órganos de gobierno de la federación a través de una segunda cámara (senado); la existencia de un órgano judicial que posibilite dirimir los conflictos entre los integrantes de la federación y asegurar la supremacía de la constitución; y por último, la existencia de procesos e instituciones que faciliten la colaboración intergubernamental.

3 HERNÁNDEZ, Antonio María (coord.) (2008): Derecho Público Provincial, Ed. LexisNexis, Buenos Aires, Argentina, p. 325.

Este último aspecto es quizás el menos apreciado, pero en la actualidad existen consensos mayoritarios acerca de que la densidad y la calidad de estas normas, instituciones y procesos que facilitan la colaboración entre diferentes niveles de gobierno es uno de los principales indicadores de la fortaleza de un diseño estatal federal (Subirats, Gallego, Jordana, Ospina y otros).

Según el clásico trabajo de Wright (1978), el estudio y abordaje de las relaciones intergubernamentales se inicia en Estados Unidos en la década del treinta, de la mano de la implementación del New Deal impulsado por el presidente Roosevelt. En dicho trabajo son descriptas como *"un cuerpo importante de actividades o de interacciones que ocurren entre unidades gubernamentales de todo tipo y niveles dentro de un sistema federal"*[4].

Las relaciones intergubernamentales pueden ser definidas como aquellos vínculos de coordinación, cooperación, apoyo mutuo, e intercambio de acciones que se dan entre dos o más órdenes o niveles de gobierno, y que conforman los procesos de gestión política con modalidades que tienden a un esfuerzo de armonización, cooperación y concertación[5].

Desde sus orígenes el término RIGS ha estado vinculado a la implementación de políticas públicas que demandan contactos interjurisdiccionales, tales como la provisión de bienes y servicios públicos, es decir, vinculado a la gestión pública en sí misma. En un sistema federal de gobierno en el que coexisten dos o más niveles u órdenes, donde las responsabilidades y competencias respecto de determinadas materias y tareas son compartidas, tales vínculos y contactos se tornan necesarios. Bajo tal esquema, el tejido de relaciones intergubernamentales opera como un armazón que permite y facilita- a la vez que complejiza- la formulación y el desarrollo de las políticas públicas en un entorno descentralizado con responsabilidades compartidas[6].

En el caso de Argentina, la reforma constitucional del año 1994 sienta las bases de un modelo de gobierno multinivel complejo, donde conviven cuatro niveles de gobierno -el federal, las provincias, la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (CABA) y los municipios- que cuentan con autonomía funcional y política, instituciones propias, y competencias financieras y tributarias originarias. Con la constitución reformada-, el diseño tiende también a una gradual devolución de competencias hacia los niveles inferiores de gobierno.

Sin embargo, el eslabón débil de la cadena es la ausencia de un pacto fiscal federal que distribuya los recursos y las competencias tributarias y recaudadoras de acuerdo con los gastos que efectúa cada nivel de gobierno. Dicha distorsión facilita la acumulación de recursos en el gobierno federal, mientras que la mayoría del gasto público se ejecuta en las provincias y, en menor medida, en los municipios. Además de escasa, la distribución de esos recursos fue, por muchos años, principalmente discrecional, lo que contribuyó a la precariedad de los vínculos intergubernamentales y la ausencia de reglas claras.

Por lo mencionado anteriormente, es posible concluir que nuestro sistema federal de gobierno posee un estadio precario o de infradesarrollo de las pluri modalidades de relaciones intergubernamentales que caracterizan a todo federalismo moderno. Los mecanismos de vinculación son casi exclusivamente verticales, con un eje que impone claramente su preminencia desde arriba hacia abajo. Por lo cual, resulta necesario hacer un mayor énfasis en dinámicas cooperativas y de coordinación, tal como propone el propio texto constitucional. Junto con ello, y como eje de reequilibrio del poder, debieran nacer

4 WRIGHT, Deli S. (1978): Para entender las relaciones intergubernamentales, Fondo de Cultura Económica de México, p. 71.

5 PONTIFES MARTINEZ, Arturo (2002): Relaciones intergubernamentales, Gaceta Mexicana de Administración, UNAM, México, p. 43.

6 ASTARITA, Martín, BONIFACINO, Santiago y DEL COGLIANO, Natalia (20129: "Relaciones intergubernamentales.

y consolidarse modalidades de RIG horizontales entre las provincias, los municipios e incluso las propias regiones.
En el próximo apartado se profundizará acerca del proceso por medio del cual se llevó adelante el traspaso de competencias, funciones y servicios a las provincias, la escasa planificación del proceso descentralizador y los problemas de coordinación y articulación emergentes entre burocracias que no estaban lo suficientemente preparadas ni capacitadas para gestionar, y que carecieron de los recursos materiales y financieros suficientes para llevar a buen puerto la tarea.

III. Principales características de la descentralización en argentina

En primera instancia, para referirse a la descentralización, es necesario pensarla como un proceso que procura distribuir de forma territorial el poder, transfiriendo competencias, y la titularidad de ellas, desde el gobierno nacional o central hacia los gobiernos locales. Cocorda y Berensztein aseveran que *"la decisión de descentralizar es de naturaleza intrínsecamente política"*[7], aunque se dé siempre, en el marco de un ordenamiento jurídico. Al margen de que sea posible calcular costos y beneficios, las decisiones políticas no se toman en el vacío, ni tienen resultados automáticos, sino que operan en el mundo real, impactando directamente en las estrategias de actores políticos y sociales de carne y hueso, quienes pueden poner en juego su destino, sus características, incluso su supervivencia como tales. Continúan afirmando que *"estos actores tienen capacidades y restricciones, se mueven en un mundo definido por instituciones formales e informales, tienen ambiciones y proyectos, manejan recursos que generalmente no quieren perder"*[8]. Los mismos autores, y otras voces, alertan contra una mirada ingenua de la descentralización, que asimila a la misma con prácticas estatales necesariamente virtuosas, sin analizar el contexto, las restricciones (financieras y de capacidades institucionales), la asimetría negociadora (quien decide y en qué condiciones) y de diálogo técnico entre las partes (capacidades estatales).
En nuestro país, si bien existieron anteriores estrategias de descentralización, fue el régimen militar que gobernó entre el 1976 y 1983 quien puso en marcha, a partir del año 1978, un gradual y sostenido proceso de descentralización de hospitales, escuelas de nivel inicial y primaria, en el marco de un redimensionamiento del sector público, y en un contexto de sobreendeudamiento.
Sin embargo, la mayor transferencia del estado central a las provincias tuvo lugar hacia el 1992 a partir de la reasignación de competencias y funciones en el sistema de educación -que implicó el traspaso de 1.905 escuelas con 112.000 docentes y 14.200 no docentes- y salud, minoridad y familia -19 establecimientos de salud con 92.000 agentes y 22 institutos de minoridad y familia con 1.700 empleados-[9]. Y como se señaló anteriormente, tales transferencias fueron efectivizadas de un modo no recomendable, con una escasa planificación técnica y presupuestaria, sin el correspondiente financiamiento, ni el establecimiento de los procedimientos de coordinación interjurisdiccional adecuados. Este proceso es llevado a cabo también en medio de una grave crisis económica y política, y con notables restricciones fiscales, en un contexto de tensión en la relación entre el gobierno central y los gobiernos provinciales, signada por el intercambio de favores,

7 COCORDA, Esteban y BERENSZTEIN, Sergio (2002): "Gestión pública y reformas sectoriales: un estudio de casos de dos provincias argentinas", en OSPINA, Sonia y PENFOLD, Michael; Gerenciando las relaciones intergubernamentales, Nueva Sociedad, Caracas, p. 93.

8 Ibídem, p. 93.

9 REZK, Ernesto, PADRAJA CHAPARRO, Francisco y SUÁREZ PANDIELLO, Javier (eds.) (2011): Coparticipación impositiva argentina y financiación autonómica española: un estudio de federalismo fiscal comparado, Consejo de Ciencias Económicas de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, p. 218.

las estrategias para captar y reproducir las rentas y subsidios y una notable debilidad institucional y administrativa de los organismos y agendas estatales provinciales[10].
Coincidentemente, Lo Vuolo y Barbeito señalan a la década del 90 como una etapa de retracción programática del Estado de Bienestar, en la cual se distribuyen principalmente responsabilidades en política social y se modifican las relaciones entre el estado central, las provincias y municipios, sin un programa integral de reformas, sino más bien a partir de acciones sectoriales y aisladas con una finalidad fiscal. Según los autores, dicha redistribución de responsabilidades en materia de salud implica una fuerte concentración en la órbita nacional del seguro social, y una transferencia casi absoluta de las políticas de acceso más universal a manos de las provincias y municipios[11].
En un sentido similar, Jordana caracteriza el proceso descentralizador dado en Argentina en las últimas décadas, como un proceso donde las políticas públicas se descentralizan hacia el nivel intermedio de gobierno, mientras que el sistema de RIGs apenas se transforma, quedando anclado en el modelo institucional definido por la Constitución, muy ajustado a un modelo de separación de poderes. Pero, por otro lado, dicho proceso de implementación de las políticas públicas en el nivel intermedio, es decir en las provincias, *"seguía un esquema más orientado por un modelo de entrelazamiento de políticas, lo que requería un sistema distinto de relaciones intergubernamentales y un juego más complejo entre sus distintas vías de articulación que, en pocos casos, llegó a ponerse en práctica"*[12].
La descentralización fue parte de una estrategia destinada a disminuir el Estado central, aunque esto significara incrementar las responsabilidades y el tamaño de los Estados provinciales. El resultado de estas experiencias desnudó la ausencia de una planificación racional, coherente y coordinada; orientada a definir los cursos de la acción de gobierno en el marco de un proceso gubernamental integrador, organizado y participativo. Lo que puso de manifiesto las asimetrías existentes en los entes receptores de las funciones descentralizadas, las provincias.
La necesaria complejización del sistema de distribución de competencias emergente de dichos procesos es todavía parte de un relato inacabado en donde existe una fuerte tensión entre las competencias descentralizadas, los mecanismos de recepción de las mismas y de articulación cooperativa de las nuevas funciones. Coexisten con un diseño arquitectónico basado en el viejo principio de división de poderes que resulta insuficiente y, aparentemente por su rigidez, también un obstáculo para la articulación de relaciones intergubernamentales multinivel que resulten eficaces en la tarea de la descentralización (Jordana, Benton, Lardone, *et al*).

IV. Las políticas de salud y la coordinación entre el gobierno nacional y las provincias

El proceso descentralizador en materia específica de salud implicó, de acuerdo con Cingolani y Lardone, 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 por su parte descentralizaron y trasladaron también competencias y funciones a los niveles locales, lo que da lugar, al decir de los autores, al surgimiento de diferentes

10 COCORDA, Esteban y BERENSZTEIN, Sergio (2002): op. cit., p. 100.

11 LO VUOLO, Rubén y BARBEITO, Alberto (1998); La nueva oscuridad de la política social. Del Estado populista al neoconservador, Miño y Dávila Editores, CIEPP, Buenos Aires, p. 284.

12 JORDANA, Jacint (2002): Relaciones intergubernamentales y descentralización en América Latina. Los Casos de Argentina y Bolivia. Documentos de trabajo, Banco Interamericano de Desarrollo (BID), p. 29.

modelos de descentralización provincial que se diferencian entre sí por el grado de descentralización hacia los gobiernos locales. Por ello suele afirmarse que el sistema de salud se encuentra altamente fragmentado en 23 subsistemas provinciales donde coexisten modelos caracterizados por un papel más activo de los municipios, transfiriéndoles importantes grados de autonomía, tanto a éstos como a las unidades hospitalarias, y otros altamente centralizados en el nivel provincial[13].

A nivel nacional, desde el año 2018 el país no cuenta con un Ministerio de Salud, sino con una Secretaría de Estado en la materia dependiente de la orgánica del Ministerio de Salud y Desarrollo Social. Del mismo solamente dependen seis hospitales[14], cuatro institutos[15] y cuatro agencias[16].

Dado el proceso de descentralización a las provincias de la mayoría de las instituciones de salud, la actual Secretaría de Gobierno de Salud destina sus acciones a la coordinación con los gobiernos provinciales, gestión de programas y proyectos específicos, financiamiento de líneas de investigación estratégica, formulación de marcos regulatorios en la materia, acompañamiento a la formación de recursos humanos especializados, monitoreo del cumplimiento de la legislación específica, entre las más significativas.

En el ejercicio 2018 tuvo una afectación de $ 46.414.583.477, el equivalente a USS 1.205 millones. Las partidas más importantes corresponden a las transferencias de recursos (internas y a las provincias), la gestión de los hospitales e institutos a cargo, y gastos de consumo y personal. Este monto equivale al 1,93% del presupuesto nacional[17], quedando así demostrado el impacto del traslado de la responsabilidad sanitaria a las provincias, y a la salud privada.

Al carecer de hospitales y centros de salud, la Secretaría de Gobierno de Salud concentra su actuación en la gestión de programas, la mayoría de cobertura nacional. En materia de regulación, comparte la función de fiscalización o policía con otras reparticiones y son pocas las materias en las que posee una verdadera autonomía, ya que son muchas las funciones que finalmente asumen las provincias, en virtud de la concurrencia y subsidiariedad que caracterizan la materia de salud[18].

En relación a la gestión de programas a cargo del estado central, según Ortega y Espósito, lo que efectivamente funciona es la ejecución de aquéllos a partir del establecimiento de una "unidad ejecutora" local mediante acuerdos interjurisdiccionales entre Nación y provincia. También inciden los convenios particulares y específicos entre las áreas gubernamentales correspondientes de la Nación y las provincias, aunque suelen responder a influencias coyunturales. Ello implica que, por un lado, existan notables colaboraciones en determinadas épocas y materias, y por el otro, una desatención y falta de cooperación entre la Nación y las demás jurisdicciones locales frente a determinadas temáticas en circunstancias particulares, que se traducen en una desinteligencia institucional y política que coloca como "únicos e irreversiblemente perjudicados a los cientos de miles de ciudadanos"[19].

13 CINGOLANI, Mónica y LARDONE, Martín (2006): Gobiernos bajo presión. Relaciones Intergubernamentales y reforma del Estado. El caso Córdoba, pp. 160 – 161.

14 Hospital de Pediatría Garrahan, Hospital Nacional Baldomero Sommer, Hospital Nacional en Red Especializado en Salud Mental y Adicciones Lic. Laura Bonaparte, Hospital Nacional Prof. Alejandro Posadas, Hospital El Cruce, de alta complejidad en red y la Colonia Nacional Dr. Manuel Montes de Oca.

15 Instituto Nacional Central Único Coordinador de Ablación y Trasplantes (INCUCAI), Instituto Nacional de Medicina Tropical (INMET), Instituto Nacional de Rehabilitación Psicofísica del Sur Dr. Juan Otimio Tesone e Instituto Nacional del Cáncer.

16 Administración Nacional de Laboratorios e Institutos de Salud Dr. Carlos Malbrán (ANLIS), Administración Nacional de Medicamentos, Alimentos y Tecnología Médica (ANMAT), Agencia Nacional de Laboratorios Públicos (ANLAP) y la Superintendencia de Servicios de Salud (SSS).

17 Fuente: https://www.presupuestoabierto.gob.ar, consultada el 31/01/2019.

18 ORTEGA, José Emilio y ESPÓSITO, Santiago (2016): "El federalismo sanitario en la República Argentina. Un estudio de caso: la Provincia de Córdoba", en HERNÁNDEZ, Antonio M. (coord.). Cuadernos de Federalismo XXX. Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, pp. 41 – 42.

19 Ídem.

En el orden o nivel provincial, cada provincia y la CABA cuentan, a su vez, con un Ministerio de Salud encargado de la gestión integral de los servicios de salud pública, siendo dicho gasto uno de los más representativos en los presupuestos provinciales (junto con gastos de personal, gastos corrientes, y los afectados a educación y seguridad).

La necesaria coordinación entre estos dos niveles gubernamentales se lleva a cabo a través del Consejo Federal de Salud (COFESA), organismo creado por la Ley 22373, en enero de 1981. El organismo cuenta con una Secretaría Técnica y una dinámica de dos reuniones anuales. Puede constituir Comités específicos y su agenda de trabajo está orientada al debate, la coordinación y articulación de las políticas y programas, y la agregación de preferencias y prioridades en materia sanitaria.

En Argentina existen más de cuarenta Consejos Federales destinados a la coordinación de la intergubernamentalidad, principalmente vinculando al gobierno central con el de las provincias en problemáticas específicas. También han servido para mediar en los procesos de descentralización de funciones y servicios, condicionada por la centralización de recursos. Si bien coexisten con la coordinación que proponen los ámbitos de producción normativa (el Congreso Nacional y las legislaturas provinciales) y con los mecanismos informales de negociación entre dirigentes o burocracias especializadas, lo cierto es que son el único ámbito institucionalizado de coordinación intergubernamental vertical del país.

El desarrollo de los vínculos entre el gobierno federal y los gobiernos provinciales en el marco de organismos multilaterales de participación voluntaria destinados a la concertación técnica y administrativa de las políticas públicas, tales como los Consejos Federales, se explica según Escolar (2009), por la debilidad de los procesos de coordinación partidaria, dada por una débil integración del sistema político nacional, en el marco de una creciente fragmentación del sistema de partidos y su baja nacionalización[20].

Por último, y tomando un informe publicado por la Organización Mundial de la Salud[21] acerca del sistema de salud argentino, se concluye que nuestro sistema es uno de los más fragmentados de la región. Se encuentra compuesto por los sectores público, privado y de seguro social[22]. La fragmentación, según el informe, obedece en gran medida a la organización federal de nuestro país -lo que posibilitó a cada una de las 23 provincias la regulación de sus sistemas de salud-, y al desarrollo históricamente desintegrado de la seguridad social en un centenar de entidades. Dicha fragmentación se reproduce en tres niveles: 1) de cobertura, dado que no toda la población tiene acceso a prestaciones y beneficios de salud similares; 2) regulatoria, puesto que las capacidades de rectoría y regulación están repartidas en las 24 jurisdicciones y los diversos subsectores; y iii) territorial, debido a las marcadas diferencias de desarrollo económico entre las diversas

20 ESCOLAR, Marcelo (2009): "Integración del sistema político, coordinación de la gestión pública y relaciones intergubernamentales. Argentina en perspectiva comparada", Mimeo, Buenos Aires. Citado en ASTARITA, Martín, BONIFACINO, Santiago y DEL COGLIANO, Natalia: "Relaciones intergubernamentales (RIGS) en la administración pública Argentina", en ABAL MEDINA, Juan Manuel y CAO, Horacio (2012): Manual de la nueva administración pública argentina, Editorial Ariel, Buenos Aires, p. 235.

21 Fuente: Organización Mundial de la Salud. Informe Argentina 2017. http://administracionsalud.com.ar/organizacion-mundial-de-la-salud-informe-argentina-2017/ Consulta realizada el 31/01/2019.

22 El sector público está conformado por los ministerios nacionales y provinciales, y la red de hospitales y centros de salud públicos que prestan atención gratuita a toda persona que lo necesite, especialmente a personas de los quintiles de ingresos más bajos, sin seguridad social ni capacidad de pago (36% de la población).

El sector del seguro social obligatorio está organizado en torno a las obras sociales, nacionales y provinciales. Las obras sociales nacionales son más de 200, e implican un gasto de 1,59% del producto interno bruto (PIB), y las 23 obras sociales provinciales cubren a los empleados públicos de su jurisdicción, abarcando 0,74% del PIB.

Las obras sociales nacionales son reguladas por la Superintendencia de Servicios de Salud (SSS), cuyo principal objetivo es el de asegurar a sus afiliados el cumplimiento de las políticas y regulaciones vigentes. El sector privado está conformado por profesionales y establecimientos de salud que atienden a particulares y a los beneficiarios de las obras sociales y de los seguros privados. Este sector también incluye más de un centenar de entidades de seguro voluntario llamadas empresas de medicina prepaga, que se financian con primas pagadas por las familias o las empresas, con recursos derivados de los contratos con las obras sociales, alcanzando a 8% de la población. Fuente: OMS. 2017. op. cit..

regiones de la nación[23]. Frente a este panorama, la autoridad sanitaria nacional, que como se dijo, se encuentra nucleada en la Secretaría de Gobierno de Salud de la Nación, posee una limitada capacidad para influir en los poderes provinciales a la hora de imponer innovaciones legislativas nacionales que deriven en modificaciones estructurales[24].
Cabe advertir que este trabajo indaga en las RIGs existentes en materia de políticas de salud en el eje Nación-provincias, sus principales características, las debilidades identificadas y los formatos de coordinación intergubernamental , por lo que obviaremos analizar la calidad del gasto público, el alcance de la oferta privada o de las obras sociales, o la cobertura, universalidad o calidad de los servicios médicos, ya que ello excedería en mucho las posibilidades de un trabajo de estas características.

V. Especificidades del caso de la Provincia de Córdoba

El proceso de descentralización del sistema público de salud en Córdoba se implementa con fuerza a fines de la década del 80´y mediados de los 90´. La importante reforma constitucional provincial de 1987 sienta las bases jurídicas de dicho proceso, con el reconocimiento de un derecho integral a la salud (Artículo 19) y la definición de la salud (en el Artículo 59) como *"un bien natural y social que genera en los habitantes de la Provincia el derecho al más completo bienestar psicofísico, espiritual, ambiental y social*. El mismo artículo dispone que le corresponde a la Provincia *"establecer, regular y fiscalizar el sistema de salud, integrando todos los recursos y concertando la política sanitaria con el Gobierno Federal, Gobiernos Provinciales, Municipios e instituciones sociales públicas y privadas"*[25].
Asegurar en dichos términos el acceso en todo el territorio provincial al derecho a la salud, supone una dinámica amplia y compleja, con adecuados mecanismos de coordinación entre los diversos actores que se desenvuelven en el territorio provincial.
En ese sentido, el artículo 174, referido a la administración pública provincial, buscó armonizar los principios de centralización normativa, descentralización territorial, desconcentración operativa, jerarquía, coordinación, imparcialidad, sujeción al orden jurídico y publicidad de normas y actos.
Por su parte, el capítulo municipal del cuerpo (Artículos 180 a 194) reconoce la autonomía plena de los municipios y amplía sustantivamente sus competencias y atribuciones, empoderando a los mismos para ser receptores de nuevas funciones específicas.
Según Cingolani, *"complementan el corpus normativo de la descentralización el Decreto Reglamentario de la Descentralización 1174/88, la Ley Provincial de Reforma Administrativa y Económica del Estado 7850/89, el Decreto Provincial 6453/89 sobre Programas Sectoriales de Descentralización y el Decreto Provincial 6454/89 sobre Fondo de Financiamiento"*[26].
En consecuencia, la incorporación de la política sanitaria en el campo de las administraciones públicas locales trajo aparejada una serie de desafíos en términos de capacidad institucional y técnica, y estrategias de coordinación y financiamiento.
Su implementación reconoce, según Cingolani, dos etapas con modalidades diferentes tanto en la operatoria general como en las características de los convenios de transferencias y en los logros obtenidos en términos de la cantidad de efectores descentralizados. La primera etapa, que según la autora va desde 1989 a 1995, se caracterizó por

23 Fuente: OMS. 2017. op. cit. http://administracionsalud.com.ar/organizacion-mundial-de-la-salud-informe-argentina-2017/.

24 Fuente: OMS. 2017. op. cit. http://administracionsalud.com.ar/organizacion-mundial-de-la-salud-informe-argentina-2017/

25 ORTEGA, José Emilio y ESPÓSITO, Santiago (2016): Op. Cit., p. 38.

26 CINGOLANI, Mónica y LARDONE, Martín (2006): op. cit., p. 161.

una operatoria consensuada, ya que los municipios y comunas podían aceptar -o no- los convenios de transferencias. En este período, el número de efectores transferidos alcanzó un 24%. La segunda etapa, caracterizada por un contexto de crisis fiscal y emergencia económica, profundiza y termina consumando el proceso, tal es así, que para el año 1996 *"la Provincia había transferido a municipios y comunas el 91% de los efectores".* En esta etapa, la descentralización adoptó una modalidad masiva, acelerada, ya que se dio en poco menos de un año, y compulsiva, dado por los factores de presión financiera y la amenaza de cierre de los servicios. Los convenios celebrados entre la provincia y los municipios mencionan de manera explícita la necesidad de destinar los recursos locales de estos últimos para el financiamiento de los servicios descentralizados, frente a la insuficiencia de las transferencias intergubernamentales.

La Ley de Reforma del Estado estipuló en el artículo 11 la creación del Fondo de Financiamiento de la Descentralización Provincial (Fo. Fin. Des.), con la finalidad de sufragar las erogaciones que resulten de las transferencias de obras, servicios y funciones del Estado Provincial a los municipios, comunas o comisiones vecinales. Este fondo, por su insuficiencia, estuvo siempre lejos de cubrir dicha finalidad, por lo que *"los gobiernos locales se vieron obligados a desplegar una serie de estrategias para incorporar nuevas fuentes de financiamiento local"*[27]. La fuente principal se constituyó por medio de las transferencias intergubernamentales dirigidas a las administraciones locales en áreas específicas objeto de descentralización por parte del gobierno provincial, como así también a través de otros recursos del municipio. Una segunda fuente de financiamiento se originó en los aportes provenientes del sistema de obras sociales canalizados, por medio de los convenios con obras sociales en particular, y la conversión del efector en Hospital de Autogestión. Otros aportes vinieron de la mano del beneficiario de la prestación a través del pago de bonos (fijos o variables, dependiendo del tipo de prestaciones, voluntarios u obligatorios)[28].

Los municipios, en ejercicio de su autonomía económica - financiera y su limitada -en los hechos- potestad tributaria, practicaron nuevas imposiciones a la ciudadanía, en algunos casos, independientemente de su calidad de usuaria -o no- del servicio de salud. Se incrementaron algunos impuestos y tasas existentes, y se crearon nuevas, en la medida de las posibilidades.

El cuadro pone en evidencia el fuerte impacto del traspaso de la responsabilidad sanitaria desde el gobierno provincial a los gobiernos locales, junto con la emergencia de un sistema de salud crecientemente complejo en donde participan gobiernos, cooperativas, universidades y actores particulares provenientes del sector privado. Dicha heterogeneidad es hoy una característica de la salud en la provincia de Córdoba.

Al margen del proceso de descentralización antes reseñado, y a los fines de asegurar el funcionamiento de la estructura estatal de prestación del servicio de salud en la Provincia, se dictaron por parte del gobierno provincial leyes específicas, destinadas a regir una patología o conjunto de patologías en particular, o segmentos específicos del campo de la salud; regulaciones particulares actualizando temas ya tratados, o bien efectuando innovaciones profundas y sustantivas en determinadas materias, leyes novedosas sobre temas no regulado; adhesiones a leyes y programas federales. Incluso, participó la Provincia de una serie de acuerdos interjurisdiccionales y convenios particulares y específicos con el Estado nacional a los fines de desempeñarse como *"unidad ejecutora"* local de leyes y programas federales[29]. Lo que evidencia la concurrencia en

27 CINGOLANI, Mónica y LARDONE, Martín (2006): op. cit., p. 174.

28 CINGOLANI, Mónica y LARDONE, Martín (2006): op. cit., pp. 174-176.

29 Para un análisis detallado de la legislación provincial en materia de salud, ver: ORTEGA, José Emilio y ESPÓSITO, Santiago (2016): op. cit., pp. 48-52.

la materia y la necesidad de instancias permanentes de coordinación y concertación entre el Estado central y las jurisdicciones provinciales, y de estas con sus municipios y comunas.

En torno a la coordinación del sistema de salud en la Provincia, no es posible pasar por el alto las particularidades y heterogeneidad que caracterizan a nuestros municipios y comunas. Los gobiernos locales presentan los más variados matices en su tamaño, desarrollo económico y social, capacidades técnicas y de gerenciamiento, disponibilidad de recursos y en su dimensión política-partidaria. Todos esos aspectos fueron incidiendo de manera directa en la eficacia y eficiencia de la prestación del servicio de salud.

Dicha heterogeneidad, se refleja en una multiplicidad de esquemas municipales que contribuye a la fragmentación institucional, como rasgo característico del sector salud. La fragmentación local que caracteriza a las políticas públicas en materia de salud requiere que sea abordada de manera integral por medio de la coordinación y articulación de los diversos niveles de gobierno y actores implicados[30].

La naturaleza de las problemáticas citadas anteriormente, y que en la actualidad siguen caracterizando el sistema de salud cordobés, pone de manifiesto que las particularidades del proceso descentralizador del nivel central a las subunidades provinciales, esto es, la escasa planificación técnica y presupuestaria, la deficiente reasignación de recursos a los gobiernos subnacionales y la exigua especialización de las burocracias locales para dar respuesta a la gestión del aparato de salud; se replican en el nivel local en la descentralización de segundo grado, ejercida por las provincias hacia sus gobiernos locales.

Todo ello, lleva a afirmar la estrecha vinculación existente entre la coordinación intergubernamental y la gestión del sistema de salud, frente a lo cual, persiste la necesidad de diseñar estrategias de coordinación y concertación intergubernamentales que permitan lograr un sistema que opere de manera integrada, eficiente, coordinada y armónica; y que se traduzca en mayores posibilidades y oportunidades para los ciudadanos a los fines de acceder al derecho a la salud, de raigambre constitucional.

VI. Breves consideraciones finales

Partiendo del análisis desarrollado, podemos identificar múltiples dimensiones relacionadas con la descentralización de los aparatos de salud y educación desde la Nación a las provincias que, tras casi tres décadas, quedan pendientes de abordar y resolver.

Según Cingolani, *"existe coincidencia generalizada acerca de que un buen proceso de descentralización debe incluir un sistema de incentivos adecuados para la previsión de servicios sociales, cuyos principales componentes sean: esquema de transferencia, desarrollo de un marco de regulación y supervisión de los servicios, y flujo de relaciones entre los distintos niveles de gobierno. En este sentido, la dependencia de recursos del nivel descentralizador para el financiamiento de los servicios descentralizados, y el papel regulador de aquél, proponen espacios de interacción intergubernamental necesaria, dirigidos especialmente al desafío de dar coherencia global a los esquemas institucionales y su funcionamiento real"*[31].

Sin pretender ser exhaustivos, señalamos algunos de los nudos problemáticos de la coordinación intergubernamental multinivel en materia de salud:

- Sin dudas que el punto inicial de ruptura tiene que ver con el contexto y los condicio-

30 DIAZ DE LANDA, M. y CINGOLANI, M. (2000) "Oportunidades y restricciones para la cooperación intermunicipal en los servicios descentralizados. El caso del sistema de salud en Córdoba, Argentina", V Congreso del CLAD. Santo Domingo, República Dominicana. p. 7.

31 CINGOLANI, Mónica y LARDONE, Martín (2006): op. cit., p. 210.

namientos con que se llevan a cabo estas transferencias. Las restricciones financieras y los condicionamientos emergentes de los organismos multilaterales de crédito hicieron que los traspasos carecieran de adecuada planificación, se decidieran de manera unilateral e incondicionada, y no tuvieran el correlativo soporte financiero propio de la envergadura del proceso de reforma estatal emprendido.

- Las provincias recibieron, sin posibilidades reales de oponerse, enormes infraestructuras edilicias y de servicios de salud, junto con decenas de miles de agentes que cambiaron de empleador y que contaban incluso, con disímiles ingresos y estatutos de derechos laborales. Tuvieron que adaptarse para la convivencia, en tiempo récord, dos burocracias con asimétricos niveles de formación, diferentes capacidades institucionales y casi nulos mecanismos de coordinación. La ausencia de movimientos o secuencias planificadas a nivel central impactaron en diferentes modos en las provincias, y cada una llevó adelante sus propias estrategias de funcionamiento, convirtiendo al sistema en heterogéneo, fragmentado y dispar.
- La dimensión financiera del traspaso fue de una gran magnitud, provocando en algunas provincias profundas crisis del sistema sanitario y un fuerte impacto en la cobertura, frecuencia y calidad de los servicios brindados a la población. El proceso de descentralización en salud llevado a cabo hacia las provincias es el mayor de todo Latinoamérica, cambiando de manera definitiva la matriz del gasto público y de la dotación de personal del Estado provincial a lo largo del país.
- Algunas provincias, como Córdoba, extendieron el proceso descentralizador hacia los gobiernos municipales, delegando en ellos la atención de los niveles de baja y media complejidad, y concentrando la complejidad alta, generando esquemas de coordinación, derivaciones de pacientes y cofinanciamiento de las prestaciones. Sin embargo, la reproducción mimética de algunos de los desaciertos del gobierno central, impactaron fuertemente en la agenda local de gobierno, la que ha sido fuertemente afectada por la disminución de recursos provenientes de las jurisdicciones nacional y provincial. Aún en dicha situación, el colectivo de los gobiernos municipales del país supera al gobierno nacional en cuanto al gasto público total en materia de salud, dando cuenta de la enorme dimensión del traspaso y de las deudas pendientes en la materia.
- Las iniciativas como la creación del CO.FE.SA., en 1981, han sido insuficientes para articular la relación entre el gobierno central y las diferentes jurisdicciones provinciales. No existen relaciones intergubernamentales institucionalizadas entre las provincias y, solamente algunas de ellas, coordinan la prestación de servicios sanitarios con sus municipios. El Estado nacional, por su parte, no cuenta con las herramientas que le permitan oficiar como instancia de regulación y de planificación, como sucede al contrario, en materia educativa.
- Finalmente, en términos más generales se identifican muchos problemas de gestión hospitalaria, de servicios y de recursos destinados al rubro salud que hacen que los sistemas provinciales de salud sean profundamente desiguales. El porcentaje del presupuesto destinado a salud varía en relación de 1 a 3 según las provincias. Consecuencia de ello, muchas provincias son receptores permanentes de pacientes de complejidad media y alta que viajan a recibir atención, siendo este elemento fuertemente distorsivo, por no existir mecanismos de compensación interprovinciales.
- Sumado a ello, la formación de médicos generalistas y especialistas está fuertemente concentrada en algunas universidades y ciudades del país. Ello provoca que en algunos lugares (generalmente los lugares de formación, de realización de prácticas y residencias, y las capitales provinciales) alcancen, o incluso, exista una sobreoferta de profesionales de la salud, mientras que en muchas provincias e innumerables localidades del

interior la atención sea escasa o nula, desnudando ello una enorme improvisación en la planificación de la formación profesional.
El agregado de estos factores pone al desnudo la escasa densidad y planificación de la coordinación intergubernamental, siendo quizás una de las principales deudas pendientes del federalismo y de la política en Argentina. La reflexión sobre estas problemáticas no es habitual ni sistemática entre los decisores públicos, siendo un tema a priorizar y analizar con mucho mayor atención y profundidad en las agendas científicas y de gestión que enfrentaremos en el futuro inmediato.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

• ASTARITA, Martín, BONIFACINO, Santiago y DEL COGLIANO, Natalia (2012): "Relaciones intergubernamentales (RIGS) en la administración pública Argentina", en ABAL MEDINA, Juan Manuel y CAO, Horacio: Manual de la nueva administración pública argentina. Editorial Ariel, Buenos Aires.
• CINGOLANI, Mónica y LARDONE, Martín (2006): Gobiernos bajo presión. Relaciones Intergubernamentales y reforma del Estado. El caso Córdoba.
• COCORDA, Esteban y BERENSZTEIN, Sergio (2002): "Gestión pública y reformas sectoriales: un estudio de casos de dos provincias argentinas", en OSPINA, Sonia y PENFOLD, Michael: Gerenciando las relaciones intergubernamentales, Nueva Sociedad, Caracas.
• DIAZ DE LANDA, M. y CINGOLANI, M. (2000) "Oportunidades y restricciones para la cooperación intermunicipal en los servicios descentralizados. El caso del sistema de salud en Córdoba, Argentina", V Congreso Internacional del CLAD. Santo Domingo, Dominicana. https://cladista.clad.org/bitstream/handle/123456789/1330/0039207.pdf?sequence=1&isAllowed=y (Consulta: 03/02/2019).
• ESCOLAR, Marcelo (2009): Integración del sistema político, coordinación de la gestión pública y relaciones intergubernamentales. Argentina en perspectiva comparada, Mimeo, Buenos Aires.
• HERNÁNDEZ, Antonio María (coord.) (2008): Derecho Público Provincial, Ed. LexisNexis, Buenos Aires, Argentina.
• JORDANA, Jacint (2002): Relaciones intergubernamentales y descentralización en América Latina. Los Casos de Argentina y Bolivia. Documentos de trabajo, Banco Interamericano de Desarrollo (BID).
• LO VUOLO, Rubén y BARBEITO, Alberto (1998): La nueva oscuridad de la política social. Del Estado populista al neoconservador. Miño y Dávila Editores, CIEPP, Buenos Aires.
• Organización Mundial de la Salud. Informe Argentina 2017. http://administracionsalud.com.ar/organizacion-mundial-de-la-salud-informe-argentina-2017/ Consulta realizada el 31/01/2019.
• ORTEGA, José Emilio y ESPÓSITO, Santiago (2016): "El federalismo sanitario en la República Argentina. Un estudio de caso: la Provincia de Córdoba", en HERNÁNDEZ, Antonio M. (coord.): Cuadernos de Federalismo XXX, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba.

• PONTIFES MARTÍNEZ, Arturo (2002) Relaciones Intergubernamentales, Gaceta Mexicana de Administración, UNAM, México.
• REZK, Ernesto, PADRAJA CHAPARRO, Francisco y SUÁREZ PANDIELLO, Javier (eds.) (2011): Coparticipación impositiva argentina y financiación autonómica española: un estudio de federalismo fiscal comparado, Consejo de Ciencias Económicas de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.
• WRIGHT, Deil S. (1978): Para entender las relaciones intergubernamentales, Fondo de Cultura Económica de México.

ANÁLISIS DEL PROYECTO DE LEY DE SALUD MENTAL DE BAVIERA

ANALYSIS OF BAVARIA'S MENTAL HEALTH LAW PROJECT

GONZALO DELL'ORSI[1]

Fecha de recepción: 08/07/2019
Fecha de aceptación: 03/10/2019

RESUMEN:
En las últimas décadas, mucho se escribió -y cada vez más- sobre acceso a justicia y protección de derechos humanos. Del mismo modo, para no quedar en solo teorías, muchas legislaciones se adecuan a nuevas olas de necesidades sociales que, con el correr del tiempo, se visualizan. Siguiendo con esta línea, los Estados de derecho instrumentan mecanismos tendientes a garantizar su efectiva puesta en práctica. Un caso particular es el campo de la Salud Mental. En él, se vive un profundo cambio de paradigma, poniendo en duda la adecuación de algunos conceptos y la efectividad de ciertas prácticas. Sin embargo, no toda legislación moderna sigue esa misma dirección. Un ejemplo de ello es el proyecto de ley de salud mental de Baviera del año 2018. En él se observan disposiciones que colisionan con preceptos universales en materia de derechos humanos.

ABSTRACT:
Over the last decades, there have been numerous works—and increasingly so—about access to justice and the protection of human rights. In the same way, in order to go beyond more theories, many statutes adapt to new waves of social needs, which are identified in the course of time. Following this trend, states provide mechanisms to ensure their effective implementation. One particular case is the field of mental health. There is a profound change of paradigm in it, questioning the adequacy of some concepts and the effectiveness of certain practices. However, not all modern legislation follows that same direction. An example of this is the bavarian mental health law project of the year 2018, which shows provisions that collide with universal human rights precepts.

1 Abogado, egresado de la Universidad Nacional de Córdoba; Magister Legum (LL.M.) de la Ludwig Maximilians Universität, München; Doctorando en Derecho Penal de la Ludwig Maximilians Universität. Prosecretario del Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Tierra del Fuego. Justicia y protección de personas en condición de vulnerabilidad (157-2018224-96). Mail: gdellorsi@gmail.com - ORCID iD: https://orcid.org/0000-0002-0504-9052.

PALABRAS CLAVE: Salud Mental; Legislación; Baviera; Derechos Humanos; Acceso a la Justicia.

KEY WORDS: Mental Health; Legislation; Bavaria; Human Rights; Access to Justice.

I. Introducción

l presente trabajo es realizado en el marco del proyecto de investigación 'Justicia y Protección de Personas en condición de vulnerabilidad', en el que se analiza de qué modo han sido y son receptadas personas en situación de vulnerabilidad por los poderes judiciales, especialmente personas que se encuentran en una relación sanitaria. El método utilizado es descriptivo, y crítico-comparativo. Lo que a continuación haré, será un análisis de un proyecto de ley en materia de salud mental, presentado en abril del año 2018 por el gobierno de Baviera, Alemania.[2] Comenzaré con una breve presentación del Proyecto, su estructura, objetivos, y principios básicos. Luego presentaré de manera resumida su contenido principal. Pondré de relieve algunas disposiciones de este, las cuales fueron criticadas por profesionales de la salud. Para ello haré algunas comparaciones, respecto a distintos puntos del Proyecto con la Ley Nacional de Salud Mental, Ley 26.657, la cual se encuadra en un paradigma de respeto y promoción de los Derechos Humanos, y se encuentra en consonancia con las 100 Reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad. Claro está, que Alemania no participó de la XIV Cumbre Judicial Iberoamericana, en la que se desarrollaron las mencionadas Reglas. Sin embargo, me parece oportuno hacer una breve mención sobre ellas, para poner en evidencia como el Proyecto Bávaro se aleja de un paradigma de inclusión, como el que se viene gestando en Latinoamérica. Seguidamente haré una breve referencia sobre la Ley entrada en vigor, presentando algunas de las modificaciones que el 'Comité de Salud'[3] recomendó hacer. Por último, una conclusión sobre el Proyecto original.

II. Estado de la cuestión

En el correr de la historia se observan violaciones múltiples y reiteradas a la dignidad humana. En un principio no se hablaba de derechos humanos como tal, sino recién luego de la segunda guerra mundial, mediante su reconocimiento internacional. En 1945 fue aprobada la Carta de las Naciones Unidas[4], constituyendo la primera *"manifestación orgánica positiva de un conjunto de normas de derecho internacional referidas al respeto de los derechos humanos"*[5], y en 1948 fue aprobada la Declaración Universal de los Derechos Humanos (DUDH)[6].
En la actualidad no nos limitamos a entender a los derechos humanos como un listado

2 Proyecto del Gobierno de Baviera para una Ley provincial de ayuda a personas con enfermedades psíquicas. 'Drucksache 17/21573 v. 10.04.2018'.

3 En alemán 'Gesundheitsausschuss'. Todas las citas originales del alemán han sido traducidas al castellano por el autor.

4 Carta de las Naciones Unidas (1945): Tratado Internacional firmado el 26 de junio de 1945 en San Francisco.

5 BARBOZA, Julio, (1999): Derecho internacional público, p. 638.

6 Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948), Resolución 217 A (III) de la Asamblea General de las Naciones Unidas.

taxativo de derechos reconocidos, sino como un estadio de situaciones y procesos, necesarios para garantizar a cada persona -en un ámbito de libertades- la elección y el efectivo desarrollo de un proyecto de vida.[7] En pos de ello, al ratificar los Estados diferentes instrumentos internacionales sobre derechos humanos, incorporan estos a su legislación interna, conformando así el llamado bloque de constitucionalidad.[8] Así por ejemplo el artículo 25 de la Constitución Alemana establece:

> *"Las reglas generales del derecho internacional público son parte del derecho federal. Ellas prevalecen sobre las leyes y producen en forma inmediata derechos y deberes para los habitantes del territorio federal"*[9].

De manera similar, el artículo 31 de la Constitución de la Nación Argentina en su primera frase establece: *"Esta Constitución, las leyes de la Nación que en su consecuencia se dicten por el congreso y los tratados con las potencias extranjeras son ley suprema de la Nación"*[10].

Si bien no existe de modo consensual a nivel internacional un concepto único de derechos humanos, sabemos que los derechos humanos son inherentes a todos los seres humanos, *"...sin distinción de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición"*[11]. Del mismo modo -y plasmando este principio de igualdad-, el Art. 1 de la DUDH establece 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"*[12].

Sin embargo, el reconocimiento internacional, como así también las incorporaciones de convenciones y tratados internacionales sobre derechos humanos en las Constituciones Nacionales, no resultan por si mismos garantes de su efectividad. Esto se debe, en parte, al carácter 'extremadamente amplio' del concepto de igualdad.[13] Como bien señala Bobbio, haciendo referencia al art. 1 de la DUDH,

> *"esta expresión no debe ser entendida literalmente, debe ser interpretada. Y una vez interpretada, se ve que no es ya tan obvia. Que los seres humanos nacen libres e iguales quiere decir en realidad que deben ser tratados como si fuesen libres e iguales"*[14].

Es por ello, que la tarea de los Estados no se agota en el simple reconocimiento y ratificación, sino que de ello se derivan aún otros compromisos. Los Estados deben, en consecuencia, diseñar políticas públicas y ejecutar acciones positivas que, favoreciendo

7 MONGE NÚNEZ, Gonzalo y RODRÍGUEZ RESCIA, Victor (2014): "Acceso a la Justicia de Grupos en Situación de Vulnerabilidad", en Manual General de Litigio en el Sistema Internacional con enfoque diferenciado, p. 11.

8 MONGE NÚNEZ, Gonzalo y RODRÍGUEZ RESCIA, Victor (2014): op. cit., p. 18.

9 "Die allgemeinen Regeln des Völkerrechtes sind Bestandteil des Bundesrechtes. Sie gehen den Gesetzen vor und erzeugen Rechte und Pflichten unmittelbar für die Bewohner des Bundesgebietes". Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, Art. 25.

10 Constitución de la Nación Argentina, Art. 31.

11 Declaración Universal de los Derechos Humanos, Art. 2.

12 Declaración Universal de los Derechos Humanos, Art. 1.

13 BOBBIO, Roberto (1991): El tiempo de los derechos, p. 45.

14 BOBBIO, Roberto (1991): op. cit., p. 40.

a los más desventajados, tiendan a posicionar a todos en un real plano de igualdad.[15] En este contexto, y con la finalidad de garantizar el ejercicio real de los derechos y su efectivo goce, comenzamos a hablar de 'acceso a la justicia'. Si bien no existe a nivel internacional una única noción sobre acceso a la justicia, así lo entendió el Instituto Interamericano de Derechos Humanos:

> *"El acceso a la justicia es un concepto que hace referencia a las posibilidades de las personas, sin distinción de sexo, raza, edad, identidad sexual, ideología política, creencias religiosas, de obtener una respuesta satisfactoria a sus necesidades jurídicas"*[16].

También entendido como 'derecho humano primario', el derecho de acceso a la justicia es un "derecho social básico en las sociedades modernas", por ser una herramienta necesaria para el ejercicio de otros derechos.[17]

Ahora bien, y retomando lo ya dicho, no todas las personas nos encontramos en un mismo plano de igualdad a la hora de efectivizar nuestros derechos. Esto significa que existen grupos favorecidos o aventajados y grupos desfavorecidos o desventajados. Estos últimos, también llamados grupos en situación de vulnerabilidad son colectivos que:

> "*han sido objeto de múltiples discriminaciones por razones históricas, sociales, económicas o culturales, lo que los ha marginado o excluido de derechos o beneficios que tiene el resto de la población, razón por la cual se les debe otorgar más ventajas para compensar, de alguna manera, la discriminación de la que han sido objeto"*[18].

En tal sentido, las acciones positivas de los Estados deben orientarse a eliminar desigualdades estructurales, allanando las barreras u obstáculos que dificulten el acceso a la justicia. Estas barreras u obstáculos no son otra cosa que las mismas causas de vulnerabilidad, enumeradas algunas de ellas en la regla 4 de las 100 reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad. Estas son:

> *"la edad, la discapacidad, la pertenencia a comunidades indígenas o a minorías, la victimización, la migración y el desplazamiento interno, la pobreza, el género y la privación de la libertad"*[19].

Los obstáculos que dificultan u obstaculizan el acceso a la justicia no son enumerados de manera taxativa, e incluso puede darse más de uno de manera simultanea. Se interrelacionan y por ello el trato que se les dé, debe ser de forma *integrada y coordinada*.[20] Como ya se dijo, el presente trabajo es un análisis escueto del proyecto de ley de la provincia de Baviera, Alemania, en materia de salud mental de abril de 2018. El proyecto regula con mayor énfasis todo lo referido a la internación de personas en centros de

15 MONGE NÚNEZ, Gonzalo y RODRÍGUEZ RESCIA, Victor (2014): op. cit., p. 22.

16 Manual de políticas públicas para el acceso a la justicia, Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (2005), p. 7.

17 Acceso a la Justicia y Equidad, Instituto Interamericano de Derechos Humanos (2000), p. 17.

18 MONGE NÚNEZ, Gonzalo y RODRÍGUEZ RESCIA, Victor (2014): op. cit., p. 22. Ver también Grupos en situación de vulnerabilidad y derechos humanos. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Presidencia de la Nación (2011), p. 12.

19 XIV Cumbre Judicial Iberoamericana, Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad. Regla N. 4.

20 Acceso a la Justicia y Equidad, Instituto Interamericano de Derechos Humanos (2000), p. 19.

salud mental. Mi intención es presentar al lector el trabajo realizado por la legislatura de dicha provincia, en la compleja tarea de legislar, teniendo en cuenta principalmente la materia y la situación de vulnerabilidad, en que se encuentran las personas afectadas.

III. Descripción del Proyecto

El Proyecto de ley se llama *'Psychisch-Kranken-Hilfe-Gesetz'*, en español ley de ayuda a personas con enfermedades psíquicas, y fue presentado en abril del año 2018 por el gobierno de Baviera (CSU[21]). Este viene a reemplazar la actual Ley de Internaciones, la que data del año 1992, y con ello persigue adecuar la legislación a la Convención de los Derechos de Personas con Discapacidades y a lo establecido por el Tribunal Constitucional en materia de capacidad de determinación de personas con padecimientos de salud mental.
El Proyecto se estructura en tres partes: La primera, referente al refuerzo de cuidados psicológicos; la segunda, referente a las internaciones involuntarias; y finalmente, una tercera parte con disposiciones finales.
El objetivo del Proyecto es, en palabras de la ministra de salud[22] *Melanie Hulm, "proporcionar atención temprana a las personas que necesitan ayuda y, si es necesario, colocarlas voluntariamente en otros servicios de atención"*[23]. Sin embargo, como veremos en el desarrollo del presente trabajo, el objetivo perseguido pareciera ser otro.
En el Proyecto no existe un apartado donde se presenten los principios básicos del mismo. En el inc. 2 del Art. 6 establece el Proyecto cuáles son los principios básicos de la internación, y dice:

> *"Para todas las medidas respecto de esta Ley, deberá tenerse en consideración la edad, el sexo, el origen étnico, el estado de salud, la existencia de una discapacidad, y las condiciones de vida de la persona internada"*[24].

1. Contenido principal

A. Refuerzo de cuidados psiquiátricos

La primera parte cuenta con cuatro artículos, que regulan el funcionamiento de un servicio de asesoramiento y ayuda psicosocial para casos de crisis, durante las 24 horas, y que será extendido a todo Baviera. Ello representa un avance, ya que, en la actualidad, solo dos regiones de la Provincia cuentan con dicho servicio.[25] Esta es la razón por la cual esta sección ha sido receptada de manera muy positiva por los distintos sectores involucrados, tanto por opositores políticos, como por organizaciones sociales y expertos en el tema.
El Art. 2 del Proyecto regula el refuerzo de cooperación entre los distintos agentes que por ley están obligados. Al mismo tiempo establece que las instituciones que -sin estar

21 'Christlich Soziale Union' - En español 'Unión Social Cristiana'.

22 En alemán 'Gesundheitsministerin'.

23 „Ziel des Gesetzes ist es, Hilfebedürftige frühzeitig aufzufangen und sie _ soweit erforderlich- freiwillig in weitere Versorgungsangebote zu vermitteln". https://www.aerzteblatt.de/nachrichten/93412/Bayerisches-Landeskabinett-beschliesst-Psychisch-Kranken-Hilfe-Gesetz (12.04.2018).

24 „Bei allen Maßnahmen auf Grund dieses Gesetzes soll auf das Alter, das Geschlecht, die ethnische Herkunft, den Gesundheitszustand, das Vorliegen einer Behinderung und die Lebensumstände der untergebrachten Person Rücksicht genommen werden". Bayerischer Landtag - Drucksache 17/21573 v. 10.04.2018. Art. 6, inc. 2.

25 Las regiones Oberbayern y Mittelfranken. Wawatschek, Veronika, https://www.br.de/nachricht/warum-das-bayerische-psychiatriegesetz-in-der-kritik-steht100.html (17.04.2018).

obligadas por ley- deseen trabajar en cooperación deberán ser integradas. El Art. 3 regula la participación de organizaciones de autoayuda psiquiátrica en la planificación de la atención y el desarrollo de las terapias, reconociendo el importante rol que desempeñan. Finalmente, el Art. 4 establece que el gobierno informará de manera regular -cada 3 años- a la legislatura provincial sobre la situación de los psiquiátricos, atención psicoterapéutica y psicosomática en Baviera.

B. Internaciones involuntarias

La segunda parte del Proyecto se estructura en 9 capítulos, con 35 artículos, y regula las internaciones involuntarias. Esta es la sección más controvertida del Proyecto, y ha sido el blanco principal de las críticas.

Capítulo primero: Requisitos, Instituciones, Objetivos y Principios. El Art. 5 inc. 1 establece que:

> *"quien, por razón de un trastorno psíquico, especialmente una enfermedad, ponga en peligro considerable bienes jurídicamente protegidos de terceros, el bien común o su propia persona, podrá ser -sin su consentimiento o contra su voluntad- internado"*[26].

En el inc. 2 establece que una internación tendrá lugar solo cuando el peligro no pueda reducirse mediante otras medidas de menor intensidad. Al mismo tiempo prescribe que *"entre distintas medidas posibles a ser aplicadas, deberá aplicarse la más leve y las medidas nunca podrán conducir a una desventaja para la persona"*[27]. El Art. 6 regula los objetivos y principios de la internación. El principal objetivo es evitar el peligro. Luego aparece como objetivo secundario *"el tratamiento de la persona para su curación, de manera que ya no signifique una amenaza"*[28]. El Art. 7 regula la situación de la persona internada. En tres incisos establece: el principio de que la persona tendrá oportunidad de participar en la planificación de su tratamiento; que, salvo la privación de la libertad, debida a la internación, no se afectarán otros derechos de la persona; y la comunicación a la persona, como así también a su representante, en caso de tenerlo, sobre cada decisión tomada respecto al plan del tratamiento. El Art. 8 del proyecto regula en qué instituciones podrán llevarse a cabo las internaciones. Establece como regla que las internaciones se realizarán en hospitales y clínicas psiquiátricas. También, atendiendo a las circunstancias de la edad, establece que las internaciones de niños, niñas y adolescentes se realizarán en clínicas psiquiátricas para niños, niñas y adolescentes. El Art. 9 regula las atribuciones de la dirección de la Institución. Finalmente, el Art. 10 regula lo relativo a la Autoridad de supervisión. El organismo estatal encargado de la supervisión es el 'Centro social y familiar de Baviera'[29], dependiente del Ministerio de Familia, Trabajo y Asuntos Sociales del Estado. Sin embargo, el mismo artículo establece que no será afectada la posibilidad de otros organismos de involucrarse en la supervisión de las internaciones.

Capítulo segundo: Internación temporal inmediata. El Art. 11 establece la posibilidad de internaciones inmediatas, ordenadas por la autoridad administrativa, cuando se den los requisitos del Art. 5 y una orden judicial no sea posible en el establecido plazo de tiem-

26 Bayerischer Landtag - Drucksache 17/21573 v. 10.04.2018. Art. 5, inc. 1.

27 Bayerischer Landtag - Drucksache 17/21573 v. 10.04.2018. Art. 5, inc. 2.

28 Bayerischer Landtag - Drucksache 17/21573 v. 10.04.2018. Art. 6, inc. 1.

29 En alemán 'Zentrum Bayern Familie und Soziales' (ZBFS).

po. El Art. 12 amplía esta facultad de ordenar internaciones inmediatas a la policía, cada vez que se den los requisitos del Art. 11 y una orden de la autoridad administrativa no sea posible en el momento. El Art. 13 amplía aún más la facultad de ordenar internaciones inmediatas, en este caso a la dirección de la Institución. Por último, el Art. 14 establece el proceso para las internaciones inmediatas.

Capítulo tercero: Internaciones judiciales. El Proyecto regula en los artículos 15, 16 y 17 la preparación de la internación judicial, la internación judicial temporal y la ejecución de la internación respectivamente.

Capítulo cuarto: Admisión y tratamiento de la persona internada. Aquí, regula el Proyecto en los artículos 18, 19 y 20 lo relativo a la admisión de la persona por parte de la Institución, el plan del tratamiento y el tratamiento mismo de enfermedades.

Capítulo quinto: Realización del tratamiento y dada de alta. En este capítulo se regula todo lo relativo a los derechos de la persona internada durante el tratamiento. Específicamente, los elementos personales y el equipamiento de la habitación en la que se encuentra (Art. 21); ocupación y planificación del tiempo libre (Art. 22); régimen de visitas (Art. 23); contacto con el contexto fuera de la institución y con personas determinadas (Art. 24); ejercicio de culto o religión (Art. 25); régimen de salidas de la institución (Art. 26); y finalización de la internación (Art. 27).

Capítulo sexto: Medidas de seguridad. En tres artículos se regula lo relativo a búsquedas e investigaciones (Art. 28); medidas especiales de seguridad (Art. 29); y coacción inmediata (Art. 30).

Capítulo séptimo: Protección de datos, gestión de registros, archivo de alojamiento, jurisdicción local de la autoridad administrativa del distrito. Se regula en cuatro artículos lo relativo a protección de datos (Art. 31); mantenimiento de archivos (Art. 32); expedientes de internación (Art. 33); y jurisdicción local de la autoridad administrativa (Art. 34).

Capítulo octavo: Costos. El capítulo regula lo referente a los costos (Art. 35); y a la asunción de costos por el Estado (Art. 36).

Capítulo noveno: Cuotas de la Internación (Art. 37).

Esto es a modo informativo, la estructura del Proyecto -en sus dos primeras partes-, y su contenido mínimo. Una descripción más profunda y detallada de las disposiciones del Proyecto resulta en el presente trabajo imposible, debido a que tal tarea requeriría una labor que lo excede, al igual que el análisis de las disposiciones finales.

IV. Críticas a disposiciones del Proyecto

Algunas disposiciones del Proyecto han sido criticadas tanto por profesionales y organizaciones de la salud, como por opositores políticos. Las críticas se dirigen principalmente a dos temas regulados en el Proyecto: (1) La central de datos que pretende crear y (2) la proximidad de algunas de sus disposiciones a las de las internaciones por cuestiones de salud mental de infractores a la ley penal.

Respecto al primer punto, el proyecto establece en su Art. 33 la creación de una central de datos, en la que se consigna:

> *"Nombre y apellido; lugar y fecha de nacimiento; género; estado civil; nacionalidad; información sobre la necesidad de una medida especial de seguridad; la institución; fundamento jurídico para la internación; nombre de la enfermedad; día de la resolución judicial; periodo de internación ordenado por el tribunal; día del comienzo de la internación; inicio y fin de un intento de fuga o una falta de conducta en el marco del tratamiento; día y motivo de la dada de alta. La institución transmitirá los datos a la autoridad de supervisión, la que elaborará un expediente con la información y la mantendrá actualizada. Los datos serán mantenidos, luego de la dada de alta, durante un lapso de por lo menos 5 años"*[30].

La creación de esta base de datos y la utilización que de ella se pretende hacer, atenta contra el derecho a la intimidad de las personas en situación de vulnerabilidad. Quiero recordar aquí que las personas alcanzadas por el Proyecto son pacientes, y como tales, personas vulnerables[31]. Dicho esto, corresponde remitir a la regla número 83 de las 100 Reglas de Brasilia, la que -en referencia a la protección de datos- establece que *"en las situaciones de especial vulnerabilidad, se velará por evitar toda publicidad no deseada de los datos de carácter personal de los sujetos en condición de vulnerabilidad"*[32].
Este último cuerpo normativo, conocido también como "Reglas"[33], entiende bajo el término *"persona en situación de vulnerabilidad"* a:

> *"toda persona que, por razón de su edad, género, estado físico o mental, o por circunstancias sociales, económicas, étnicas y/o culturales, encuentran especiales dificultades para ejercitar con plenitud ante el sistema de justicia los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico"*[34].

La enumeración no es taxativa, lo que significa que también existen otras razones por las cuales personas pueden encontrarse en situación de vulnerabilidad. Un ejemplo de ello es la privación de la libertad, situación en la cual, la persona puede también encontrar dificultades al momento de ejercer sus derechos.
En la Regla 23 se establece lo que se entiende bajo "privación de la libertad". Esta es,

> *"...la que ha sido ordenada por autoridad, ya sea por motivo de la investigación de un delito, por el cumplimiento de una condena penal, por enfermedad mental o por cualquier otro motivo"*[35].

Con esto, pretendo mostrar que las personas alcanzadas por las distintas disposiciones del Proyecto analizado se encuentran en una doble situación de vulnerabilidad, esto es, en primer lugar, por ser pacientes, y, en segundo lugar, por el estado de salud y -en algu-

30 Bayerischer Landtag - Drucksache 17/21573 v. 10.04.2018. Art. 33.

31 ZALAZAR, Claudia E. y PUCCIO, Sofía en: Revista da Facultade de Direito da UFG, 43. Vulnerabilidad y salud mental en el derecho argentino. 01-11., p. 2.

32 XIV Cumbre Judicial Iberoamericana, Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad. Regla N. 83.

33 ANDREU-GUZMÁN, Federico y COURTIS, Christian en: Defensa Pública: Garantía de acceso a la justicia. Comentarios sobre las 100 Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad, 51-60 p. 51.

34 XIV Cumbre Judicial Iberoamericana, Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad. Regla N. 3.

35 XIV Cumbre Judicial Iberoamericana, Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad. Regla N. 23.

nos casos también- por encontrarse privadas de la libertad en centros de salud mental. [36] Pero estas disposiciones no solo atentan contra derechos básicos de las personas por ellas alcanzadas, sino que además resultan contraproducentes para el Proyecto en la realización de su objetivo. En este escenario, podrían darse situaciones en las que, personas que se encuentran frente a una manifestación de síntomas de padecimiento de salud mental, dudarían antes de tomar la decisión de iniciar un tratamiento. Así lo entiende la opositora política y experta en salud *Kathrin Sonnenholzer* (SPD[37]), quién explicó que *"esto fomenta el miedo a la psiquiatría, y eso lo estimula, porque es un punto que conduce a una mayor estigmatización"*[38].

El Proyecto pretende, incluso, hacer a la policía receptora de esa información. El *'inciso 4 del Art. 27'*[39] establece que se dará aviso a la central de policía competente en la zona en la que se realizó la internación sobre la dada de alta de las personas y su diagnóstico. El hecho de informar a la policía sobre los datos de las personas cuando son dadas de alta es algo que tampoco resulta fácil de entender, cuando pensamos que el objetivo perseguido por el Proyecto es la curación de la persona. Aquí se visualiza en primer lugar, el etiquetamiento como 'peligrosos' que el Proyecto hace de personas con padecimientos de salud mental. Frente a esto se preguntó *Karl-Heinz Möhrmann*[40], miembro activo en distintas asociaciones que velan por los derechos personas en dicha situación, *"¿Por qué alguien que estuvo temporalmente en una clínica psiquiátrica y no hizo nada, debe estar inscrito en un registro de la Policía?"*[41]. En segundo, lugar se visualiza que el objetivo principal del proyecto es evitar peligros. De todos modos, para descubrir el objetivo principal del Proyecto, no hace falta más que leer el primer punto del inc. 1 Art. 6, el que dice: *"El objetivo de la internación es la prevención del peligro."*[42]

Con relación al segundo punto, el Proyecto trata las a personas con padecimientos psíquicos como a delincuentes. El Art. 5 inc. 1 establece que *"podrán ser internadas preventivamente personas que representan un peligro considerable para bienes jurídicamente protegidos de terceros, el bien común o su propia persona"*[43]. El criterio de internación involuntaria es entonces la existencia de un peligro considerable, pero el proyecto no establece la inmediatez del peligro, lo que significa que podría también aplicarse frente a un posible peligro considerable en el futuro. Esto es, de modo preventivo. Aquí una diferencia con la Ley 26.657, que toma de las legislaciones de Buenos Aires y Córdoba la denominación de "riesgo cierto e inminente"[44].

36 ZALAZAR, Claudia E. y PUCCIO, Op. Cit., p. 2.

37 'Sozialdemokratische Partei Deutschlands' - En español 'Partido Socialdemócrata de Alemania'.

38 „Das schürt die Angst vor der Psychiatrie, und die schürt sie zurecht, weil das einer der Punkte ist, die zu mehr Stigmatisierung führen". Wawatschek, Veronika, https://www.br.de/nachricht/warum-das-bayerische-psychiatriegesetz-in-der-kritik-steht100.html (17.04.2018).

39 „Die zuständige Kreisverwaltungsbehörde, die Polizeidienststelle, in deren Zuständigkeitsbereich das Bedürfnis für die Unterbringung aufgetreten ist, und gegebenenfalls die Bewährungshilfe sind durch die Einrichtung rechtzeitig von der bevorstehenden Entlassung zu benachrichtigen. Der Kreisverwaltungs-behörde und der Polizeidienststelle sind dabei notwendige Informationen für eine Gefährdungseinschät-zung zu übermitteln". Bayerischer Landtag - Drucksache 17/21573 v. 10.04.2018. Art. 27, inc. 4.

40 Miembro directivo de la Asociación Bávara de familiares de personas con padecimientos mentales; Miembro directivo del grupo de trabajo regional de Baviera para la ayuda a personas con discapacidad y enfermedades crónicas y sus parientes; Y hasta Junio de 2018 vicepresidente de la Asociación Federal Alemana de familiares de personas con enfermedades mentales (BApK).

41 "Warum soll irgendjemand in irgendeinem Polizeiregister erfasst werden, der vorübergehend in einer psychiatrischen Klinik war und gar nichts angestellt hat?". Wawatschek, Veronika, https://www.br.de/nachricht/warum-das-bayerische-psychiatriegesetz-in-der-kritik-steht100.html (17.04.2018).

42 „Ziel der Unterbringung ist die Gefahrenabwehr." Bayerischer Landtag - Drucksache 17/21573 v. 10.04.2018. Art. 6, inc. 1.

43 Bayerischer Landtag - Drucksache 17/21573 v. 10.04.2018. Art. 5, inc. 1.

44 HERMOSILLA, Ana María y CATALDO, Rocío en: BENITO, Ezequiel Psiencia. Revista latinoamericana de ciencia psicológica. Ley de salud mental 26.657. Antecedentes y perspectivas. 134-140., p. 135.

Sumado a esto, al no diferenciar este primer inciso los casos en que personas actúan de libre voluntad, de casos en que personas actúan bajo una afectación en la capacidad de control, habilitaría la internación involuntaria de personas que no presentan un padecimiento de salud mental.
En su redacción, el Art. 5 inc. 1 se traduce en un mayor margen de acción y discrecionalidad de todas las autoridades con facultades para ordenar internaciones, lo que consecuentemente significa un menoscabo a la libertad de acción de las personas y a la seguridad jurídica. Sobre este punto tiene dicho la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, al tratar el principio de la libertad personal, que:

> *"la privación de la libertad sólo puede estar justificada por el tiempo mínimo y con criterios de excepcionalidad, entre otros criterios, y que la discapacidad mental no es una justificación para privar a una persona de su libertad".*[45]

Haciendo referencia al *'Massregelvollzugsgesetz'*[46], en español 'ley de ejecución de medidas de seguridad', el Proyecto pretende en su Art. 23, al regular el régimen de visitas, poder observarlas con cámaras bajo supuestas presunciones de riesgo.
Por otro lado, en el Proyecto se habla de *"Psychische Kranken und Erkrankung"*, en español 'enfermos mentales' y 'enfermedad'. Aquí otra diferencia con la Ley 26.657, donde se deja de hablar de enfermedad mental para hablar de salud mental[47]. En este mismo orden de cosas, en la legislación argentina se utilizan términos como 'padecimiento' o 'sufrimiento', con lo que se deja atrás un paradigma bajo el cual se entendía a la Salud Mental como un fenómeno exclusivamente biológico, abrazando un nuevo paradigma, bajo el cual se considera a la salud mental como resultado de factores[48]. Así lo establece nuestra Ley en su art. 3, al decir que:

> *"En el marco de la presente ley se reconoce a la salud mental como un proceso determinado por componentes históricos, socio-económicos, biológicos y psicológicos, cuya preservación y mejoramiento implica una dinámica de construcción social vinculada a la concreción de los derechos humanos y sociales de toda persona."*[49]

Por último, en el Art. 2 del Proyecto se observa cierta objetivización de la persona, con la frase "integrar a la comunidad", como si se tratara de objetos manipulables. En un paradigma de respeto y promoción de los Derechos Humanos, como el que se viene gestando en materia de salud mental en América Latina, se protege la individualidad y voluntad de la persona que padece un problema de salud mental. En este sentido, se procede de forma tal, que es la persona misma, la que de modo activo toma participación en el tratamiento.

---

45 MELÉNDEZ, Florentín en: Defensa Pública: Garantía de acceso a la justicia. Protección de las personas privadas de libertad sometidas a medidas de seguridad, p. 492.

46 ‚Gesetz über den Vollzug der Massregeln der Besserung und Sicherung sowie der einstweiligen Unterbringung' (Bayerisches Massregelvollzugsgesetz – BayMRVG) del 17.07.15.

47 BARUKEL, Agustina en: GALENDE, Emiliano, Salud mental y comunidad. La Nueva Ley de Salud Mental y los actores: de corporativismos palaciegos y de oportunidades para la superación. Aportes desde el análisis de políticas, p. 43.

48 HERMOSILLA, Ana María y CATALDO, Rocío en: BENITO, Ezequiel, Psiencia. Revista latinoamericana de ciencia psicológica. Ley de salud mental 26.657. Antecedentes y perspectivas. 134-140., p. 136.

49 Ley Nacional de Salud Mental. Ley N° 26.657. Art. 3.

V. La ley vigente

Finalmente, el Proyecto se convirtió en Ley, entrando en vigor en dos etapas. El 1 de agosto de 2018 entró en vigor la primera parte (referente al refuerzo de cuidados psicológicos), y el 1 de enero de 2019 la segunda parte (referente a las internaciones involuntarias)[50]. Sin embargo, la Ley vigente no es un fiel reflejo del Proyecto analizado. Previo a su sanción, el Parlamento Bávaro observó las diferentes modificaciones que la Comisión de Salud y Asistencia recomendó hacer.
El informe de recomendación, presentado en julio de 2018, contiene un preámbulo y 11 propuestas de modificación de sus disposiciones, agrupadas de forma temática. A continuación, una breve descripción del contenido del informe, en lo referido a dos puntos: La base de datos de información, y la proximidad de algunas de sus disposiciones a las de las internaciones por cuestiones de salud mental de infractores a la ley penal.

1. Modificaciones que regulan lo relativo a la base de datos de información

Bajo esta recomendación se reemplaza en el título del capítulo 7 y del Art. 33 la frase *"archivo de internación"* por la frase *"registro anónimo*" y se modifica el texto del Art. 33, donde se establece que:

> *"todas las internaciones y medidas de seguridad y coerción que se apliquen serán registradas por la institución de manera encriptado y anónima, y reportadas anualmente a la autoridad supervisora"*[51].

2. Modificaciones que refuerzan la desvinculación de la simple internación con la internación de personas que cometieron un delito y que hacen a la flexibilización de la internación

En este punto, se modifica el Art. 8, estableciendo que la internación deberá llevarse a cabo lo más cerca posible del lugar de residencia de la persona; y el Art. 21, posibilitando el uso de su propia vestimenta.

En relación con el régimen de visitas, se modifica el Art. 23, estableciendo que las visitas de los representantes legales, de los abogados o notarios *"no podrán ser controladas, prohibidas, o interrumpidas"* y que *"los escritos y documentos que lleven consigo no podrán ser examinados"*.[52] Ahora bien, respecto a la disposición que habilita la vigilancia de las visitas, se agrega que los datos obtenidos serán utilizados cuando:

> *"1. por razones del tratamiento sea necesario; 2. para el mantenimiento de la seguridad u orden de la institución, para la prevención de peligros, o para la prevención o investigación de delitos sea necesario"*[53].

Asimismo, se establece que la persona internada será escuchada, "solo en casos en que ello no sea obstaculizado por los principios de la internación" y que:

50 Bayerischer Landtag – Bayerisches Psychisch-Kranken-Hilfe-Gesetz (BayPsychKHG) BayRS 2128-2-A/G, 24.07.2018. Art. 39.

51 Bayerischer Landtag - Drucksache 17/22592.

52 Bayerischer Landtag - Drucksache 17/22593

53 Bayerischer Landtag - Drucksache 17/22593

> *"los resultados obtenidos de las escuchas se comunicarán al personal encargado de la institución, a la autoridad de control y a los tribunales, con los únicos fines de prevenir o investigar delitos"*[54].

Respecto al Art. 24, titulado en el Proyecto como "Contacto con el contexto fuera de la institución y con personas determinadas", se modifica el título, resultando: *"Correspondencia, Telecomunicación"*. Se reconoce asimismo el derecho de la persona internada a enviar y recibir cartas sin restricciones. Sin embargo, el inc. 2 establece en podrá controlarse y restringirse la correspondencia bajo indicios de *"peligro de introducción de estupefacientes o artículos peligrosos"; y las cartas, bajo indicios de "existencia de un peligro significativo para la salud de la persona internada o de un riesgo significativo para la seguridad o el orden de la institución..."*[55]. Respecto a las llamadas telefónicas se establece también el principio de libertad, restringiéndolo bajo existencia de los indicios mencionados.

Finalmente, esta recomendación modifica el Art. 26, cuyo titulo será: *"Diseño abierto de la internación, prueba de carga"*, y se establece el principio de flexibilidad de la internación.

Si bien las modificaciones tienden a una mayor protección de la persona sometida a tratamiento o internada, corresponde hacer ciertas aclaraciones. En primer término, resulta un avance el carácter anónimo de los registros, sin embargo, sigue existiendo una base de datos de información. En segundo término, las modificaciones tendientes a flexibilizar las simples internaciones logran marcar algunas diferencias respecto al régimen de internaciones de personas infractoras a la ley penal, sin embargo, ellas no eliminan las disposiciones que fueron motivo de crítica. Como se observa, aún sigue existiendo – bajo fundamento de seguridad y prevención de peligros – una base de datos de información de las personas sometidas a tratamiento e internadas, y un control de las visitas y de las comunicaciones de las personas internadas.

VI. Conclusión

Como anteriormente se mencionó, el Proyecto aquí analizado fue modificado, convirtiéndose finalmente en ley. Dicha ley recoge las recomendaciones que la Comisión de Salud y Asistencia presentó al Parlamento. Sin embargo, corresponde aclarar que ni la ley vigente, ni las modificaciones que la Comisión recomendó hacer, son el objeto principal de análisis del presente trabajo. La simple referencia a la ley y a algunas de las modificaciones propuestas al proyecto, se deben a la necesidad de informar al lector sobre el estado actual de la materia objeto de estudio.

Hecha esta aclaración, corresponde volver a poner el foco de análisis en el Proyecto originario. En términos generales, en él se observa que, a excepción de los primeros cuatro artículos, sus disposiciones no conllevan a un avance en medidas de ayuda a las personas alcanzadas -como su título lo indica-, sino más bien a la simple regulación del funcionamiento de las instituciones de internación. Si repensamos entonces el título del Proyecto, y nos preguntamos sobre las medidas que promueven y efectivizan la ayuda a las personas con problemas de salud mental, concluimos en que el título no se condice con el contenido.

Existe un desfase entre el contenido del proyecto y el supuesto objetivo de ayudar a las personas y de reducir el número de internaciones. Ayudar a las personas aparece en la enumeración de objetivos siempre en un segundo plano, lo que revela que el principal

54 Bayerischer Landtag - Drucksache 17/22593.

55 Bayerischer Landtag - Drucksache 17/22593.

objetivo es otro. Ello se observa en el Art. 5 inc. 1, que, al enumerar los bienes a proteger de peligros, establece en primer término los bienes jurídicamente protegidos de terceros, en segundo término, al bien común, y en tercer y último término a la propia persona. Justamente por eso, esta enumeración ha sido objeto de modificación por la Comisión de Salud y plasmada en la ley, donde se enumera en primer término a la propia persona[56].
El objetivo perseguido por el Proyecto está claro en el inc. 1 del Art. 6:

> *"El objetivo de la internación es evitar el peligro. Otro objetivo es el tratamiento de la persona para su curación o mejora de su estado, de manera que ya no signifique un peligro para los bienes de terceros, el bien común, o su propia persona."*[57]

Este punto ha sido también objeto de modificación por la Comisión de Salud, estableciendo la curación como principal objetivo de la internación[58].
Ahora bien, sabiendo que en su redacción original el Proyecto tiene por objetivo evitar peligros, se puede observar cierto grado de objetivización de las personas, en pos de brindar seguridad a la sociedad. Con ese fin, el Proyecto pretende aislar mediante el uso de la internación a la persona etiquetada como 'peligrosa', separándola de la sociedad, alejándose de toda medida de protección de las personas con padecimientos mentales. Resulta aquí oportuno citar al Dr. Ricardo Lorenzetti, quien al desarrollar el tema acceso a la justicia y vulnerabilidad en el ámbito de las decisiones judiciales, muestra a las internaciones de personas con padecimientos mentales como un área cercana al modelo represivo, típico del derecho penal[59]. Haciendo alusión a las estas internaciones, el Juez de la Corte Suprema de Justicia de la Nación sostiene:

> *"Otro caso que me parece importante mencionar en esta área es el de aquellas personas que están privadas de su libertad pero que en realidad no debieran estarlo. Son enfermos mentales, declarados incapaces o que por cualquier razón, ni siquiera con declaración de incapacidad, están depositados en hospitales"*[60].

Asimismo, el Proyecto no parece contemplar la situación de vulnerabilidad de las personas afectadas. Recordemos que las personas que requieren la atención médica de un profesional son pacientes que sufren una afección, y como tal, son sujetos vulnerables que requieren la protección del Estado[61]. Dicho esto, considero que toda disposición del Proyecto que fomenta el miedo a la psiquiatría se traduce indirectamente en un incumplimiento del Estado en su deber de garantizar el goce efectivo del derecho a la salud.

---

56 Bayerischer Landtag - Drucksache 17/22586; Bayerischer Landtag – Bayerisches Psychisch-Kranken-Hilfe-Gesetz (BayPsychKHG) BayRS 2128-2-A/G, 24.07.2018. Art. 5..

57 „Ziel der Unterbringung ist die Gefahrenabwehr. Weiteres Ziel ist, die untergebrachte Person zu heilen oder ihren Zustand soweit zu bessern, dass sie keine Gefahr mehr für Rechtsgüter anderer, das All-gemeinwohl oder sich selbst darstellt". Bayerischer Landtag - Drucksache 17/21573 v. 10.04.2018. Art. 6, inc. 1..

58 El artículo quedó redactado de la siguiente manera: "El objetivo de la internación es por un lado, la curación de la persona internada o la estabilidad de su estado de salud, hasta el punto de no presentar ningún peligro de conformidad con el inciso 1 del Art. 5, como así también, por otro lado, evitar peligros que de su situación se deriven." Bayerischer Landtag – Bayerisches Psychisch-Kranken-Hilfe-Gesetz (BayPsychKHG) BayRS 2128-2-A/G, 24.07.2018. Art. 6, inc. 1.

59 LORENZETTI, Ricardo en: Defensa Pública: Garantía de acceso a la justicia. Acceso a la Justicia de los Sectores Vulnerables 61-74., p. 67.

60 LORENZETTI, Ricardo, Op. Cit., p. 67.

61 ZALAZAR, Claudia E. y PUCCIO, Sofía en: Revista da Facultade de Direito da UFG, 43. Vulnerabilidad y salud mental en el derecho argentino. 01-11., p. 2 y 7.

Para ello, corresponde remitir a la Constitución de la Organización Mundial de la Salud, la que -entre sus principios- establece que:

> *"El goce del grado máximo de salud que se pueda lograr es uno de los derechos fundamentales de todo ser humano sin distinción de raza, religión, ideología política o condición económica o social."*[62]

Por todo ello, y a modo de conclusión, el Proyecto de Ley no se condice con una política de salud mental, entendida como política pública, que busca mejorar la calidad de vida de las personas, sino más bien con una política de etiquetamiento y exclusión de personas, como medidas de seguridad para evitar peligros. El resultado, una mayor estigmatización de las personas con padecimiento de salud mental.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

• ANDREU-GUZMÁN, Federico y COURTIS, Christian, (2008) "Comentarios sobre las 100 Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad" en Defensa Pública: Garantía de acceso a la justicia, pp. 51-60.
• Banco Interamericano de Desarrollo, Instituto Interamericano de Derechos Humanos (2000): Acceso a la Justicia y Equidad. Tomado de www.corteidh.or.cr Fecha de consulta: 31.10.2018.
• BARBOZA, Julio (1999) Derecho internacional público, Buenos Aires.
• BARUKEL, Agustina, (2013) "La Nueva Ley de Salud Mental y los actores: de corporativismos palaciegos y de oportunidades para la superación" en Revista Salud Mental y Comunidad, Nro. 3, Universidad Nacional de Lanús, pp. 41-51.
• Bayerischer Landtag (2018), Tomado de: www.bayern.landtag.de Fecha de consulta: 20/07/2018.
• Drucksache 17/21573, Gesetzentwurf der Staatsregierung für ein Bayerisches Psychisch-Kranken-Hilfe-Gesetz.
• Drucksache 17/22586, Änderungsantrag, Kriterium der beschränkten Einsichts- und Steuerungsfähigkeit.
• Drucksache 17/22592, Änderungsantrag, Melderegister für Zwangsmaßnahmen.
• Drucksache 17/22593, Änderungsantrag, Regelungen zur Gestaltung der Unterbringung.
• Bayerischer Landtag (2018), Tomado de: www.gesetze-bayern.de Fecha de consulta: 27/09/2019.
• Bayerisches Psychisch-Kranken-Hilfe-Gesetz (BayPsychKHG) Vom 24. Juli 2018 (GVBl. S. 583) BayRS 2128-2-A/G.
• BOBBIO, Roberto (1991): El tiempo de los derechos, Madrid.
• Bürgerliches Gesetzbuch (BGB).
• Constitución de la Nación Argentina.
• Constitución de la Organización Mundial de la Salud (1946), Conferencia Internacional de la Salud, Nueva York.

62 Constitución de la Organización Mundial de la Salud, p. 1.

• Deutsches Ärzteblatt (2018): „Bayerisches Landeskabinett beschliesst Psychisch-Kranken-Hilfe-Gesetz". Tomado de: www.aerzteblatt.de (Stand: 12.04.2018).
• Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland.
• HERMOSILLA, Ana María y CATALDO, Rocío (2012): "Ley de salud mental 26.657. Antecedentes y perspectivas", en Revista latinoamericana de Ciencia Psicológica, Nro. 4(2), Buenos Aires, pp. 134-140, doi: 10.5872/psiencia/4.2.41.
• Ley Nacional de Salud Mental (2010) Ley N° 26.657.
• LORENZETTI, Ricardo (2008): "Acceso a la Justicia de los Sectores Vulnerables", en Defensa Pública: Garantía de acceso a la justicia. Buenos Aires, pp 61-74.
• MELÉNDEZ, Florentín (2008): "Protección de las personas privadas de libertad sometidas a medidas de seguridad", en Defensa Pública: Garantía de acceso a la justicia. Buenos Aires, pp. 489-497.
• Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Presidencia de la Nación (2011): Grupos en situación de vulnerabilidad y derechos humanos, Políticas públicas y compromisos internacionales.
• MONGE NÚNEZ, Gonzalo, y RODRÍGUEZ RESCIA, Victor (2014): "Los derechos humanos: caracterización, alcances y personas sujetas de protección" en THOMPSON J. José (dir.): Acceso a la Justicia de Grupos en Situación de Vulnerabilidad, Manual General de Litigio en el Sistema Internacional con enfoque diferenciado, San José, pp. 09-31.
• Naciones Unidas (1945): "Carta de las Naciones Unidas". Tomado de: www.un.org
• Naciones Unidas (1948): "Declaración Universal de los Derechos Humanos". Tomado de: www.un.org
• Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (2005): Manual de políticas públicas para el acceso a la justicia. Tomado de www.undp.org Fecha de consulta: 22.03.2019.
• Veronika Wawatschek (2018): „Warum das bayerische Psychiatriegesetz in der Kritik steht". Tomado de: www.br.de (Stand: 17.04.2018).
• XIV Cumbre Judicial Iberoamericana (2008): 100 Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad. Tomado de www.cumbrejudicial.org Fecha de consulta: 18.06.2018.
• ZALAZAR, Claudia E. y PUCCIO, Sofía (2019): "Vulnerabilidad y salud mental en el derecho argentino", en Revista da Facultade de Direito da UFG, 43, pp. 01-11, https://doi.org/10.5216/rfd.v43.60156

MEDICALIZACIÓN, RIESGO Y DEMANDAS AL SISTEMA DE LA MEDICINA. UNA OBSERVACIÓN DESDE LA TEORÍA DE LOS SISTEMAS SOCIALES

MEDICALIZATION, RISK AND DEMANDS TO THE MEDICINE SYSTEM. AN OBSERVATION FROM THE THEORY OF SOCIAL SYSTEMS

Raúl Zamorano Farías[1]

Fecha de recepción: 17/08/2019
Fecha de aceptación: 15/10/2019

RESUMEN:
En este trabajo, y sobre la base de la teoría general de los sistemas sociales, se problematiza el fenómeno comunicativo de la medicalización y sus acoplamientos con el riesgo y el incremento de las demandas al sistema de la medicina. Si el sistema de la medicina tiene un monopolio comunicativo en el tratamiento de la salud/enfermedad y de todo lo que esto produce, deviene importante señalar con claridad desde dónde se observa el fenómeno de la medicalización (desde el sistema de la salud, desde el sistema del derecho, desde la opinión pública, desde el sistema científico) y cuáles son que la estructuras sociales disponibles para observar estas interacciones y acoplamientos. Es decir, preguntarse por los sentidos que construyen el 'concepto' medicalización y que dan cabida al análisis de prácticas no especializadas que se apropian de elementos que son, al mismo tiempo tan normales como patológicos.

ABSTRACT:
In this work, and on the basis of the general theory of social systems, the communicative phenomenon of medicalization and its links with the risk and increasing demands on the medicine system are problematized. If the medicine system has a communicative monopoly in the treatment of health / disease and everything that this produces, it becomes important to clearly indicate where the

1 Ph.D Filosofia Giuridica. Profesor Titular del Centro de Estudios Teóricos y Multidisciplinarios en Ciencias Sociales (CETMECS). Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM). Cátedra: Teoría de Sistemas. Miembro del Sistema Nacional de Investigadores. Mail: rzamorano61@gmail.com – ORCID iD: https://orcid.org/0000-0002-8277-1970.

phenomenon of medicalization is observed (from the health system, from the law system, from public opinion, from the scientific system) and what are the social structures available to observe these interactions and links. That is, asking about the senses that build the 'concept' medicalization and that allow the analysis of non-specialized practices that appropriate elements that are, at the same time, as normal as pathological.

PALABRAS CLAVE: Sistemas sociales; Comunicación; Medicalización; Riesgo; Expectativas.

KEY WORDS: Social systems; Communication; Medicalization; Risk; Expectations.

I. Introducción

Este trabajo presenta un análisis reflexivo sobre la medicalización como fenómeno. Desde la teoría general de los sistemas sociales (Luhmann) se aborda el impacto que puede tener dicho fenómeno en el sistema de la medicina y su acoplamiento con otros sistemas de la sociedad.

La teoría general de los sistemas sociales presenta al menos cuatro áreas interesantes para el análisis sociológico del sistema funcional de la medicina: 1) como sistema de comunicación; 2) como un sistema de la sociedad moderna, diferenciado por funciones; 3) como un sistema que incluye expectativas normativas y cognitivas, que guían la comunicación dentro de él; 4) y como una semántica –selección del sentido– que emerge en la comunicación dentro del sistema.[2]

Es claro que esta especificación funcional significa que solo el sistema de salud tiene un monopolio comunicativo en el tratamiento de las enfermedades, y todo lo que esto genera tiene sentido en vista de esta función.[3]

Observar el sistema de la medicina desde un punto de vista sociológico abre entonces las puertas a un panorama bastante variado, en el cual se articulan y orientan un cúmulo de investigaciones y problemas sobre los aspectos más o menos concretos que caracterizan lo que se describe comunicativamente como salud/enfermedad, prevención, interacción médico/paciente, profesión médica y, en la actualidad, sobre los problemas de la medicalización y las expectativas y riesgos legales del autoconsumo de fármacos para prevenir enfermedades.[4] Temáticas y problemas que, en general, intentan responder a las expectativas de salud, bienestar y normalidad en la sociedad moderna.[5]

Recordemos que en la sociedad premoderna, la idea de la enfermedad y la salud estaban intrínsecamente relacionadas con nociones religiosas de *pureza y peligro*.[6] En estos casos, la lógica moral de lo aceptable/no aceptable constituía el mecanismo cognitivo que explicaba y delegaba las estructuras y significados al mundo, de forma que si las personas se enfermaban no era por descuido de las reglas de higiene, sino porque habían transgredido una norma social que separaba lo sagrado de lo profano.[7]

2 BARALDI, Claudio (2015). "Teoria dei sistemi sociali e forme dell'interazione medico-paziente", en CORSI, Giancarlo. Salute e malattia nella teoria dei sistemi. A partire da Niklas Luhmann, Milano, Franco Angeli, p. 83. LUHMANN, Niklas (2015). Comunicaciones y cuerpo en la teoría general de los sistemas sociales, La Biblioteca Editores, México.

3 Desde los procedimientos a la organización, así como las diferentes formas de interacción.

4 Cfr. CORSI, Giancarlo (2015). Op. Cit.

5 LUHMANN, Niklas (2015). Op. Cit. TURNER, Bryan S. (2000). "The History of the Changing Concepts of Health and Illness: Outline of a General Model of Illness Categories", Albrecht, G. L.; Fitzpatrick, R.; Scrimshaw, S. (Ed.) Handbook of Social Studies in Health and Medicine, Sage, EUA.

6 Cfr. DOUGLAS, Mary (1976). Pureza e Perigo, Editora Perspectiva, São Paulo, Brasil.

7 TURNER, Bryan S. (2000). Op. Cit. p. 10.

Superada la cosmovisión sagrada, evolutivamente la enfermedad será conceptualizada de forma radicalmente distinta; cada vez más lejos de lo 'sagrado' y también cada vez más cercana a las condiciones de vida, a los hábitos y costumbres de la población. Con el paso del orden estratificado a la diferenciación funcional,[8] paulatinamente el problema político-sanitario se irá estabilizando a medida que se desarrolla el engranaje urbano, sobre todo frente a la necesidad tomar medidas para regular los espacios y organizase con el objetivo de enfrentar el problema de la salud como un fenómeno general de la sociedad. Así, en Alemania ya a finales del siglo XVII, se trabajó por estabilizar el fenómeno de la normalización de la práctica y del saber médico, el cual recae en manos de la Universidad y de la propia corporación de los médicos (*Staatsmedizin*).[9] En París, durante la segunda mitad del siglo XVIII, junto con problematizar el problema de la unificación del poder urbano, se instaló la necesidad construir un poder político capaz de investigar el problema de la salubridad de la población que tuvo como resultado el advenimiento de la *medicina de hospital.*[10] Otro tanto ocurrirá en Inglaterra –siglo XIX– con la Ley de los pobres y la medicina social.[11]

En este devenir evolutivo la medicina pasó del análisis del medio al de los efectos del medio sobre el organismo y finalmente al análisis del propio organismo cuyo resultado será la constitución de la medicina científica.[12] Es decir, la combinación de aspectos ecológicos, de higiene y costos, así como de la industria farmacéutica,[13] pero también de la conciencia del riesgo que ha operado como el sustrato que caracterizó y caracteriza tales preocupaciones, en especial la actual paradoja entre el incremento de las demandas de medicalización y automedicalización.

1. Medicalización

Cuando se habla de medicalización –de forma absolutamente general–,[14] se entiende que significa hacer *a* algo médico.[15] Así, la medicalización se define normalmente como un proceso mediante el cual cada vez se incorporan al campo de la medicina más aspectos de la vida cotidiana y quedan bajo el dominio, poder, influencia y supervisión médica.[16] Es decir, bajo el dominio de la medicina que, según el famoso discurso de la normativización y de la *policía médica* sobre el cuerpo, es y deviene *autoritaria*.[17] Sin embargo, estos mismos autores, reconociendo la notable evolución tecnológica y económica de la profesión médica en las últimas dos décadas,[18] deben aceptar que el concepto

8 LUHMANN, Niklas (2007). La sociedad de la sociedad, Herder Editores, México (cap. 4).

9 BARALDI, Claudio (2015). Op. Cit. FOUCAULT, Michel (1974). "Historia de la medicalización", Educación médica y salud Vol. 11, No. 1 (1977), publicación editada por la Oficina Sanitaria Panamericana 525, Washington, EUA.

10 Cfr. ACKERKNECHT, Erwin. H. (1967). Medicine in the Paris Hospital, 1794-1848, The John Hopkins Press, Baltimore, USA.

11 Se busca constituir la ciudad como unidad, de organizar el cuerpo urbano de un modo coherente y homogéneo, regido por un poder único y bien reglamentado. Foucault describe con detalle este proceso al que llama "normalización" (FOUCAULT, Michel (1974). Op. Cit., pp. 8-13).

12 FOUCAULT, Michel (1974). Op. Cit., p. 18.

13 GADAMER, Hans-Goerg (2001). El estado oculto de la salud, Gedisa Editorial, España.

14 Por ejemplo, se designa a un mismo tiempo un concepto y a un proceso histórico y además sin establecer la diferencia desde dónde se observa: desde el paciente, desde el médico, desde el sistema del derecho, desde los mass media y la opinión pública. Al parecer se supone que se deben comprender y mezclar problemas de toda índole, a saber, éticos, morales, legales, políticos, económicos, sociales, para hacer de su estudio una tarea 'siempre inacabada', más aún de cara a las nuevas tecnologías que desafían convencionalismos como lo son los conceptos de enfermedad, patología e, incluso conceptos todavía más nodales, como el de medicina, de libertad y de lo 'humano'. Sin embargo, con esta lógica se abren las puertas al discurso ideológico o pseudocientífico, con su impresionante bulto del todo y repetidos qué (Cfr. MEDÍN Joaquín y EDWIN Núñez (2000). Pseudociencia y cultura de masas, Parte I: "Naturaleza y relevancia de la pseudociencia", Revista Milenio, Vol. 4, Puerto Rico), en donde además la 'totalidad' deviene como sustituto de la reflexividad, sin tener en cuenta que la totalidad es la no verdad, como señal Adorno. ADORNO, Theodor (2008). Dialéctica Negativa. La jerga de la autenticidad, Akal, España.

15 CONRAD, Peter (1992). "Medicalization and Social Control", Annual Review of Sociology, Nº 18, pp. 209-232. CONRAD, Peter (2005). "The Shifting Engines of Medicalization", Journal of Health and Social Behavior, Vol. 46, Nº 1, pp. 3-14.

16 Cfr. WILLIAMS, S. & CALNAN, M. (1996). "The Limits of Medicalization: Moderne Medicine and Lay Populance in Late Modernity", Social Science & Medicine, Nº 42, pp. 1609-1620.

17 FOUCAULT, Michel (1974). Op. Cit., p. 20. FOUCAULT, Michel (1996). Vigilar y Castigar, Editorial Siglo XXI, México.

18 POITRAS, Geoffrey & LINDSAY, Meredith (2008). Ethical Transparency and Economic Medicalization, Journal of Business Ethics 86 (3), pp. 313-325.

'medicalización' es un concepto demasiado amplio y vago.

Si bien el concepto *medicalization* surgió durante la década de 1950, al revisar la literatura sobre el tema es evidente que no existe una definición precisa,[19] como también es evidente que en busca de su fundamentación se observa y constata el recursivo retorno a los postulados foucaultianos sobre la *normalización, producción y vigilancia de cuerpos dóciles* en lógica biopolítica (*Medizinischepolizei*). Lo que queda claro es que el proceso de medicalización radica y opera a partir del sistema de la medicina, la cual desde esta perspectiva ha devenido en sustituto de la religión y el poder en tanto y cuanto fuerza moral dominante para el control social de la moderna sociedad.[20] Si bien la crítica a sus 'efectos' ha constituido una dimensión histórica interesante, habrá también que observar y reconocer los logros de la biomedicina así como la lucha por el derecho a la salud que constituye siempre una vía para la construcción de ciudadanía.[21]

Precisamente, desde la década de los años sesenta del siglo XX, en los estudios que caracterizan a la profesión médica, tanto científicos sociales como otros analistas han abordado las disputas interprofesionales u organizacionales y entre los grupos de interés, estudios que han generado significativos cambios en el conocimiento, organización y transformaciones que orientan este fenómeno: por ejemplo en la biotecnología (especialmente la industria farmacéutica y genética), en los consumidores y en la autogestión de los cuidados (*mananged care*).[22]

Resulta evidente entonces que la ampliación comunicativa de la medicina y de la medicalización, ilustra claramente el carácter multidimensional y la complejidad relacional de este proceso y, consecuentemente, lo vacuo e ingenuo que resulta el seguir insistiendo en la dominación sobre los cuerpos a través de la medicina. Insistir en que el cuerpo es *vigilado, utilizado y docilizado*,[23] implica olvidar entre otras cosas que ya desde el siglo XVII y a *partir del momento en que el pobre se beneficia del sistema de asistencia, queda obligado* no solo a someterse al control médico, sino también es cautelado por la asistencia estatal (como el mismo Foucault lo señala). Desde entonces, y aún cuando estén involucradas comisiones éticas, sacerdotes, familiares, en sentido emocional y psíquico así como los pacientes mismos, la construcción de la enfermedad, es decir, diagnóstico y tratamiento, información y asesoramiento, siguen siendo cosas de la medicina,[24] y no un problema de *surveiller et punir les pauvres avec la police médicale*.[25]

Estrictamente, si se trata de entender el modo en que la comunicación acerca de la medicina ha ido cambiando hasta llegar a hablar de una enfermedad, y considerar de qué manera la forma de concebirla y organizarla se ha hecho posible, es preciso echar mano de la semántica médica sobre esta materia, pero no para abundar sobre si existe la prueba física que lo legitima, o para situar la causa en algo biológico y proceder en consecuencia medicando, cuestión que ciertamente acentúa el debate entre medi-

CONRAD, Peter (2007). The Medicalization of Society . On the Transformation of Humans Conditions into Treatable Disorders, The Johns Hopkins University Press, Baltimore. CONRAD, Peter y LEITER, Valerie (2004). Medicalization, Markets and Consumers, Journal of Health and Social Behavior 45 , EUA, pp.158-176

19 POITRAS, Geoffrey (2012). Medical Ethics and Economic Medicalization", Contemporary Issues in Bioethics, Canada, pp. 51-68. CONRAD, Peter (1992). Op. Cit. CONRAD, Peter & BARKER, Kristin (2010). "The Social Construction of Illness: Key In-sights and Policy Implications", Journal of Health and Social Behavior Vol 51, N. 1, pp. 67-79.

20 FOUCAULT, Michel (1974). Op. Cit. WILLIAMS, S. & CALNAN, M. (1996). Op. Cit. ARMSTRONG, David (1995). "The rise of Surveillance Medicine", Sociology of Health & Illness, Vol. 17, No. 3, pp. 393-404. GOFFMAN, Erving (2006). Estigma. La identidad deteriorada. Amorrortu Editores, Argentina. POITRAS, Geoffrey (2012). Op. Cit.

21 Cfr. BOBBIO, Norberto (1992). A era dos dereitos, Editora Campus, Rio de Janeiro, Brasil.

22 CONRAD, Peter (1992). Op. Cit.

23 FOUCAULT, Michel (1974). Op. Cit. FOUCAULT, Michel (1996). Op. Cit.

24 LUHMANN, Niklas (2015). Op. Cit. p. 90.

25 En caso anverso y si se quiere entender cómo surgen y se propagan las enfermedades, no se puede ya atender a la naturaleza simplemente como 'moral'; la sociedad moderna se ve obligada a eliminar la connotación moral de la enfermedad o, en caso contrario se ve obligada a demostrarlo científica y jurídicamente.

calización-desmedicalización/autoconsumo–automedicalización, entre los posibles beneficios y avances y los fenómenos de exclusión–inclusión y riesgo. Se trata entonces de problematizar cómo es que esta comunicación de sentido se ha estabilizado en el sistema,[26] qué ha generado y, por tanto, la importancia de considerar y observar que la medicalización opera en diferentes niveles y no solo unidireccionalmente.

Desde el sistema científico la medicalización opera a nivel conceptual que, en tanto criterio de asignación de validez del conocimiento científico, es cognoscitivamente accesible al sistema de salud; mientras que desde el sistema de la medicina opera a nivel técnico-organizacional a través de la interacción entre médicos y pacientes, y desde la opinión pública se articula en tanto expectativas e inflación de demandas del público hacia el sistema de la medicina, y el autoconsumo de fármacos.[27]

Estas operaciones y articulaciones requieren estudios más detallados para observar cómo a diferentes niveles se generan los procesos de aumento o reducción no solo de la medicalización sino también del autoconsumo (automedicalización), analizando las formas con referencia a la experiencia o a la percepción del público lego, al sistema de la ciencia y de la medicina (como comunicación codificada), mas no como supuesto prescriptivo trascendental sino en tanto función, toda vez que aquello que puede considerarse como experiencia garantizada por la observación científica se caracteriza por su fundamental independencia respecto de cualquier situación práctica y de cualquier integración en un contexto de acción.[28]

Reconociendo entonces que la medicina puede ser descrita en términos de su función (operación), es decir, que interviene para contener las desviaciones relacionadas con la enfermedad del cuerpo de los seres humanos o con cualquier manifestación corporal que no esté conectada con algo aceptable más allá del umbral de lo construido como 'normal', este umbral es variable e inestable, con todo lo que ello implica precisamente en términos de opciones de tratamiento, de la inflación de demandas de la población, de los costes, de la decisiones políticas y también de la despatologización de las experiencias como presupuesto de la necesaria regulación biomédica y jurídica de la experiencia,[29] sea en el campo de la fármaco-dependencia, la automedicalización, el alcoholismo y el consumo de drogas.

De ahí la importancia de señalar con claridad desde dónde se observa el fenómeno de la medicalización (desde el sistema de la salud, desde el sistema del derecho, desde la opinión pública, desde el sistema científico) y cuáles son las estructuras sociales disponibles para observar estas interacciones y acoplamientos.

Si bien la gramática postmoderna, de nulos asideros reflexivos y cuya característica central es la confusión de todo con todo para orientar el pánico y la acción,[30] la reflexión científica tiene que poner especial cuidado en la argumentación de sus construcciones objetuales, lo cual supone y reclama una conceptualización clara del concepto, pues como observa Conrad,[31] si bien se utiliza la noción de medicalización no existe una definición precisa, incluso en la literatura temática. Es claro que esto obliga entonces a preguntarse cómo se ha construido la semántica y estructura de la función del sistema de la medicina. Es decir, preguntarse por los sentidos que construye, por los juegos de

26 Si aceptamos la propuesta de que cualquier sistema social, incluida la medicina, puede operar solo a través de la comunicación, entonces debemos extraer una consecuencia inicial: cada intervención, cada diagnóstico, pronóstico, terapia, así como todos los hallazgos de patologías o enfermedades, éstas solo tienen sentido en la enorme red de comunicaciones orientada a la función específica del sistema médico (LUHMANN, Niklas (2015). Op. Cit. CORSI, Giancarlo (2015). Op. Cit.).

27 Sabido es que desde hace décadas adviene alarmante el incremento ad libitum del uso y consumo de antidepresivos, ansiolíticos y calmantes en general por parte de la población (LUHMANN, Niklas (2015). Op. Cit. pp. 76-78).

28 GADAMER, Hans-Goerg (2001). Op. Cit. p. 14.

29 LUHMANN, Niklas (2015). Op. Cit. CORSI, Giancarlo (2015). Op. Cit.

30 Véase nota 14. ZAMORANO FARÍAS, Raúl (2004). La democrazia dei postmoderni e i suoi gesti allegorici, Biblioteca Pensa Multimedia, Italia..

31 CONRAD, Peter (1992). Op. Cit.

lenguaje y cómo en estas configuraciones y comunicaciones, la categoría de medicalización da cabida al estudio de las prácticas no especializadas y a la forma en que las personas y las diversas organizaciones sociales se apropian de algunos elementos, por ejemplo en el autocuidado o en la disciplina psicoanalítica y en la salud mental como estrategias alternativas de resolución de conflictos.

Lo anterior supone también conocer las condiciones sociales de posibilidad que potencian, limitan o recrean el fenómeno de la medicalización. Conocer no solo opiniones sino la autoobservación de la semántica de la medicina; la forma en la selección del sentido que surge en su sistema de comunicación interna, y cómo asimismo estas semánticas se comunican fuera del sistema de salud. Cómo estas semánticas comunicativas devienen tipificaciones (scripts) que orientan decisiones, es decir, esquemas o categorías que limitan, sin fijar, las decisiones más apropiadas a tomar; y que pueden ser normativas o imponerse por la pura práctica, funcionando como premisas de decisión no oficial que ofrecen certidumbre porque todo mundo las conoce.[32]

Al respecto recordemos que tradicionalmente, hasta hace pocos siglos, cuando la relación entre la atención o asistencia fue también una cuestión religiosa en el sentido propio (de la fe), las referencias externas giraban en torno a la moral y la religión (*pureza y peligro*), tal que el sentido común etiquetó ciertas enfermedades como un signo de depravación.[33] Las huellas de esta 'cosmología' tipificante dictaron también los tiempos modernos: pensemos por ejemplo en las primeras reacciones a la propagación del SIDA, indicado por muchos como la retribución divina contra los "sodomitas", llegando al límite de traficar la moral como ciencia o como presupuesto de enfermedad.[34]

Si se acepta, sin embargo, la propuesta de que cualquier sistema social, incluyendo la medicina, sólo puede operar a través de un código especifico de comunicación, a la sazón se debe reconocer una primera consecuencia: cada acción, cada diagnóstico, pronóstico, tratamiento, así como todos los resultados de enfermedades o posibles patologías solamente tienen significado en la enorme red de comunicaciones orientada a la función específica del sistema de la medicina.

Comunicación que además sólo puede conectarse a otro tipo de comunicación –incluida la comunicación moral– pero no directamente a la conciencia, organismos o cuerpos. Para ello el sistema de la medicina debe activar cadenas causales para la comunicación que sean capaces, a su vez, de activar y orientar los comportamientos de una manera regular, lo suficientemente fiable, estable y posible. Características que a su vez podrían cuestionar la función del sistema de salud y la centralidad del médico en el tratamiento de enfermedades, por ejemplo preguntándose sobre los límites de su responsabilidad, no sólo legal, sino también social, y también observar lo fuerte que son las demandas y necesidades de atención médica (justificadas o no), sobre todo cuando los médicos han perdido la preeminencia en el impulso fundamental de la medicalización y otras organizaciones –industria farmacéutica, aseguradoras, organizaciones civiles, legos entre otros– se han convertido en los nuevos operadores de la medicalización y de la automedicalización (usuarios).[35]

Sobre estos tópicos, algunos estudios han abordado el problema a través del análisis de

32 La semántica de la medicina es la selección del sentido que surge en el sistema de comunicación interna. Cfr. LUHMANN, Niklas (2010). Organización y decisión, Herder Editores, México, p. 233.

33 CORSI, Giancarlo (2015). Op. Cit.

34 Cfr. HERNÁNDEZ GARCÍA, Karla (2015). La construcción epistemológica del SIDA en la ciencia, Licenciatura en Sociología, Facultad de Ciencias Políticas y Sociales, UNAM, México. El proceso de remedicalización de la homosexualidad por parte de algunos grupos de expertos, insiste precisamente en una mirada patologizadora sobre la homosexualidad, solo que reseñar la manera en la que las personas infectadas de VIH son discriminadas no implica un análisis arqueológico ni genealógico en los términos planteados por Foucault. Si no que se trata precisamente de eso, solo de una descripción que se agota en la descripción misma.

35 Cfr. HERNÁNDEZ DUARTE, Rubén (2016). "Entre la probabilidad y la sospecha: perspectivas legas medicalizadas frente al riesgo a la enfermedad en jóvenes universitarios de la CDMX", en MURGIA, Adriana et al (Coord.) La medicina en expansión. Acercamientos a la medicalización en México, La Biblioteca Editores, México.

las prácticas de autovigilancia y autocuidado y describen cómo los legos incorporan el discurso y los saberes médicos en sus prácticas frente a la percepción de riesgos para la salud que pueden ser más o menos objetivos.[36] Así y en el sentido más general, la primacía de la semántica biomédica, que determina la lógica unidireccional de la medicalización, viene siendo cuestionada y/o reemplazada por un creciente interés que incluye aspectos psicosociales del conocimiento lego, generando por cierto otras demandas y problemas (autoconsumo inflacionario de vitamina E, antidepresivos, ansiolíticos o las fórmulas y vitaminas o productos para adelgazar).[37] Sin embargo, muchas de las críticas al sistema de salud y a la función habitual del médico en la actualidad evidencian, en general, cierta insuficiencia, incluso cuando al médico se atribuya, entre otras cosas, una función de control social,[38] como si las enfermedades fuesen pura invención o estigmatización de los médicos.[39]

Al respecto, pensemos en los trabajos de Foucault, tan fuertemente reivindicados por estudios de campo que reactivan la sospecha para visibilizar la existencia de relaciones de poder en la ciencia, trabajos que sin superar esta narrativa tampoco se vuelcan al estudio y observación de las disciplinas biológicas, matemáticas y menos de la neurobiología-química, sino que evocan principalmente ramas históricas de la medicina. Es decir, se orientan hacia los estudios archivísticos sobre el origen de la clínica y sobre la locura, para insistir en el problema de la dominación y la normatividad, olvidando, por cierto, que tanto en carácter cuanto en función la medicina –aplicación técnica de un conocimiento (Luhmann)– es distinta respecto a la ciencia, pues mientras la medicina se dedica a curar enfermos, la ciencia se centra en la tarea de fundamentar juicios *científicamente* validos sobre lo que se conceptualiza como enfermedad.

Si bien hay que reconocer la inclusión de valores estabilizados (normal/no normal), esto se da como una comunicación de sentido respecto a lo que socialmente es construido y aceptado como normal o no normal, de modo que tampoco implica una posición arbitraria del médico, ya que éste se mueve dentro de los márgenes que las premisas de decisión que la organización médica le permiten, siguiendo los programas decisionales y esquemas que ella misma construye. Luego, la comunicación de una enfermedad puede ser acoplada en los programas de otra organización como por ejemplo la escolar,[40] sin embargo, cuando el cuerpo enferma impone prioridad por encima de la participación en cualquier otro sistema. En tal sentido, la medicina es un sistema que trata enfermedades y no un sistema que produce salud,[41] de modo que el médico debe recetar no sólo medicamentos, sino también enfermedades que puedan justificar la interrupción de las

36 Cfr. HERNÁNDEZ DUARTE, Rubén (2016). "Op. Cit., pp. 63-82.

37 Los cuales se pueden conseguir con absoluta facilidad en internet y sitios web que tienen un fuerte vínculo con "consejos" médicos, incluso como sustituto de la consulta médica.

38 Porque es él quien decide lo que es la enfermedad, cómo tratarla, como internar a los enfermos, llegando a estabilizar –como señala Goffman– las carreras de los enfermos (GOFFMAN, Erving (2006). Estigma. La identidad deteriorada, Amorrortu Editores, Argentina. GOFFMAN, Erving (1977). "La locura del 'puesto'", en BASAGLIA Franco y Franca BASAGLIA ONGARO (Edit.). Los crímenes de la paz. Investigación sobre los intelectuales y los técnicos como servidores de la opresión, Siglo XXI, México, pp. 257-307). Para Foucault (1996). Op. Cit. p. 230–231) esto grafica la ciudad apestada, la utopía de la ciudad perfectamente gobernada, visibilizando las distinciones entre lo sano, lo normal, de aquello que no lo es. Según él, esto facilita establecer mecanismos de vigilancia y control, por lo que es más fácil ejercer disciplina y encontrar obediencia, así como corregir a los anormales (FOUCAULT, Michel (1979). Microfísica del poder, Ediciones la Piqueta, España, p. 189).

39 Goffman describe cómo los individuos construyen expectativas de normalidad sobre los otros, expectativas que al verse defraudadas generan toda una gama de reacciones, sentimientos y nuevas expectativas, tanto en los sujetos estigmatizados como en los 'normales'. Goffman pone acento en el análisis del individuo (describiendo la forma en la que el estigma genera identidad o la forma en la que impacta emocionalmente en los sujetos), y deja claro que un análisis sociológico de la estigmatización va más allá de la descripción de las acciones vinculadas a la desacreditación de la persona; de ahí la importancia de investigar el lugar de los fenómenos de la estigmatización dentro de la estructura social e indagar cómo la estigmatización es posibilitada por juegos de expectativas y de roles dentro de la sociedad (GOFFMAN, Erving (2006). Op. Cit. p. 148-152.).

40 Cfr. FLORES GUADARRAMA, Cristian Alejandra (2016). La comunicación del TDAH en la organización escolar básica en México, Licenciatura en Sociología, Facultad de Ciencias Políticas y Sociales, UNAM, México.

41 LUHMANN, Niklas (2015). Op. Cit. pp. 61–68.

expectativas cotidianas.[42] y de no hacerlo, se expone a la sanción legal.[43]
Pensemos, por ejemplo, que incluso como enfermedad ni siquiera el drama de la muerte es natural, si por medios naturales entendemos algo que está totalmente fuera de control social, como lo demuestran los debates sobre la muerte asistida, la eutanasia, tratamientos extraordinarios, las posibilidades reales de intervención médica o la *soledad de los moribundos*.[44] Inclusive las personas que sufren de enfermedades incurables reclaman el derecho a rechazar medidas que prolongan la vida y al mismo tiempo demandan recibir atención paliativa,[45] lo cual solo se puede hacer con las herramientas puestas a disposición por la medicina o su equivalente. Si esto tiene que ver con la dominación o normativización del cuerpo, queda a las medicinas del 'alma' elaborar una respuesta.
Luego, huelga decir que los problemas relacionados con el sistema organizativo de la salud parecen surgir de otros factores y no exclusivamente del intento médico por *incorporar al campo de la medicina más aspectos de la vida cotidiana.* Por ejemplo, desde la centralidad que instala cada problema del sistema administrativo moderno (política), especialmente si se basa en los principios de bienestar, el problema de la hipertrofia de la organización, tanto desde el punto de vista burocrático real y desde los aspectos referidos a los costes de tratamiento (económico), o las reclamaciones de los ciudadanos sobre las posibilidades de tratamiento y no por último, el problema legal sobre el control y consumo de medicamentos y otros productos. Piénsese en el álgido debate sobre el consumo de marihuana y su uso terapéutico en la actualidad, el cual se centra precisamente en la forma de normar jurídicamente este problema y no en las preferencias o en lo que digan los médicos.
No se trata entonces de abordar tanto un choque de intereses o conflictos de dominación y *normativización de los cuerpos*, sino de un problema que se deriva de la autoaceleración en las expectativas de bienestar,[46] puesto que nadie duda de que ciertos valores, como la salud, son esenciales, pero el hecho es que no hay manera de contenerlos, lo cual tiene que ver precisamente con el riesgo que comporta la decisión de medicalizar, así como también los riesgos de la inflación de demandas de medicalización al sistema de la medicina de la sociedad.

2. Riesgo

Para Luhmann el concepto de riesgo operativamente se orienta a la posibilidad de daños futuros sobre la base de decisiones particulares, toda vez que las decisiones que se toman en el presente condicionan lo que acontecerá en el futuro, aunque no se sabe de qué modo deben ser tomadas sin tener una conciencia suficiente de lo que sucederá.
Es decir, en la sociedad moderna los riesgos son posibles daños atribuidos al sistema mismo producto de una decisión (toda decisión implica un riesgo, incluso el de no decidir cuándo se debe decidir), mientras que los peligros son posibles daños que se atribu-

42 Para el sistema de la medicina el valor positivo, que orienta y permite enlace con otras operaciones se encuentra en la enfermedad, mientras que el lado de la salud permite la reflexión sobre lo que falta cuando alguien está enfermo (LUHMANN, Niklas (2015). Op. Cit. pp. 70-74, 94, 134).

43 Los procesos de medicalización cuanto de desmedicalización ocurren simultáneamente, tal que quizás resulte más adecuado considerarla como una expectativa no solo normativa sino cognitiva. Luego, normativamente la atención de los derechos de los pacientes o su violación puede generar dificultades legales a los médicos, pero ello va a depender de la forma en la cual están estructurado los programas del derecho en ese contexto. Normativamente esto implica –además– la protección jurídica de los derechos fundamentales en el procedimiento de decisión para ámbitos en los cuales el resultado no puede ser previsto. Derechos fundamentales que no solamente refieren derechos subjetivos de defensa del individuo frente la Estado, sino que simultáneamente forman parte de principios objetivos estabilizados en las medidas legislativas que orientan e informar el ordenamiento jurídico y la aplicación operativa de la ley (Cfr. GRIMM, Dieter (2006). Constitucionalismo y derechos fundamentales, Editorial Trotta, España. FERRAJOLI, Luigi (2011). ¿Democracia sin Estado?, http://www.rebelion.org/noticia.php?id=121400 (31 de enero); sobre todo en el caso de la medicina con las tecnologías genéticas, células madre, las máquinas utilizadas para el diagnóstico y el tratamiento e incluso con la muerte asistida.

44 Cfr. ELIAS, Norbert (1987). La soledad de los moribundos, Fondo de cultura Económica, México.

45 LUHMANN, Niklas (2015). Op. Cit.

46 LUHMANN, Niklas (2002). El derecho de la sociedad, Universidad Iberoamericana, México.

yen al entorno.[47] El problema reside en que una decisión (con expectativas de disminuir el peligro y aumentar el riesgo) es siempre peligrosa en tanto se crean posibilidades (y expectativas) que de nuevo son incontrolables. Se puede entonces sostener que las decisiones transforman los riesgos del que decide en peligro para otros.[48]

Es claro que en la *modernidad de la sociedad moderna*,[49] los factores de riesgo se ubican en el universo de la probabilidad, porque una diferencia radical de la modernidad reside en la forma en que se construye el futuro sobre la base del reconocimiento de la contingencia y no solo determinado por la necesidad.[50] Lo anterior presupone reconocer también que todo desarrollo científico, así como su aplicación técnica, abren un horizonte de posibilidades y ambivalencias toda vez que la toma de decisión, para enfrentar/resolver un problema, termina generando nuevas problemáticas, nuevas soluciones y –de nuevo– otros problemas e incertidumbres/riesgo por las decisiones adoptadas. Si el futuro se construye siempre de manera multidimensional, en la incertidumbre de la imprevisibilidad, se generan expectativas lo cual presupone además que cada vez somos más conscientes de los riesgos que entraña toda nueva innovación científica o técnica, lo cual nos obliga considerar sus posibles consecuencias antes –y después– de que se produzcan.

¿Cómo entonces –en el sistema de la medicina– se decide qué compresión de racionalidad, de técnica, de futuro y tiempo están presupuestos cuando se habla de riesgo en la sociedad moderna?

Si bien el problema del riesgo no atañe a las organizaciones médicas de manera directa, está acoplado a la forma en que la salud y la enfermedad son tratadas en las comunicaciones científicas, políticas y en el ámbito de la opinión pública. Precisamente, por ello Luhmann[51] pone de relieve la importancia del papel de la medicina en la sociedad y la codificación médica, lo cual posibilita centrarse en el sistema médico como un sistema de comunicación que comprende a los médicos (y en general de personal de salud) y los pacientes sobre sus aspectos estructurales (enfermedad/salud) y su manera de tratar con demandas o reclamos individuales.

Al observar el sistema de la medicina (salud/enfermedad) deviene entonces inevitable distinguir las diferentes causas y especialmente los métodos para asignar las diferentes responsabilidades, las motivaciones y los riegos de la salud que denotan la selección de tal o cual intervención médica o de la decisión particular del usuario (automedicalización). Lo anterior nos obliga a superar el supuesto de que la medicina es una ciencia y reconocer entonces que, si bien la ciencia y la medicina operan ofreciéndose mutuas prestaciones, de ello no se puede colegir que la ciencia y la medicina funcionen como una sola, pues junto con las posibles 'certidumbres' que nos proporcionan, el conocimiento científico opera y se orienta en función de la verdad/no verdad científica y no en función de la salud o enfermedad del usuario.[52]

Que el sistema de la salud hace uso de los resultados de las diferentes disciplinas del

47 Cfr. LUHMANN, Niklas (1992). Sociología del riesgo, Universidad Iberoamericana/universidad de Guadalajara, Editores, México. pp. 59, 65.

48 Cfr. LUHMANN, Niklas (1992). Op. Cit. LUHMANN, Niklas (1996). La ciencia de la sociedad, Anthropos–Universidad Iberoamericana Editores, México, p. 466, LUHMANN, Niklas (2015). Op. Cit..

49 LUHMANN, Niklas (1998). Complejidad y modernidad. De la Unidad a la diferencia, Editorial Trotta, España. p. 131.

50 Cfr. LUHMANN, Niklas (1992). Op. Cit. LUHMANN, Niklas (2007). Op. Cit.

51 LUHMANN, Niklas (2015). Op. Cit..

52 La medicina, como cualquier sistema social, opera a través de un código comunicativo. Los valores de un código (tener/no tener, salud/enfermedad, verdad científica/no verdad científica, legal/no legal) no son descripciones de la realidad, son únicamente indicaciones que guían la comunicación del sistema, reelaborando observaciones precedentes y anticipando posibilidades futuras. En consecuencia, en el caso de la medicina, cada intervención, cada diagnóstico, pronóstico, terapia, así como todos los hallazgos de patologías solo tienen sentido en la enorme red de comunicaciones orientada por la función específica del subsistema médico: salud/enfermedad; precisamente, solo la distinción entre los enfermos y los sanos define el campo de comunicación específico del médico y sus pacientes. Esto permite también reconocer, amén de la fuerte referencia a la ciencia que poco a poco la medicina adoptó, la idea de que siempre es posible intervenir, que lo hacemos con las correlaciones causales o regularidades estadísticas: que no hay curso u orden natural de las cosas. Cfr. LUHMANN, Niklas (2007). Op. Cit. LUHMANN, Niklas (2015). Op. Cit.

sistema científico, está fuera de discusión, pero eso presupone precisamente que es un sistema autónomo y que su función es completamente diferente al sistema de la ciencia de la sociedad. Recordemos que el conocimiento médico se produce en vista de la identificación y construcción de enfermedades y de su tratamiento, y que la urgencia del cuerpo enfermo no tiene equivalente en otros sistemas. Es solo allí en donde se construye y decide todo lo que llamamos medicina.[53]

Asumir tal operatividad tiene por resultado una permanente reconstrucción de la realidad basada en el grado de riesgo no sólo de situaciones excepcionales (peligros) como tampoco mediante la extensión ilimitada de su jurisdicción en busca de seguridad o a través de la inflación de demandas al sistema de salud, porque el solo reclamo y la idea de seguridad no tiene plausibilidad empíricamente correlacionada, y menos aún la pretensión permanente de trasformar todos los problemas en un problema de la medicina.[54]

Contrariamente entonces a la idea de seguridad se debe **problematizar** el **problema** de cómo construir diferentes formas de incertidumbre, es decir riesgo, y de cuáles son sus límites sobre la base de las condiciones de posibilidad y estructuras sociales disponibles con las que se pueda operar. Ciertamente con ello se generan no solo nuevos problemas al sistema de la medicina, sino también problemas al sistema del derecho, de la política, de la economía, de la educación y la ciencia, sumado al continuo incremento de los reclamos de los usuarios sobre el rendimiento de la medicina, la percepción de enfermedades y el abuso tanto del incremento en la prescripción cuanto del autoconsumo medicamentos.

La constatación del riesgo como una característica común a cualquier decisión, también da cuenta de que todas las formas de incertidumbre se internalizan, en el sentido de que no pueda ser notificada como si fueran perspectivas totalmente independientes de los procesos de formulación y demandas de políticas de bienestar y salud.[55] Entonces, la necesidad de construir constelaciones de asignación debe orientar la investigación constante y en muchas formas paroxísticas de los llamados 'factores de riesgo' y la indexación de todas las causas posibles de las enfermedades.[56]

Por lo tanto, en el sistema de la medicina, como en cualquier otro sistema, operativamente se trata más bien de elegir que riesgos tomar así como el tener en cuenta las demandas, protestas y reclamaciones de cualquier tipo, que también siempre inevitablemente surgirán desde el mismo sistema o de su entorno, lo cual obliga a reconocer que la incertidumbre en los procesos de toma de decisiones es consustancial al proceso evolutivo de la sociedad y no solo a la medicina moderna o al un conjunto normativo de emociones, ideas y creencias colectivas de dominación.

3. Demandas al sistema de la medicina

En el proceso evolutivo de la sociedad las incertidumbres y las expectativas también evolucionan, lo cual obliga a caracterizar la sociedad moderna como una sociedad que está diferenciada en sistemas de funciones.

Como se ha indicado, el fundamento que subyace a la teoría general de los sistemas sociales es que la comunicación es la única operación que es capaz de crear un sentido en el funcionamiento del sistema diferenciado. Ciertamente, en el sistema de la medicina si bien el médico necesita los cuerpos para comunicarse sobre los cuerpos,[57] la opera-

53 LUHMANN, Niklas (2015). Op. Cit.

54 BARALDI, Claudio (2015). Op. Cit. LUHMANN, Niklas (2015). Op. Cit.

55 Más aún cuando no se puede encontrar recetas que contenten a todos los observadores (CORSI, Giancarlo (2015). Op. Cit.) o cuando las 'medicinas del alma' develan su patética inoperatividad orgánica (NEXUS (2014). Cuaderno de notas. Manuscrito no publicado).

56 Cfr. LUHMANN, Niklas (2015). Op. Cit.

57 La función del sistema de la medicina está orientada hacia el entorno (cuerpos) (LUHMANN, Niklas (2015). Op. Cit.). Parsons señaló que la salud casi por definición, está dentro de las necesidades funcionales del miembro individual de la sociedad, hasta el extremo de que, desde el punto de vista del funcionamiento del sistema social, un nivel general demasiado bajo de salud (o un nivel demasiado alto de enfermedad) es disfuncional. Esto se debe a

ción de la comunicación es la única que puede reproducir la medicina como un sistema social.

Además, si en el sistema de la medicina la codificación enfermo/sano persiste como la base de lo que determina su existencia y función, así como la generación de expectativas, esto no clausura el problema de reconocer que la expectativa sobre la autoridad del médico –característica fundamental de la medicina– no solo ha cambiado sino que está desapareciendo mientras las demandas dirigidas al sistema de la medicina están continuamente aumentado. Un largo proceso evolutivo en el curso del cual las expectativas de vida se han alargado considerablemente, junto a la información y el uso y consumo de medicamentos,[58] lo cual también modifica e incrementa las incertidumbres y miedo no solo frente a la enfermedad sino también a la forma en la cual se vive en la actualidad. Así, conforme la sociedad moderna se enorgullece de sus conquistas evolutivas, se debilita la confianza sobre los avances médicos, y también sobre los mismos avances científico-tecnológicos los cuales ya no representan una fuente segura de progreso.[59]

De ahí la importancia de considerar que en el proceso evolutivo de la sociedad, la *inflación de demandas* –como señala Luhmann– constituye no solo un problema de la medicina sino más bien de la generalización progresiva de reivindicaciones de la misma sociedad sobre la sociedad, lo cual tiene consecuencias estructurales en sus diversos sistemas. Por un lado y con el aumento de las reivindicaciones, se construyen también nuevas expectativas (normativas y cognitivas), y si bien en la actualidad parte de las enfermedades se siguen atribuyendo a factores 'naturales', entendidos como factores de peligro que no dependen de los comportamientos o estilos de vida específicos; otra cosa es el daño causado específicamente por ellos.[60] Por otro, este incremento de demandas frente a los nuevos peligros generados por los cambios en los estilos de vida (alimentación, consumo de fármacos o drogas, tabaquismo) origina nuevas fórmulas comunicativas de 'confianza' no solo hacia el sistema de la medicina, sino también en el sistema económico y político (por ejemplo, políticas públicas de prevención de la obesidad) o en el sistema del derecho (con las nuevas normativas para asegurar nuevos derechos y la cautela de los pacientes: muerte digna).

Estas demandas y reclamos se ven reforzadas por el hecho de que cada vez más los usuarios tienen conocimientos médicos y se informan constantemente sobre el autocuidado a través de Internet.[61] Por ejemplo, se crean las condiciones para prolongar las expectativas de vida, pero al mismo tiempo se reclama por las condiciones de ésta. A nivel de la tecnología las ventajas son cada día más sorprendentes, pero al mismo tiempo paralelamente se reclama por sus efectos secundarios.

Precisamente, esta inflación de demandas, que acrecienta la incertidumbre y el riesgo, evidencia que la crisis de expectativas no solo está orientada hacia el sistema de la medicina, sino que además se emplaza hacia otros sistemas de la sociedad (derecho, educativo, económico, político), orientando su aprendizaje y evolución,[62] en tanto y cuanto presupuesto para tomar decisiones y construir soluciones condicionales y contingentes.

Conclusiones

que, en primera instancia, la enfermedad incapacita para desempeñar efectivamente los roles sociales. Desde luego, es posible que esta presencia de la enfermedad fuera absolutamente incontrolable por la acción social, como una acción dada independiente de la vida social. Pero en la medida en que sea controlable, mediante una acción racional o de otra manera, es claro que hay un interés funcional en la sociedad en su control: en general, en reducir al mínimo la enfermedad (PARSONS, Talcott (1999). El sistema social, Alianza Editorial, España. p. 276).

58 LUHMANN, Niklas (2015). Op. Cit. p. 91. Cambio que puede ser observado en el plano de la semántica.

59 Quizás todo lo contrario, representan más bien una fuente del incremento y generación del riesgo (CORSI, Giancarlo (2015). Op. Cit. BARALDI, Claudio (2015). Op. Cit. LUHMANN (1992). Op. Cit. LUHMANN, Niklas (2015). Op. Cit.

60 CORSI, Giancarlo (2015). Op. Cit.

61 BARALDI, Claudio (2015). Op. Cit.

62 CORSI, Giancarlo (1998). Sistemi che apprendono, Pensa Editore, Italia.

Si bien en la actualidad no hay nada que posiblemente no quiera asociarse a alguna enfermedad, solo la distinción entre enfermo y sano define el ámbito comunicativo específico del sistema de la medicina.[63] Sin embargo, resulta sumamente interesante que, pese a reconocer esto se siga reflexionando sobre la base teórica de una estructura social trascendental que orienta la prescripción. Pensemos, por ejemplo, en esta especie de normalidad de la 'patologización' de la realidad (sustentada en el discurso de la medicalización),[64] la cual se ha ampliado a tal punto que muy probablemente no tiene ningún efecto sobre la conducta de la vida, salvo aumentar la incertidumbre, el miedo y las consecuentes patologías, olvidando –incluso la sociología– que si se quiere entender lo que significa la enfermedad se debe observar al médico, no al paciente.[65]

Además, si las categorías y conceptos no son más que constructos del propio sistema para describir su entorno, esto tiene fuertes implicaciones en la observación y análisis de la sociedad moderna la cual, abandonada a sí misma, se enfrenta continuamente a las probabilidades estructurales adquiridas y estabilizadas en el proceso evolutivo.[66] Esto obliga a las ciencias sociales a abandonar su carácter prescriptivo[67] y observar que en la actualidad la clave para analizar estos problemas se encuentra en la forma de diferenciación funcional de la sociedad. Una vez que los sistemas funcionales de la sociedad moderna se han diferenciado no pueden apelar a otra cosa que no sea un mayor rendimiento de su función, con lo cual se generan expectativas de mejora ilimitada a pesar de que dicha mejora no sea operativamente posible. Esto constituye precisamente uno de los problemas más difíciles de afrontar en la modernidad de la sociedad moderna.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

• ACKERKNECHT, Erwin. H. (1967). Medicine in the Paris Hospital, 1794-1848, The John Hopkins Press, Baltimore, USA.

• ADORNO, Theodor (2008). Dialéctica Negativa. La jerga de la autenticidad, Akal, España.

• AGGLETON, Peter y Richard PARKER (2002), Estigma y discriminación relacionados con el VIH/SIDA. Un marco conceptual e implicaciones para la acción, El Colegio de México, México.

• ARMSTRONG, David (1995). "The rise of Surveillance Medicine", Sociology of Health & Illness, Vol. 17, No. 3, pp. 393-404.

• BARALDI, Claudio (2015). "Teoria dei sistemi sociali e forme dell'interazione medico-paziente", en CORSI, Giancarlo. Salute e malattia nella teoria dei sistemi. A partire da Niklas Luhmann, Milano, Franco Angeli, pp. 83-120.

• BOBBIO, Norberto (1992). A era dos dereitos, Editora Campus, Rio de Janeiro, Brasil.

• CONRAD, Peter (1992). "Medicalization and Social Control", Annual Review of Sociology, Nº 18, pp. 209-232.

• CONRAD, Peter (2005). "The Shifting Engines of Medicalization", Journal of Health

63 Porque y como señala Luhmann (2015). Op. Cit. p. 76) la política no puede curar, no se sana pagando.

64 La selectividad con la cual opera la comunicación con respecto a los sistemas de conciencia, en el ámbito en los que se exige que la comunicación exprese aquello que piensan, perciben y sienten los sistemas psíquicos, instala exactamente el problema de las patologías.

65 De igual forma, si se quiere observar las decisiones políticas colectivamente vinculantes, se debe observar al gobierno, no a la oposición.

66 ZAMORANO FARÍAS, Raúl y Sandra Regina MARTINI (2017). "Prólogo", en LUHMANN, Niklas Sistema da Saúde e o corpo na Teoria Geral dos Sistemas Sociais, Livraria do Advogado, Porto Alegre, Brasil, pp. 5-11.

67 Cfr. AGGLETON, Peter y Richard PARKER (2002). Estigma y discriminación relacionados con el VIH/SIDA. Un marco conceptual e implicaciones para la acción, El Colegio de México, México

and Social Behavior, Vol. 46, Nº 1, pp. 3-14.
• CONRAD, Peter (2007). The Medicalization of Society . On the Transformation of Humans Conditions into Treatable Disorders, The Johns Hopkins University Press, Baltimore.
• CONRAD, Peter & BARKER, Kristin (2010). "The Social Construction of Illness: Key Insights and Policy Implications", Journal of Health and Social Behavior Vol 51, N. 1, pp. 67-79.
• CONRAD, Peter y LEITER, Valerie (2004). Medicalization, Markets and Consumers, Journal of Health and Social Behavior 45 , EUA, pp. 158-176.
• CORSI, Giancarlo (1998). Sistemi che apprendono, Pensa Editore, Italia.
• CORSI, Giancarlo (2015): "Introduzione. Malattia e salute: il contributo della teoria dei sistemi" en Salute e malattia nella teoria dei sistemi. A partire da Niklas Luhmann, Milano, Franco Angeli, pp. 9-39.
• DOUGLAS, Mary (1976). Pureza e Perigo, Editora Perspectiva, São Paulo, Brasil.
• ELIAS, Norbert (1987). La soledad de los moribundos, Fondo de cultura Económica, México.
• FERRAJOLI, Luigi (2011). ¿Democracia sin Estado?, http://www.rebelion.org/noticia.php?id=121400 (31 de enero).
• FLORES GUADARRAMA, Cristian Alejandra (2016). La comunicación del TDAH en la organización escolar básica en México, Licenciatura en Sociología, Facultad de Ciencias Políticas y Sociales, UNAM, México.
• FOUCAULT, Michel (1974). "Historia de la medicalización", Educación médica y salud Vol. 11, No. 1 (1977), publicación editada por la Oficina Sanitaria Panamericana 525, Washington, EUA.
• FOUCAULT, Michel (1979). Microfísica del poder, Ediciones la Piqueta, España.
• FOUCAULT, Michel (1996). Vigilar y Castigar, Editorial Siglo XXI, México.
• GADAMER, Hans-Goerg (2001). El estado oculto de la salud, Gedisa Editorial, España.
• GOFFMAN, Erving (1977). "La locura del 'puesto'", en BASAGLIA Franco y Franca BASAGLIA ONGARO (Edit.). Los crímenes de la paz. Investigación sobre los intelectuales y los técnicos como servidores de la opresión, Siglo XXI, México, pp. 257-307.
• GOFFMAN, Erving (2006). Estigma. La identidad deteriorada. Amorrortu Editores, Argentina.
• GRIMM, Dieter (2006). Constitucionalismo y derechos fundamentales, Editorial Trotta, España.
• HERNÁNDEZ DUARTE, Rubén (2016). "Entre la probabilidad y la sospecha: perspectivas legas medicalizadas frente al riesgo a la enfermedad en jóvenes universitarios de la CDMX", en MURGIA, Adriana et al (Coord.) La medicina en expansión. Acercamientos a la medicalización en México, La Biblioteca Editores, México, pp. 63-82.
• HERNÁNDEZ GARCÍA, Karla (2015). La construcción epistemológica del SIDA en la ciencia, Licenciatura en Sociología, Facultad de Ciencias Políticas y Sociales, UNAM, México.
• LUHMANN, Niklas (1992). Sociología del riesgo, Universidad Iberoamericana/universidad de Guadalajara Editores, México.
• LUHMANN, Niklas (1996). La ciencia de la sociedad, Anthropos–Universidad Iberoamericana Editores, México.
• LUHMANN, Niklas (1998). Complejidad y modernidad. De la Unidad a la diferencia, Editorial Trotta, España.
• LUHMANN, Niklas (2002). El derecho de la sociedad, Universidad Iberoamericana, México.
• LUHMANN, Niklas (2007). La sociedad de la sociedad, Herder Editores, México.
• LUHMANN, Niklas (2010). Organización y decisión, Herder Editores, México.
• LUHMANN, Niklas (2015). Comunicaciones y cuerpo en la teoría general de los sistemas sociales, La Biblioteca Editores, México.
• MEDÍN Joaquín y EDWIN Núñez (2000). Pseudociencia y cultura de masas, Parte I: "Naturaleza y relevancia de la pseudociencia", Revista Milenio, Vol. 4, Puerto Rico, pp. 9-32.
• NEXUS (2014). Cuaderno de notas. Manuscrito no publicado.
• PARSONS, Talcott (1999). El sistema social, Alianza Editorial, España.
• POITRAS, Geoffrey (2012). Medical Ethics and Economic Medicalization", Contempo-

rary Issues in Bioethics, Canada, pp. 51-68.
• POITRAS, Geoffrey & LINDSAY, Meredith (2008). Ethical Transparency and Economic Medicalization, Journal of Business Ethics 86 (3), pp. 313-325.
• TURNER, Bryan S. (2000). "The History of the Changing Concepts of Health and Illness: Outline of a General Model of Illness Categories", Albrecht, G. L.; Fitzpatrick, R.; Scrimshaw, S. (Ed.) Handbook of Social Studies in Health and Medicine, Sage, London UK.
• WILLIAMS, S. & CALNAN, M. (1996). "The Limits of Medicalization: Moderne Medicine and Lay Populance in Late Modernity", Social Science & Medicine, Nº 42, pp. 1609-1620.
• ZAMORANO FARÍAS, Raúl (2004). La democrazia dei postmoderni e i suoi gesti allegorici, Biblioteca Pensa Multimedia, Italia.
• ZAMORANO FARÍAS, Raúl y Sandra Regina MARTINI (2017). "Prólogo", en LUHMANN, Niklas Sistema da Saúde e o corpo na Teoria Geral dos Sistemas Sociais, Livraria do Advogado, Brasil, pp. 5-11.

DERECHO, SALUD Y POLÍTICAS PÚBLICAS. VACUNACIÓN, POSTURAS A FAVOR Y EN CONTRA

RIGHT, HEALTH AND PUBLIC POLICIES. VACCINATION. POSITIONS FOR AND AGAINST

María Yanina Gázquez[1]

Fecha de recepción: 14/08/2019
Fecha de aceptación: 01/10/2019

RESUMEN:
El siguiente artículo tiene por objeto analizar la vacunación y la puja que existe entre las políticas de salud pública (derecho a la salud) y el derecho a la autodeterminación, para así determinar qué bien jurídico prevalece, si el bien social o el individual, con base en el análisis de doctrina y jurisprudencia nacional.

ABSTRACT:
The following article aims to analyze vaccination, and the bid that exists between public health policies and the right to self-determination, in order to determine which legal good prevails, whether the social or individual good, based on doctrine analysis and national jurisprudence.

PALABRAS CLAVE: Derecho a la salud.; Políticas públicas de vacunación; Derecho a la autodeterminación.

KEY WORDS: Right to health; Public vaccination policies; Right to self determination.

I. Introducción

El presente trabajo tiene como objetivo mencionar cuales son los derechos que se encuentran en tensión en materia de vacunación: el derecho a la libertad de vacunación (autodeterminación) y el derecho a la salud. Para ello haremos una breve mención de la

1 Abogada (UNC), Escribana (UES21), Especialista en Derecho Laboral - Cohorte 2015/2016 (UNC). Se desempeña profesionalmente en la Secretaría 16 de la Sala Octava del Trabajo, del Poder Judicial de la Provincia de Córdoba. Adscripta de las Cátedras de Derecho Público Provincial y Municipal Y de Derecho Administrativo (UNC). Mail: yanigazquez@hotmail.com – ORCID iD: https://orcid.org/0000-0003-3191-916X.

historia de la vacunación, los movimientos antivacunas, la legislación vigente en Argentina así cómo casos de jurisprudencia respecto a esta temática a los fines de ver cuál de ellos prevalece.

II. Vertientes del derecho a la salud en materia de vacunación

El derecho a la salud tiene dos vertientes: la curación y la prevención. En cuanto a la primera, la ley 26.529 de derechos del paciente establece que éste tiene derecho a ser atendido, informado sobre su dolencia y a decidir sobre la proyección de la enfermedad y las distintas alternativas científicas adecuadas a su estado de salud y los medios e instrumentos con que cuenta el profesional. En cuanto a la prevención, la actividad sanitaria tiene un impacto directo en la salud pública. Como ejemplos podemos mencionar las campañas de prevención, programas de vacunación, información e higiene, que el Estado debe emprender masivamente sobre toda la población y con mayor énfasis en áreas críticas de prevalencia de determinadas enfermedades. Es este uno de los objetivos primordiales del Estado, el de reducir o erradicar los contagios, conforme el mandato constitucional. Si del desempeño de su función se causa un daño a alguno de sus habitantes, cualquiera sea su naturaleza o probabilidad estadística, debe asumir su reparación.

En nuestro sistema constitucional, anterior a la última reforma, el derecho a la salud recibía protección a partir de su reconocimiento como "derecho implícito o no enumerado" conforme lo prescripto por el art. 33 CN. La reforma constitucional del año 1994 introdujo un nuevo capítulo a la parte dogmática titulado "Nuevos derechos y garantías", en el cual se reconoce expresamente la protección de su salud (conf. art. 42, primera parte, CN). En la parte orgánica, (art. 75, inc. 22), se reconocen los tratados de Derechos Humanos que conforman el llamado "bloque de constitucionalidad federal", los cuales "tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos", en los cuales se reconoce este derecho. Es más, la Corte en el precedente "Asociación Benghalensis" refería: "a partir de la reforma constitucional de 1994, el derecho a la salud se encuentra expresamente reconocido con jerarquía constitucional en el art. 75, inc. 22"[2]. La Convención Americana sobre Derechos Humanos, en su art. 26, con el título "Desarrollo Progresivo", establece: *"Los Estados Partes se comprometen a adoptar providencias, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, especialmente económica y técnica, para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires, en la medida de los recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados"*.

El derecho a la autodeterminación, en estrecha relación con el derecho a la salud, deriva del artículo 19 de la Constitución. Las democracias constitucionales limitan de algún modo el poder del Estado sobre el individuo; establecen un ámbito de autonomía como no interferencia o libertad negativa. En materia de salud consideramos que esta autonomía se materializa en el derecho del paciente a recibir información médica y a expresar su consentimiento informado en materia de tratamientos médicos. Dicho consentimiento se ha definido como *"la manifestación de voluntad efectuada por el paciente a los fines de autorizar y/o rechazar libremente una práctica médica luego de recibir información adecuada en relación a su estado de salud, los tratamientos a realizar sobre su*

2 Fallos 323:1339; consids. 9º y 10 del voto de los Dres. Eduardo Moliné O'Connor y Antonio Boggiano.

cuerpo, las alternativas a dicho tratamiento (si existiese), y los beneficios y riesgos de someterse al mismo".[3]
Cuando hablamos de vacunación encontramos que existen derechos en aparente contradicción. Por un lado el derecho a la libertad de vacunación (autodeterminación) y el derecho a la salud. Ante esto nos preguntamos: ¿Cuál debe prevalecer?

III. Definición y función de las vacunas

La vacunación es una de las herramientas más importantes con las que cuenta el Estado en el diseño de las políticas públicas para el cumplimiento de su obligación de garantizar el derecho a la salud de los habitantes. Sus ventajas residen en la erradicación de enfermedades infectocontagiosas y en asegurar el acceso equitativo de la población a este instrumento de prevención. Entre sus desventajas se encuentran las contraindicaciones permanentes y las contraindicaciones temporales. Entre las primeras podemos mencionar a modo ejemplificativo, la reacción alérgica grave (anafiláctica) a una dosis previa de vacuna o a alguno de sus componentes y la hipersensibilidad o reacción alérgica grave a algún componente de la vacuna. Entre las segundas mencionamos los casos de embarazos, inmunodeficiencia y enfermedad aguda en los cuales las vacunas de virus vivos generan el riesgo potencial de provocar lesiones permanentes o agravar aún más el cuadro clínico.

Según la Organización Mundial de la Salud (OMS), se entiende por vacuna[4] cualquier preparación destinada a generar inmunidad contra una enfermedad, al estimular la producción de anticuerpos. Puede tratarse de una suspensión de microorganismos muertos o atenuados, o de productos o derivados de microorganismos. El método más habitual para administrar las vacunas es la inyección, aunque algunas se administran con un vaporizador nasal u oral. Así, la vacunación es una medida consistente en la administración de un preparado con el objetivo de evitar la aparición de las enfermedades, habitualmente infecciosas, causadas por el microorganismo frente al que se vacuna; por ello, la persona vacunada está inmunizada frente a ese microorganismo concreto.
Por su parte, en la región americana, la Organización Panamericana de la Salud se encuentra desarrollando el "Plan de Acción sobre Inmunización para la Región de las Américas (RIAP) 2015-2020". Su objetivo fundamental es cooperar con los países para la adopción de metas, estrategias y actividades comunes, así como facilitar el diálogo, fomentar la sinergia con los asociados y continuar fortaleciendo los programas nacionales de vacunación de la región. Para alcanzar las expectativas, se tuvo en cuenta que se deberá hacer frente a retos como: a) asegurar el acceso universal a las vacunas; b) hacer frente a la presión de los grupos llamados antivacunas; c) abordar el costo elevado de las nuevas vacunas, que constituye una barrera para el acceso equitativo; d) mantener la inmunización como una alta prioridad política, reflejada en la asignación sostenida de recursos nacionales, y e) administrar el creciente número de asociados interesados en la inmunización, entre otros aspectos. Si bien la inmunización y prevención de enfermedades a través de las vacunas fue ampliamente consensuada por la mayoría de los Estados, que han incorporado sistemáticamente, tanto en su legislación interna como en la adopción de políticas públicas, planes de obligatoriedad de vacunación con base en parámetros internacionales, con el avance de las nuevas tecnologías las personas tienen

3 BANCOFF, Pedro (2015): El consentimiento informado en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación y su relación con la ley 26.529. Revista de Responsabilidad Civil y Seguros, nro. 5, Ed. La Ley, año XVII, p. 25.

4 Organización mundial de la salud. Vacunas (www.who.int/topics/vaccines/es/) (Fecha de consulta: 18 de agosto de 2019).

mayor disponibilidad de información respecto de todas las disciplinas y ámbitos, la que muchas veces pregona un origen científico, aunque sin conocerse su procedencia ni su respaldo académico.
Si bien la aplicación de vacunas fue mayoritariamente bien recibida, siguen generando resistencia en ciertos sectores de la población (activistas de derechos humanos, científicos y científicas, profesionales de la salud y progenitores) que se niegan a ser vacunados o a vacunar a sus hijos, generando conflictos que desembocan en planteos legales. Entre los motivos que advertimos se encuentran los interrogantes sin respuestas respecto de las lesiones causadas por vacunas, la necesidad de programas de vacunación obligatoria y la falta de responsabilidad de la industria farmacéutica.

IV. Historia de la vacunación

La historia de las vacunas se remonta a la antigua China, donde escritos del siglo XI hacen referencia a una forma primitiva de vacunación, conocida como "variolización", que es la inoculación del pus de la viruela para provocar esta enfermedad en una forma atenuada e inmunizar así al paciente. Esta práctica no estaba exenta de riesgos, pues un cierto número de vacunados contraían la viruela en una forma grave y morían. La variolización fue introducida en Europa (en Gran Bretaña) en 1721. Sin embargo, la primera vacuna, concretamente contra la viruela, fue descubierta por Jenner, un médico rural inglés que en 1796 llevó a cabo su experimento de inmunización con linfa de una forma de viruela propia de las vacas (de ahí el nombre de vacuna). Gestó la idea tras escuchar a una granjera de su pueblo afirmar que ella no contraería la "viruela mala" porque ya había contraído "la de las vacas", dado que la viruela de las vacas era una enfermedad que producía una erupción en sus ubres, y los ordeñadores de las vacas podían contraer esta enfermedad, la cual les protegía frente a la viruela de los humanos. Jenner, estudió durante veinte años este fenómeno y la forma de desarrollar el método de inmunización, que culminó con la creación de su vacuna.
Posteriormente, Louis Pasteur dio un gran paso adelante en la historia de las vacunas, al demostrar que al administrar una forma debilitada o atenuada del microorganismo que produce la infección se consiguen unas defensas más puras que introduciendo un germen productor de otra enfermedad similar a la que se quiere prevenir. ÉL desarrolló la vacuna contra el cólera de las aves y contra el carbunco, aplicando su descubrimiento sobre la atenuación. En 1885 administró la vacuna de la rabia a un niño de nueve años de edad; este experimento fue muy censurado porque suponía la introducción deliberada de un microorganismo mortal en el cuerpo humano, aunque se trataba de un microorganismo debilitado tratado de forma conveniente en su laboratorio, y el éxito del experimento fue rotundo.
A finales del siglo XIX se registró el desarrollo de vacunas de microorganismos muertos frente al tifus, el cólera y la peste; luego se desarrolló la inactivación química de toxinas, consiguiéndose así los primeros toxoides: tétanos y difteria. La vacuna contra la tuberculosis se desarrolló en 1909. Otras vacunas desarrolladas en este período fueron la vacuna contra la fiebre amarilla (1935) y la vacuna contra el virus influenza A (1936).
La edad de oro de la vacunación comenzó en 1949. Después de la vacuna contra la poliomielitis se desarrollaron vacunas frente al sarampión, la parotiditis y la rubéola. La vacuna contra la varicela se creó en la década de los '70 en Japón. Otra de las vacunas de microorganismos vivos introducidas en esa época fue la vacuna antitifoidea, y se avanzó también en el desarrollo de las vacunas inactivadas frente a la poliomielitis, la rabia, la encefalitis japonesa y la hepatitis A.

Durante las décadas de 1970 y 1980 se introdujeron las vacunas formuladas con proteínas purificadas o polisacáridos capsulares, que ya no aportaban células o microorganismos completos, sino una pequeña parte de aquéllos, suficiente para crear una respuesta defensiva frente a la enfermedad. Ejemplos de ellas son la vacuna antimeningocócica, la vacuna antineumocócica y la primera generación de vacunas frente al Haemophilus influenzae tipo B. Posteriormente se inició la era de las vacunas conjugadas, y más adelante el uso de la ingeniería genética para la formulación de vacunas ADN recombinantes, como la de la hepatitis B, autorizada en 1986. Actualmente se continúa investigando para crear nuevas vacunas para viejas o nuevas enfermedades, como es el caso del sida. Quienes están a favor de la vacunación se enrolan en la teoría "Herd Inmunity" o "inmunidad comunitaria o colectiva", un tipo de inmunidad que se produce cuando se vacuna a una parte de la población brindando protección a los individuos no vacunados. Según esta teoría, en las enfermedades transmisibles de persona a persona, se torna más difícil mantener una cadena de infección cuando una gran parte de la población es inmune. Así, cuanto mayor es la proporción de individuos inmunes, menor es la probabilidad de que una persona susceptible entre en contacto con un individuo infectado. Ello significa que hay aquí un derecho colectivo, esto es, la salud de la comunidad que excedería el interés individual.

Nos preguntamos: ¿No vacunarse implica siempre un daño a la salud colectiva o se trata sólo de un riesgo potencial? Consideramos que no vacunarse no siempre implica un daño a la salud pública y a los derechos de terceros pero si genera un riesgo potencial de daño. Basándonos en la función preventiva del Código Civil y Comercial (art. 1710), sostenemos que se debe priorizar el deber de no dañar, motivo por el cual se deben extremar los recaudos para evitar daños a los demás, especialmente el Estado a través de los programas de salud pública. La salud no sólo beneficia al individuo sino también a la sociedad. La enfermedad gravita sobre la vida económica y social, debido a que reduce la productividad de las personas. La baja producción proporciona salarios insuficientes que derivan en nutrición deficiente y, por ende, en bajo nivel de vida que, en la mayoría de los casos, provoca enfermedad. A su vez, la enfermedad necesita atención e inversión de grandes sumas de dinero que el Estado podría destinar a la medicina preventiva. "Se crea de tal modo un círculo vicioso, llamado círculo económico de la enfermedad que alerta sobre las consecuencias de un bajo nivel de vida y la íntima relación de la salud con el desarrollo socioeconómico. Por eso es que el individuo saludable contribuye al crecimiento económico y al desarrollo social de la sociedad en la que está inmerso. De ahí que el interés individual vaya muy unido al interés social.

V. Legislación nacional en materia de vacunación

Como mencionamos ut-supra, en principio nadie puede ser obligado a someterse a un tratamiento o examen médico, atento a que rige el consentimiento informado del paciente, el que incluso tiene recepción en artículo 59 del Código Civil y Comercial. Consideramos que esto implica un cambio de paradigma en la relación médico-paciente, pasando de un vínculo verticalista en donde el profesional se encontraba en un plano de superioridad en cuanto a la toma de decisiones médicas del paciente, a un vínculo vertical en donde ambos, profesional y paciente, se encuentran en un plano de igualdad, quedando en manos de este último las decisiones en cuanto a su propia salud. Sin embargo, de forma excepcional, existen una serie de tratamientos o exámenes médicos que tienen carácter obligatorio en defensa del interés general y la necesi dad de evitar daños a terceros como las vacunaciones obligatorias para prevenir ciertas enfermeda-

des y el examen para obtener el certificado prenupcial, o al que deben someterse los postulantes a acceder a empleos públicos. A continuación nos centraremos en la legislación de vacunación.

Existen numerosas disposiciones nacionales y provinciales en materia de vacunación, que disponen la obligatoriedad de la aplicación de vacunas específicas ya sea a un determinado sector de la población, como así también normas a nivel nacional. Entre las más relevantes, reseñamos las siguientes:

La ley 12.670, de 1941, sobre el Plan de Vacunación y Revacunación Antidiftérica, tuvo por objeto la declaración de la obligatoriedad y gratuidad en todo el territorio de la vacunación y revacunación antidiftérica en los niños desde la edad de 9 meses a 12 años. La ley 22.909 de 1983, sobre el Régimen General de Vacunaciones, estableció un régimen general para las vacunaciones contra las enfermedades prevenibles con ese medio, a fin de consolidar el más adecuado nivel de protección de la salud para todos los habitantes del país. Constaba de 26 artículos y establecía la obligatoriedad y gratuidad de todas las vacunas que estableciera la autoridad sanitaria. Asimismo, se establecía el otorgamiento de un certificado de vacunación a toda persona vacunada. Se facultaba a las autoridades sanitarias para declarar el estado de emergencia epidemiológica. Se comprendían disposiciones específicas para la fiebre amarilla.

La ley 27.491, actualmente vigente, titulada "Control de Enfermedades Prevenibles por Vacunación", fue promulgada por dec. 15/2019, publicado el 04/01/2019, y abrogó la anterior ley 22.909. Tiene por objeto el control de enfermedades prevenibles por vacunación y regular la implementación de una política pública de control de las enfermedades prevenibles por vacunación. Consta de 36 artículos y establece la gratuidad de las vacunas y del acceso a los servicios de vacunación, con equidad social para todas las etapas de la vida; la obligatoriedad para los habitantes de aplicarse las vacunas; la prevalencia de la salud pública por sobre el interés particular; la disponibilidad de vacunas y de servicios de vacunación; la participación de todos los sectores de la salud y otros vinculados con sus determinantes sociales, con el objeto de alcanzar coberturas de vacunación satisfactorias en forma sostenida. Asimismo se declara a la vacunación como de interés nacional. Reafirma el principio legal según el cual los padres, tutores, curadores, guardadores, representantes legales o encargados de los niños, niñas, adolescentes o personas incapaces son responsables de la vacunación de las personas a su cargo. Mantiene el requisito de la certificación de la vacunación para el interesado. Se crean dos importantes registros: a) el Registro Nacional de la Población Vacunada Digital, en el que se deben asentar nominalmente los datos del estado de vacunación de cada uno de los habitantes de todas las jurisdicciones y subsistemas de salud; y b) el Registro Nacional de Vacunadores Eventuales, como mecanismo extraordinario destinado a dar respuesta oportuna y de calidad ante situaciones excepcionales, como campañas de vacunación masiva, vacunación de bloqueo ante brotes y acciones intensivas o extramuros en los casos en los que no se cuente con suficientes recursos humanos disponibles. El Calendario Nacional de Vacunación de Argentina cuenta con veinte vacunas obligatorias y gratuitas, uno de los más amplios del mundo. Recientemente se extendió también la obligatoriedad de ciertas vacunas para adultos ante la tramitación del registro de conductor, DNI y pasaporte. Hasta el dictado de la ley 27.491, los mayores de edad no tenían obligación de demostrar que habían cumplido con el cronograma de vacunación obligatoria y por ese motivo el tema se veía relegado a los niños, a pesar de que la ley

22.909 no hacía diferencias en razón de la edad.[5]

VI. Grupos en contra de las vacunas

Es importante mencionar que existen colectivos de personas que por diferentes motivos (sanitarios, religiosos, científicos, políticos, filosóficos) cuestionan la moralidad, la ética, la efectividad y la seguridad de las vacunas. Entre sus principales argumentos podríamos mencionar los siguientes:

1) Falta de eficacia: algunos grupos sostienen que la disminución de la incidencia de enfermedades vacunables ha disminuido debido a las mejoras socio-económicas y al contacto con los gérmenes salvajes para inmunizarse y por tanto cuestionan tanto la necesidad de vacunarse como la eficacia/efectividad de aquéllas.

2) Creencias religiosas: para algunas creencias religiosas, las vacunas suponen una ruptura con el equilibrio natural de las cosas, y piensan que son algo externo e innecesario.

3) Cuestiones filosóficas: hacen referencia a que estos grupos perciben la obligatoriedad vacunal (presente en algunos países) como una violación de sus derechos.

4) Negocio económico: aducen el negocio que supone para los fabricantes, industrias farmacéuticas, gestores y sanitarios, y la falta de transparencia de todos los que intervienen en el mundo de las vacunas.

5) Riesgos y consecuencias de la vacunación: hacen referencia a los efectos secundarios, relación causal respecto de la aparición de determinadas enfermedades, es decir, cuestiones relacionadas con la seguridad vacunal. Además, hay planteamientos frecuentes sobre que las vacunas causan enfermedades idiopáticas y que alteran la inmunidad.

6) Otros argumentos: hacen referencia a las molestias de los pinchazos, las consecuencias de una mala técnica (afectación del nervio ciático, abscesos en el lugar de inoculación, la falta de responsabilidad de las industrias farmacéuticas, entre otros.

Gracias a las diversas campañas contra la vacunación se ha generado la disminución del uso de determinadas vacunas. Esto a su vez causó un incremento en la mortalidad de muchos países.[6] A modo ejemplificativo mencionaremos los siguientes casos:

En Estocolmo, una campaña anti-vacunación, respaldada en objeciones religiosas y preocupación sobre la efectividad de las vacunas y los derechos individuales, llevó a que la tasa de vacunación bajase casi un 40%, en comparación con el 90% en el resto de Suecia. Poco después, en 1873, se dio un importante brote epidémico de viruela, que finalizó al volver a incrementarse la tasa de vacunación.[7]

En 1974, en Reino Unido se difundió un informe que mostraba diversas reacciones a la vacuna contra la tosferina. Un académico de la sanidad pública sostuvo que la efectividad de la vacuna era marginal, y cuestionaba si sus beneficios compensaban sus riesgos. La extensiva cobertura de los medios despertó la alarma. La tasa de vacunación contra dicha enfermedad, descendió en ese país desde el 81% hasta el 31%. Dicho descenso aumentó los brotes epidémicos de tosferina, que causaron la muerte de varios niños. La comunidad médica seguía respaldando la efectividad y seguridad de la vacuna. La confianza de la población se recuperó después de la publicación de un informe que respal-

5 De acuerdo con el art. 11 de la derogada ley 22.909, *"las vacunaciones a que se refiere esta ley son obligatorias para todos los habitantes del país, los que deben someterse a las mismas de acuerdo con lo que determine la autoridad sanitaria nacional con respecto a cada una de ellas. Los padres, tutores, curadores y guardadores de menores o incapaces son responsables, con respecto a las personas a su cargo, del cumplimiento de lo dispuesto en el párrafo anterior".*

6 The Lancet (1998): Impact of anti-vaccine movements on pertussis control: the untold story. (https://www.thelancet.com/journals/lancet/article/PIIS0140-6736(97)04334-1/fulltext) (Fecha de consulta: 29 de septiembre de 2019).

7 NELSON, Marie Clark y ROGERS, John (1992): The right to die? Anti-vaccination activity and the 1874 smallpox epidemic in Stockholm (https://academic.oup.com/shm/article-abstract/5/3/369/1693760?redirectedFrom=fulltext) (Fecha de consulta: 20 de septiembre de 2019).

daba su eficacia. La tasa de vacunación se incrementó hasta más del 90%, y la incidencia de la enfermedad descendió dramáticamente. Otro hecho similar se dio en 1996 a raíz de la controversia acerca de la vacuna triple vírica.[8]

Desde finales de 1999 hasta el verano de 2000, aparecieron brotes de sarampión en el norte de Dublín, Irlanda.[9] En aquel momento, el grado de inmunización a nivel nacional había caído por debajo del 80%, y en el norte de Dublín la cifra rondaba el 60%. Se dieron más de 100 ingresos hospitalarios, sobre 300 casos. Tres niños murieron y otros muchos enfermaron gravemente, algunos requiriendo ventilación mecánica para su recuperación.[10]

En Suecia entre los años 1979 y 1996, se suspendió la vacunación contra la tosferina. Un 60% de los niños desarrollaron la enfermedad antes de cumplir los 10 años. La vigilancia médica continua mantuvo la tasa de muertes en aproximadamente una por año. La tosferina sigue siendo un problema grave de salud en países en desarrollo, en los que no se practica la vacunación masiva. La Organización Mundial de la Salud estima que 294.000 muertes fueron debidas a esta causa en 2002.

En 1999 y 2000, en los Países Bajos, se dio un brote de sarampión en una comunidad-escuela religiosa no vacunada[11]. La población de las diferentes provincias afectadas tenía un alto nivel de inmunización, con la excepción de una de las comunidades religiosas, que tradicionalmente no aceptaba la vacunación. Se dieron 2.961 casos de sarampión. Murieron tres personas y otras sesenta y ocho fueron hospitalizaciones.

En los primeros años del dos mil, líderes religiosos conservadores de Nigeria, recomendaron a sus seguidores que no vacunasen a sus hijos contra la poliomielitis. Esto fue avalado por el gobernador del estado de Kano, y la inmunización fue suspendida durante meses. Como consecuencia, la enfermedad reapareció en una docena de países vecinos, previamente libres de polio. Los tests genéticos determinaron que el virus era el mismo que se había originado en Nigeria. La población de los estados del norte también se mostraba recelosa de otras vacunaciones, y así se reportaron 20.000 casos de sarampión y cerca de 600 muertos desde enero hasta marzo de 2005[12]. En 2006, Nigeria tenía más de la mitad de todos los nuevos casos de polio en el mundo. Los brotes continuaron desde entonces; por ejemplo, al menos 200 niños murieron por brotes de sarampión a finales de 2007 en el estado de Borno.[13]

En Argentina existe el colectivo "Argentina sin Vacunas", conformado por médicos y ciudadanos que investigan sobre lo que ellos llaman el "negocio de la vacunación". Sostienen que esta no debería ser obligatoria, ya que existen normativas, como el Tratado de Núremberg, la ley nacional 26.529, los Derechos del Paciente en su Relación con los Profesionales e Instituciones de la Salud, los arts. 42 y 43 de la Constitución, y la Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos de la Unesco, en los que se menciona que toda intervención médica requiere del consentimiento de la persona que va a recibir una vacuna[14]. Sin embargo es preciso remarcar que la legislación vigente en

8 PEPYS, Mark Brian (2007): Science and serendipity (https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pubmed/18193704) (Fecha de consulta: 20 de septiembre de 2019).

9 BBC News (2000): Measles outbreak feared. http://news.bbc.co.uk/2/hi/health/769381.stm (Fecha de consulta: 20 de septiembre de 2019).

10 MCBRIEN J; MURPHY J; GILL D; CRONIN M; O'DONOVAN C y CAFFERKEY M (2003): Measles outbreak in Dublin, 2000 (https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pubmed/12867830) (Fecha de consulta: 29 de septiembre de 2019).

11 Morbidity and Mortality Weekly Report (2000). Measles outbreak—Netherlands, April 1999–January 2000 (https://www.cdc.gov/mmwr/preview/mmwrhtml/mm4914a2.htm) (Fecha de consulta: 20 de septiembre de 2019).

12 CLEMENTS, Christopher J; GREENOUGH, Paul y SHULL Diana (2006): How vaccine safety can become political – the example of polio in Nigeria. (https://web.archive.org/web/20070928030913/http://bentham.org/cds/samples/cds1-1/Clements.pdf) (Fecha de consulta: 20 de septiembre de 2019).

13 The New Humanitarian (2007): 'Hundreds' dead in measles outbreak. (http://www.thenewhumanitarian.org/news/2007/12/14/hundreds%E2%80%9D-dead-measles-outbreak) (Fecha de consulta: 20 de septiembre de 2019).

14 Agencia de Noticias de la Carrera de Ciencias de la Comunicación- UBA (2018): El debate sobre la vacunación: ¿obligación social o derecho individual? (http://anccom.sociales.uba.ar/2018/02/14/debate-la-vacunacion-obligacion-social-derecho-individual/) (Fecha de consulta: 15 de agosto de 2019).

materia de vacunación constituye, a nuestro entender, una excepción al consentimiento informado del paciente atento a que la normativa prioriza al derecho de salud por sobre el derecho a la autodeterminación del individuo.
El peligro que implica la difusión de información no fehaciente en el ámbito de la salud, sobre todo en el caso de la vacunación obligatoria, reside, por un lado, en los riesgos de la expansión de enfermedades actualmente erradicadas, peligrosas para la población en general debido sobre todo a su alto nivel de contagio; y, por otro, en la afectación al interés superior de los niños y niñas en cuanto a la protección de su derecho a la salud y a la vida, independientemente de lo que consideren sus progenitores como más beneficioso para ellos. Por todo lo comentado, en el corriente año, la Organización Mundial de la Salud catalogó a estos grupos de radicales anti-vacunas como una de las principales amenazas a la salud mundial.[15] La evidencia médica y científica muestra que los beneficios de la prevención del fallecimiento por enfermedades infecciosas compensan los raros efectos adversos de la inmunización.[16]

VII. Análisis de jurisprudencia nacional

A continuación procederemos a analizar jurisprudencia vinculada a los planteamientos legales invocados por los movimientos antivacunas.
La Corte Suprema de Justicia de la Nación dictó sentencia el 12/6/2012 en autos "N. N. o U., V. s/protección y guarda de personas", pronunciándose sobre el carácter imperativo del régimen nacional de vacunación oficial y las facultades de los progenitores respecto de sus hijos menores en el ejercicio de la responsabilidad parental. Se trata de un caso que inicia bajo el carácter de una medida autosatisfactiva promovida por la Asesoría de Incapaces Nº 1 del Departamento Judicial Mar del Plata, a los fines de garantizar el cumplimiento del plan de vacunación por parte de los progenitores de un recién nacido. El parto fue domiciliario y al concurrir la madre al hospital público a los fines de practicar controles de rutina, le es indicado el cumplimiento del plan oficial de vacunación del recién nacidos. La paciente se niega explicando su visión de la medicina tradicional y la elección que profesan por los paradigmas del "modelo homeopático", y en especial, "de medicina ayurvédico" y abandona el nosocomio.
Esta situación es informada por el hospital al Ministerio Público, quien, en representación del niño, da inicio a la acción. Cuando se interpone recurso extraordinario, la CSJN lo declara admisible, ya que en autos se cuestionó la validez e inteligencia de cláusulas de la Constitución Nacional y de la Convención sobre los Derechos del Niño, respecto del alcance de la ley 22.909.
Según los padres agraviados, la vacunación importa un "paternalismo compulsivo" estatal. Apoyaron su posición en el art. 19 párr. 1º de la Constitución Nacional, alegando que obligarlos a vacunar a su hijo contra sus creencias importaba una violación del principio de autonomía allí consagrado que obstaculizaba el plan de vida que aquellos habían trazado para su familia.
En relación a tal argumento, la CSJN sostuvo que el art. 19 párr. 1º de la Constitución Nacional, establece un ámbito de autonomía personal que permite el libre desarrollo de proyecto de vida de cada uno y su familia, alcanzando tanto a las acciones desarrolladas en privado como en público, en tanto no se ofenda al orden y la moral pública ni se per-

15 Organización Mundial de la Salud (2019): Diez amenazas a la salud global en 2019. (https://www.who.int/emergencies/ten-threats-to-global-health-in-2019) (Fecha de consulta: 20 de septiembre de 2019).

16 BONHOEFFER, Jan; HEININGER, Ulrich (2007): Adverse events following immunization: perception and evidence. (https://insights.ovid.com/crossref?an=00001432-200706000-00002) (Fecha de consulta: 20 de septiembre de 2019).

judique a terceros, de una manera concreta. Sentada tal definición, en el caso, las acciones implicadas en el proyecto de vida familiar excedían la esfera de tutela consagrada en la referida disposición constitucional, por comprometer de manera directa los derechos de terceros. Avaló la constitucionalidad de la vacunación como un deber impuesto por el estado a las personas.

En el caso mencionado existía una contradicción normativa entre la ley nacional 22.909 (sancionada el 13/09/1989) que disponía en ese momento la vacunación compulsiva del renuente (art. 18) y la ley nacional 26.529 de Derechos de los Pacientes (sancionada el 21/10/2009) que establece que toda actuación médico-sanitaria puede ser rechazada aún sin expresión de causa y "requiere" el previo consentimiento informado del paciente (arts. 2º inc. "e" y 6º)[17]. La contradicción entre estas normas de igual jerarquía era evidente y los jueces no podían valerse de los criterios lógicos para resolverla, pues la ley 26.529 era posterior a la ley 22.909 (la cual, por lo tanto, quedaría sin efecto), pero esta última es específica respecto de la primera, que es aplicable a toda actuación "en el ámbito médico-sanitario" (art. 6º) y que, por lo tanto, cede su prioridad. En resumen, ante dos normas nacionales la antinomia no se resolvía por jerarquía y había empate entre los otros dos criterios.[18]

Para poder superar la contradicción, los magistrados debieron recurrir a principios de base constitucional, y consideraron que el principio de la autonomía de la voluntad o autodeterminación -que excede la persona humana, se extiende a la familia y habilita a los padres a elegir los modelos familiar y médico para sus hijos- encontraba un límite en el principio de prevalencia de la salud pública sobre el interés particular y en el principio de interés superior del niño. Fue así que con la decisión unánime de los Dres. Lorenzetti, Highton, Maqueda, Fayt, Petracchi y Zaffaroni, el 12/06/2012 la Corte Suprema de Justicia de la Nación dispuso la vacunación compulsiva del niño. De ese modo se dio una respuesta al proceso puntual, pero la solución no era definitiva ya que el conflicto podía reaparecer si otras partes pretendían que un órgano judicial distinto realice una nueva valoración de los principios jurídicos en juego. En efecto, el problema de decidir con base en ponderación de principios es que estos no establecen una solución única, sino que brindan un marco dentro del cual el intérprete puede escoger entre varias soluciones. La posibilidad de que varíe la interpretación según el operador determina, ante los mismos principios, dejar abierta la vía para el cambio de opinión o para la adopción de criterios opuestos por parte de distintos intérpretes. Pero, además, incluso los principios pueden variar de acuerdo con quiénes son los intérpretes.

Resulta interesante mencionar otra decisión, tomada por el mismo tribunal poco tiempo atrás en otro caso, en la que negó a la vacunación como un derecho constitucionalmente exigible por una persona al Estado. (CSJN, "Buñes", 19/05/2010, Fallos 333:690). En éste caso, la actora había reclamado a su obra social y al estado la cobertura del tratamiento con vacuna T linfocitaria para atender la esclerosis múltiple que padecía. Comparando ambos reclamos y prescindiendo de otros detalles, puede advertirse una diferencia sustancial entre ellos: y es que, en el primer caso se trataba de la aplicación de vacunas de eficacia comprobada para atender a enfermedades contagiosas, mientras que en el segundo, era una vacuna en etapa experimental para atender a una enfermedad no contagiosa.

A continuación mencionaremos dos fallos del corriente año, en los cuales se intentó hacer prevalecer el derecho a la autodeterminación por encima del derecho a la salud

17 El art. 9º enuncia excepciones a la prestación del consentimiento informado, entre las cuales no se encuentra la vacunación. La misma norma deja en claro que las excepciones deben ser interpretadas con carácter restrictivo.

18 Xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx.

de la población. En el primero, fallado por la Cámara Nacional Civil (sala de feria) el 15/01/2019[19], los padres que se negaban a vacunar a su hijo con las vacunas BCG y Antihepatitis B sostuvieron que es improcedente la aplicación mecánica de la obligatoriedad que plantea la ley sin indagar en las particularidades del caso, pues no se le habían realizado al niño los estudios de compatibilidad con las vacunas. Para intentar comprobar el alto riesgo de mortalidad al que se vería expuesto, acompañaron un certificado médico que solo cuestionaba "de manera genérica" la inclusión de la vacuna en el calendario oficial. Y no fue suficiente, por no contener referencia alguna al niño en particular. En el segundo, resuelto por la Cámara Civil y Comercial de San Isidro el 10/04/2019[20], los padres se oponían a que se los obligue a vacunar a su hijo con la BCG sin antes realizarle "estudios de compatibilidad genética". Pero no pidieron ni acompañaron esos estudios, sino que solo agregaron un certificado médico y la historia clínica del niño, de los que no surgían indicios que insinúen inmunodeficiencia alguna que pudiera provocar un evento adverso con la aplicación de la vacuna. En ambos casos, la falta de prueba del perjuicio concreto hizo que el interés superior del niño determinara el rechazo de los pedidos de excepciones de la inmunización por razones médicas. Igualmente sostenemos que Ley de Vacunación vigente no da respuesta a los casos excepcionales en los que las partes puedan acreditar fehacientemente a través por ejemplo de un informe médico, un peligro para la salud de una persona a la que se quiera vacunar.

En definitiva, consideramos que en la colisión entre derechos individuales (autodeterminación) y derechos colectivos (derecho a la salud) siempre triunfan los segundos. La autolesión o la negación a un tratamiento entran dentro del campo de los derechos individuales, salvo que esas decisiones en materia de salud generen algún tipo de contagio que genere una pandemia, en cuyo caso el derecho de autolesión o de no-cuidado de la propia persona cede ante el derecho de la integridad física de la sociedad. Esto es acorde a lo establecido por el art. 14 del Código Civil y Comercial de la Nación. Refuerza esta postura el hecho de que actualmente, la ley 27.491 sobre Control de Enfermedades Prevenibles por Vacunación, dictada el 04/01/2019 y que reemplaza la ley 22.909, agrega de modo específico la prevalencia de la salud pública por sobre el interés particular y establece sanciones específicas ante el incumplimiento, que abarcan desde la notificación hasta la vacunación compulsiva. Asimismo teniendo en cuenta los últimos fallos, consideramos que los nuevos planteos judiciales para sortear el carácter obligatorio de la vacunación irán por la senda de solicitar excepciones por motivos médicos. En tales casos habrá que decidir con base en principios, mutables por esencia, salvo que un texto legal reafirme la obligatoriedad aún en caso de contraindicaciones médicas debidamente certificadas o que el legislador incorpore a la ley excepciones a la obligatoriedad.

VIII. Rol del Estado en materia de vacunación. Responsabilidad Estatal por los programas de vacunación

Dada la naturaleza de la cuestión aquí tratada, resulta necesario precisar los contornos de la injerencia estatal en materia de vacunación. Su permisibilidad debe aplicarse de manera restrictiva atento a que se encuentra comprometido uno de los bienes más preciados de nuestro sistema democrático como es la libertad.

Lo que aquí sostenemos es que el Estado puede intervenir en estas cuestiones sólo por-

19 "Defensoría de Menores e Incapaces Nº 1 c. C. F., T. S. s/ medidas precautorias", AR/JUR/11/2019, comentado por BERGER, Sabrina M., "Vacunación obligatoria y decisiones médicas familiares", LA LEY del 22/02/2019, p. 4, cita online: AR/DOC/410/2019.

20 "XXX c. XXX s/ medidas precautorias (art. 232 del Cód. Proc. Civ. y Com.)", comentado por URBINA, Paola A., "El interés superior del niño en el marco del Calendario Nacional de Vacunación", LA LEY del 29/05/2019, p. 6, cita online: AR/DOC/1535/2019.

que se encuentra en juego la afectación concreta de los derechos de terceros. De modo que no resulta posible extender este principio a otro tipo de situaciones donde lo que se pusiera a consideración fuese el plan de vida trazado por una persona adulta. En este sentido, la opción de nuestra Constitución es clara, al reservar las conductas a la esfera de decisión individual.

Nuestro Máximo Tribunal tuvo oportunidad de precisar los alcances de la autonomía personal en el precedente "Bahamondez, Marcelo s/ medida cautelar" (CS, Fallos 316:479). En este fallo en el que se debatió el alcance del derecho de una persona que profesaba la religión de los "Testigos de Jehová" a negarse a la realización de una transfusión de sangre, aun cuando, de acuerdo con el consejo médico, dada la hemorragia intestinal que padecía, esa omisión podría derivar en un perjuicio grave para su salud.

Si bien la Corte no resolvió el fondo de la cuestión, debido a que la modificación de la situación de hecho tornó abstracto su tratamiento —Bahamondez ya había recibido el alta médica—, a partir del voto de algunos de sus integrantes se extrajo una doctrina que resulta sumamente valiosa para comprender los alcances que aquí se proponen. En particular, los Dres. Belluscio y Petracchi, a partir de su voto en disidencia, entendieron que ese colegiado se encontraba habilitado a tratar los agravios por ser situaciones susceptibles de repetición, y sentaron una pauta interpretativa clara del art. 19 de la CN para este tipo de casos. Allí, esos ministros explicaron con claridad que "el art. 19 de la Ley Fundamental otorga al individuo un ámbito de libertad en el cual éste puede adoptar libremente las decisiones fundamentales acerca de su persona, sin interferencia alguna por parte del Estado o de los particulares, en tanto dichas decisiones no violen derechos de terceros", y que "la posibilidad de que los individuos adultos puedan aceptar o rechazar libremente toda interferencia en el ámbito de su intimidad corporal es un requisito indispensable para la existencia del mencionado derecho de la autonomía individual, fundamento éste sobre el que reposa la democracia constitucional". La mayoría de las conductas que realiza un individuo tienen incidencia sobre terceros. Podría sostenerse, incluso, que la negativa a realizar un tratamiento médico puede tener un efecto perjudicial para alguno de ellos, especialmente para los hijos del paciente, que podrían verse perjudicados material y espiritualmente por esa decisión. Sin embargo, aun en esas circunstancias, resulta infranqueable la esfera de decisión individual. El voto aludido fija en ese sentido un standard de apreciación clarificador al respecto, al sostener que "la libertad de una persona adulta de tomar las decisiones fundamentales que le conciernen a ella directamente, puede ser válidamente limitada en aquellos casos en que exista algún interés público relevante en juego y que la restricción al derecho individual sea la única forma de tutelar dicho interés". Este resulta el único supuesto en que el Estado se encuentra habilitado para intervenir cuando esas conductas se producen, tal como cuando alguien se rehúsa a aplicarse una vacuna, dado el riesgo concreto que implica para el resto de la población.

Con la ejecución de las políticas sanitarias se asumen riesgos propios de esta. Si esos riesgos se convierten en daños, el Estado debe asumir la reparación integral, sin perjuicio de que mediante las mismas se beneficie a gran parte de la población.

Estamos ante la responsabilidad del Estado por actividad lícita, cuyo factor de atribución objetivo es el sacrificio especial. Este es el criterio de las sentencias de la Corte Suprema de Justicia de Argentina: "Cuando la actividad lícita de la autoridad administrativa, aunque inspirada en propósitos de interés colectivo, se constituye en causa eficiente de un perjuicio para los particulares -cuyo derecho se sacrifica por el interés general-, los daños deben ser atendidos en el campo de la responsabilidad por su obrar lícito, lo cual se fundamenta en la inviolabilidad de la propiedad privada y en la igualdad ante la

ley y las cargas públicas" (arts. 14, 7º, y 16 de la Constitución Nacional). A continuación mencionamos a modo ejemplificativo una sentencia de la Corte Suprema de Justicia, por daños derivados de la vacunación.
En el marco de una campaña de vacunación nacional contra la rubeola y el sarampión llevada a cabo por el entonces Ministerio de Salud y Medio Ambiente, el personal de enfermería de SAMCO, Las Parejas, organismo dependiente de la Provincia de Santa Fe, le aplica una dosis a la actora de 21 años. Esta vacuna le causó una incapacidad total y permanente del 80%. Según surge del informe pericial, siempre existe la posibilidad remota, de que la vacuna produzca efectos adversos severos. No existe un método previo a la vacunación que pueda informar con exactitud si va a producir este tipo de reacciones adversas. Surge también que la vacuna había sido controlada y los protocolos de seguridad habían sido seguidos satisfactoriamente. Finalmente, la sentencia atribuye responsabilidad al Estado Provincial por los daños derivados de su actividad lícita. En este sentido, se expresa en la sentencia: "el Estado, asume con plena conciencia y con conocimiento cabal el riesgo de la vacunación sarampión - rubeola, y que es el de dañar a una persona en un 1.000.000, todo en pos de reducir o erradicar contagios de enfermedades en la población y cumplir con el mandato constitucional de asegurar la salud de los restantes ciudadanos... los ciudadanos deberían tolerar los daños derivados de las medidas que regular y razonablemente fueran adoptadas en ejercicio del poder de policía de salubridad... el gravamen particular desproporcionado que debe tolerar la actora, que ha quedado con todo su sistema nervioso central dañado hasta el extremo de no poder ni alimentarse ni vestirse sola, confinada a una silla de ruedas, con enormes dificultades para expresarse, con constante medicación para disminuir convulsiones frecuentes, y sin chances de mejorar, sin lugar a dudas excede la cuota normal de sacrificio que supone la vida en comunidad y justifica la asunción social del daño, por aplicación del principio de la equitativa distribución de las cargas generales".

IX. Conclusión: la vacunación como derecho-deber

A modo de conclusión, consideramos que las políticas sanitarias públicas constituyen una de las medidas más significativas y relevantes para garantizar un acceso igualitario al derecho a la salud y que mayor impacto produce en la eliminación progresiva de la pobreza estructural. La proliferación de discursos contrarios a la aplicación de vacunas es uno de los máximos desafíos que la política sanitaria pública debe enfrentar en la actualidad. Las vacunas son la principal forma de prevenir enfermedades infecciosas, no solo por la reducción de la morbilidad y mortalidad de las enfermedades infectocontagiosas, sino porque siguen siendo la intervención terapéutica más efectiva en cuanto a la relación costo-beneficio.
La OMS, en el Plan de Acción Mundial sobre Vacunas, sostiene que vacunarse es un derecho, pero también una obligación, ya que se trata de prevenir y de cuidar al otro: "La inmunización es componente esencial del derecho humano a la salud, además de responsabilidad de individuos, comunidades y gobiernos, y debe considerarse como tal. Se estima que gracias a la vacunación se previenen unos 2,5 millones de fallecimientos cada año".
La salud atañe, afecta e interesa no sólo al individuo sino también al conjunto social que puede beneficiarse o puede sufrir un perjuicio y hasta daño. Y cuando esa pluralidad sufre amenaza o daño, ello compromete, a la vez, la salud individual del conjunto social al que pertenece y donde se sitúa el individuo en cuestión. Esto no implica desconocer la existencia de eventuales conflictos entre el derecho a la salud y el derecho a la au-

todeterminación, en los que resulte inevitable jerarquizar uno en detrimento del otro. Concluimos que por la naturaleza transindividual del derecho jurídico en juego (la salud), este prevalece sobre el interés individual de la autodeterminación cuando han entrado en colisión. Esto es así incluso cuando pueda ocasionar daño, por acto lícito, a los particulares. El Estado debe cumplir con sus funciones y asumir los riesgos y beneficios de las políticas públicas, pero cuando del riesgo se pasa al daño debe repararlo integralmente. La responsabilidad del Estado por actividad lícita es objetiva y directa. Cuando eventualmente exista un conflicto de intereses individuales y colectivos, debe prevalecer el bien común.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

• CASSAGNE, J. (1996): Derecho Administrativo. Buenos Aires, Abeledo Perrot, t. I.
• FURFARO, Lautaro (2014): "El derecho a la salud en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos"; en AIZENBERG, Marisa (dir.), Estudios acerca del Derecho a la Salud, Ed. La Ley, ps. 88 y 98; PARRA VERA, Oscar, ob. cit., p. 763.
• GELLI, María Angélica (2008): Constitución de la Nación Argentina comentada y concordada, Ed. La Ley, Buenos Aires, 4ª ed. ampl. y actual., t. I, ps. 329, 332/33.
• GHERSI, C. (2000): "Responsabilidad del Estado por actos lícitos o cumplidos en realización de políticas", en Revista de Derecho de Daños, Vol. 9, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni.
• JOHN TJ, Samuel R (2000): "Herd immunity and herd effect: new insights and definitions", en European Journal of Epidemiology 16 (7): pp. 601—6.
• KEMELMAJER de CARLUCCI, Aída (2014): "El usuario del servicio de salud en algunas sentencias del nuevo milenio de la Corte IDH", en Revista Derecho Privado, nro. 9, año III, Ed. Infojus.
• LOIANNO, Adelina - GOZAÍNI, Osvaldo A. (2011): "Los alcances del derecho a la salud ante el deber de realizar el Control de Convencionalidad", en Diario La Ley, Cita Online: LA LEY 2011-A-516.
• LÓPEZ MESA, Marcelo (2016): "Los médicos y el consentimiento informado (necesarias precisiones sobre el tema en el marco del nuevo Cód. Civ. y Com.)", en El Derecho 266-6, 11/02/2016.
• MALIANDI, R. (1994): Ética: conceptos y problemas. Buenos Aires, Biblos.
• MPOLÁS, Andreadis, Alejandra y RIVAS BALOIRA, Mariano N. (2019): "Vacunación compulsiva. Autonomía personal versus derecho a la salud", en Diario La Ley 29/05/2019, Cita Online: AR/DOC/1632/2019
• Organización mundial de la salud (2012): Plan de Acción Mundial sobre Vacunas 2011-2020 (https://www.who.int/immunization/global_vaccine_action_plan/DoV_GVAP_2012_2020/es/) (Fecha de consulta: 25 de agosto de 2019)
• RIVERA, Julio César y MEDINA, Graciela (2014): Código Civil y Comercial de la Nación. Comentado. Tratado exegético, tomo I, Ed. La Ley, Buenos Aires.
• VATTUONE, Lucy F. de (1990): Educación para la salud, El Ateneo, Buenos Aires.
• WEINGARTEN, Celia (2013): "Responsabilidad del Estado por los programas de vacunación", en Diario la Ley. Cita Online: AR/DOC/1332/2013.
• ZELAYA, Mario A. (2019): "Los nuevos desafíos que enfrenta la ley de vacunación obligatoria", en Diario La Ley, Cita Online: AR/DOC/2178/2019

DERECHO, SALUD Y POLÍTICAS PÚBLICAS: EL NUEVO PARADIGMA EN SALUD MENTAL Y SU IMPACTO EN LAS POLÍTICAS DE ESTADO

HEALTH LAW AND PUBLIC POLICIES: THE NEW PARADIGM IN MENTAL HEALTH AND ITS IMPACT IN STATE POLICIES

Lucila Halac Gordillo[1]

Fecha de recepción: 18/08/2019
Fecha de aceptación: 17/10/2019

"El ser humano es una unidad indisoluble, lo físico se une a lo mental y a lo histórico-social. La salud mental, es fundamental para el bienestar de las personas y de las sociedades en su conjunto" (debate parlamentario Ley Nacional Salud Mental 26.657).

RESUMEN:
El presente ensayo propone delinear el nuevo paradigma en salud mental, partiendo de la sanción de leyes especiales, Código Civil de la Nación, y Tratados internacionales a los que Argentina adhiere, en consonancia con los avances de la ciencia médica, con una visión práctica, procurando analizar su recepción en las políticas de Estado, recorriendo los pilares normativos de la nueva concepción, seleccionando doctrina relacionada.
En esta tarea, hemos descubierto gran interés de la prensa en numerosos artículos periodísticos que dan cuenta que el tema esta instalado, que una sociedad mas inclusiva y permeable lo ha receptado, para así llegar a las políticas de Estado que incluyen en sus agendas la necesidad de cambios estructurales, los que se encuentran aún en un difícil camino de realización.

ABSTRACT:
This essay proposes to delineate the new paradigm in mental health, starting from the sanction of special laws, Civil Code of the Nation, and international treaties to which Argentina adheres, in consonance with the advances of medical science, with a practical vision, trying to analyze its reception

1 Abogada. Especialista en Derecho Procesal (UNC). Distinción egresada sobresaliente (UNC) (año 1996), Premio Mauricio Yadarola 1996 (UNC). Secretaria Letrada en lo Civil y Comercial Poder Judicial de la Provincia de Córdoba. Mail: lucihalac@hotmail.com – ORCID iD: https://orcid.org/0000-0002-5146-891X.

in State policies, going through the normative pillars of the new conception, selecting related doctrine. In this task, we have discovered great interest of the press in numerous journalistic articles that show that the topic is installed, that a more inclusive and permeable society has received it, in order to reach the State policies that include in their agendas the need for structural changes those that are still in a difficult path of realization.

PALABRAS CLAVE: Paradigma; Restricciones a la capacidad; Estado garante; Multidisciplina; Desmanicomialización..

KEY WORDS: Paradigm; Capacity constraints; Guarantor state; Multidiscipline; Demanicomialization.

I. Introducción

El tema "Salud mental" que hoy nos convoca, vinculado al Derecho Sanitario, y a las políticas de Estado, despierta interés a su análisis, por su gran trascendencia social, y jurídica.
Las estadísticas son elocuentes sobre el aumento de distintas patologías psiquiátricas en la población, requiriendo regulaciones normativas dinámicas y respuestas interdisciplinarias.
Como operadores del derecho, partícipes necesarios de la construcción de un nuevo paradigma en salud mental, que abandona un concepto rígido y oculto en su concepción, hemos de analizar como ha impactado en las respuestas del Estado, garante último de los derechos de las personas.
La entrada en vigencia del Código en lo Civil y Comercial de la Nación, en agosto de 2015, trajo consigo un nuevo paradigma en materia de capacidad, especialmente en el área de salud mental, receptando la evolución doctrinaria, integradora de los principios Constitucionales y Tratados internacionales que son pilares de nuestro ordenamiento legal. La esperada reforma contenida en el Capítulo 2 del Libro Primero, Parte General, fue ponderada por la Doctrina en general, entendiendo que la misma se imponía en consonancia con los avances de la ciencia médica.
Si bien han transcurrido cuatro años desde la reforma, la magnitud de la misma invita a reflexionar sobre su implementación a la luz de los principios que la inspiraron.
La mirada del Derecho puesta en la persona, desde una visión Constitucional, como titular de derechos, exigía una pronta adecuación de la normativa en materia de salud mental. La ratificación por parte de nuestro país de la Convención sobre Derechos de las Personas con Discapacidad, le impuso como Estado firmante la obligación de elevar un informe bianual sobre la situación de las personas con discapacidad. A raíz de ello el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de la ONU, emite un informe con las observaciones respectivas, destacando tanto los aspectos positivos como las recomendaciones. El proyecto de reforma del Código Civil y Comercial de la Nación, se hizo eco de tales sugerencias, al introducir definitivamente la temática de la discapacidad al derecho civil y comercial argentino, en comunidad coherente con el sistema de derechos humanos al cual adhiere nuestra Constitución y los Tratados de derechos humanos suscriptos por nuestra Nación[2].
Precedieron a esta importante reforma la sanción de las Leyes de Salud Mental Ley

2 AMBROGGIO, Adrián Federico, elDial.com - DC1F1F, Publicado el 15/06/2015.

26.657, Salud Pública, Derecho a la Protección de la Salud Mental, sancionada el 25/11/2010 y promulgada el 02/12/2010, y en el ámbito Provincial, la Ley Nº 9848 que establece el Régimen de la protección de la salud mental en la Provincia de Córdoba sancionada el 20.10.2010 y publicada en el B.O. el 05.11.2010, reglamentada por Decreto Nº 1022/11 (B.O. 28.12.2012).

Resulta ilustrativa la lectura de los debates parlamentarios de la Ley, en la que se acusa la necesidad del cambio de paradigma, entendiendo que la salud mental, a la que durante mucho tiempo no se le prestó la debida atención, depende de factores genéticos, biológicos, ambientales y sociales[3].

En el ámbito Doctrinario se instala una nueva concepción sobre discapacidad, se incorpora un lenguaje inclusivo, la temática ingresa a la agenda del Estado, quedando ahora un largo camino por recorrer en el orden institucional, para que el andamiaje legal se patentice en las condiciones de internación, en los tratamientos médicos tendientes a la recuperación del paciente que padece una enfermedad mental, mediante abordajes interdisciplinarios.

Desde el ámbito Judicial último intérprete de la ley, la Jurisprudencia que emana de los Tribunales locales acompaña este nuevo modelo con sus innovadoras interpretaciones proponiendo sentencias con un lenguaje accesible, acercando al Juzgador a la persona en cuya protección se inicia el proceso, ya sea de limitación de la capacidad, ya sea de internación involuntaria, flexibilizando formas en pos de atender la causa humanitaria.

Recientemente, la ex ministra de la Corte Suprema de Justicia de Mendoza, Aída Kemelmajer, en la apertura de las X Jornadas de Derecho de Familia en Córdoba, mayo de 2018, reflexionó acerca de la gran modificación en materia de la capacidad de las personas, al incorporarse principios que surgen de los tratados internacionales como la Convención Internacional de los derechos del niño y la Convención internacional de los derechos de las personas con discapacidad.

Esto significa que se abandona el concepto puramente médico y se incorpora el concepto social en materia de personas con discapacidad. Cita como ejemplo, el de las personas que no pueden caminar, pero si se facilitan accesos para su movilidad, tendrá resuelto un problema desde la perspectiva social. Estos conceptos, que antes se enfocaban desde una mirada médico-jurídica, hoy tienen una renovada visión desde otras ciencias[4].

1. Legislación aplicable

El marco legal aplicable se integra por el Código Civil y Comercial de la Nación, en especial Libro, Parte General, Título Primero, Capítulo 2, Sección 3ª Parágrafo 1°, arts. 22 a 61; por la Ley Nacional de Salud Pública Nº 26.657 "Derecho a la Protección de la Salud Mental", sancionada el 25/11/2010 y promulgada el 02/12/2010.

En el ámbito de la Provincia de Córdoba, rige la Ley Nº 9848 "Régimen de la protección de la salud mental en la provincia de Córdoba", (sancionada el 20.10.2010, B.O. 05.11.2010, reglamentada por DECRETO Nº 1022/11 (B.O. 28.12.2012).

En adecuación a la normativa del Código Civil y Comercial de la Nación el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos dictó la Resolución N° 113/15 (B.O.C. 05.08.2015) que crea el Registro de Capacidad restringida (art. 1°) en el que se inscribirá la sentencia que declare dicha restricción; debiendo dejar constancia marginal en el acta de nacimiento,

3 Cfr. Debates parlamentarios ley 26657. (Diario de Sesiones Cámara de Diputados de la Nación. 7ª Sesión Ordinaria (Especial) – octubre 14 De 2009 Periodo 127º).

4 "El Código Civil provocó un gran cambio en materia de la capacidad de las personas", Comercio y Justicia, publicación del 18 de mayo de 2018, reportaje a la Dra. Aída Kemelmajer de Carlucci.

como también la cancelación en caso de desaparecer la restricción[5].
En materia de Procedimiento, rige el Código de rito Provincial, en su articulado (Arts. 830 a 851 C.P.C., Ley 8465).
Asimismo, existen protocolos de actuación emanados del T.S.J., para proceder en internaciones involuntarias. El Acuerdo Reglamentario Número 1575. SERIE "A" dictado el veintinueve de julio del año dos mil diecinueve, es de aplicación para internaciones involuntarias desde el 1 de agosto del cte. año, (deroga el Acuerdo Reglamentario Numero Mil Ciento Veintidós – Serie "A", 2/10/2012), que fue novedoso en el ámbito Provincial, al discriminar entre internaciones voluntarias e involuntarias, judicializando estas últimas, con la creación de una etapa prejurisdiccional con intervención de las Asesorías letradas. Con fecha 04 de septiembre se dicta Resolución N° 197, interpretando el Acuerdo citado.

A. Tratados Internacionales

Respecto de la legislación proveniente de acuerdos internacionales, hemos de mencionar a La Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de Naciones Unidas; Ley 27.044, que otorgó jerarquía constitucional a la Convención a los Derechos de las Personas con Discapacidad (19/11/2014); Ley 27.360 "Convención interamericana sobre protección de los derechos humanos de las personas mayores";La Convención Interamericana para la eliminación de todas las formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad (aprobada por LN N° 25280 del 6/7/2000) y las Normas Uniformes sobre la igualdad de oportunidades para las personas con discapacidad (aprobadas por Asamblea General el 20 de diciembre de 1993, Resolución 48/96, Anexo) como antecedentes legislativos de los principios contenidos en el art. 31 del Código Civil.
Finalmente, se erigen como normativa basal las cien reglas de Brasilia sobre acceso a la Justicia de las personas en condiciones de vulnerabilidad.
Los Tratados mencionados son parte de nuestro ordenamiento interno desde la modificación a la Constitución Nacional del año 1994 (art. 75, inc. 22, de la Constitución), revistiendo jerarquía de norma fundamental.

II. Principios

Las directrices de la ley en materia de Salud Mental se concentran en el art. 31 del Código Civil y Comercial de la Nación, cuyo texto hemos de analizar inciso por inciso, y su recepción jurisprudencial.

> ARTICULO 31. Reglas generales. La restricción al ejercicio de la capacidad jurídica se rige por las siguientes reglas generales:
> *a) la capacidad general de ejercicio de la persona humana se presume, aun cuando se encuentre internada en un establecimiento asistencial;*

De la norma se deriva la presunción de capacidad como regla, y la excepcionalidad de las medidas de restricción a la capacidad frente al principio "pro homine", que es un criterio hermenéutico en virtud del cual se debe acudir a la norma más amplia, o a la interpretación más extensiva, cuando se trata de reconocer derechos de la persona humana. El legislador contempla que la persona con padecimiento mental, tiene posibilidades médicas de recuperación y reinserción social, debiendo distinguir según el caso sus facultades, y limitaciones.

5 Los actos comprendidos por la sanción de nulidad son los posteriores a la inscripción registral de la sentencia. Ello, debido a que esta inscripción resulta sustancial a los fines de permitir la oponibilidad a terceros, en este caso, oponibilidad de la situación declarada en relación con la persona, capacidad restringida o incapacidad. La sentencia deberá haber establecido las condiciones de ejercicio de los actos por la persona con capacidad restringida o incapaz y las contradicciones o violaciones de dichas exigencias, que traen como consecuencia la nulidad (cfr. HERRERA, Marisa CCCN comentado, y otros autores, Infojus, 2015).

Por ello la internación, a los fines del tratamiento y recuperación del enfermo de modo alguno importa una presunción de discapacidad.
Sobre la internación judicial como medida terapéutica, nuestro ordenamiento local mediante -Acuerdo Reglamentario Número 1122 SERIE "A" del 02/10/2012 (hoy derogado) y Número 1301 SERIE "A" del 19/08/2015, fijaron las reglas de actuación de las internaciones involuntarias que se judicializan, como producto de un trabajo conjunto de investigación que se alineo con los nuevos vientos en materia de salud mental, precediendo y receptando, respectivamente, la sanción del Código Civil que hoy nos rige. Recientemente, rige un nuevo Acuerdo sobre protocolo de internaciones Acuerdo Reglamentario nro. 1575, Serie A, del 29 de junio de 2019, derogatorio del anterior.
Siguiendo los nuevos lineamientos, la preocupación sobre estos tratamientos y centros de rehabilitación, constituye un tema en la agenda de salud del Estado[6].
Se ha planteado que, a nivel global, no se ha logrado aún dar una respuesta acabada al requerimiento de prestación adecuada en materia de salud mental. Según el artículo citado la estadística de la Organización Mundial de la Salud da cuenta que en los países de ingresos bajos y medios un porcentual del 76% al 85% no recibe tratamiento adecuado.
Según conclusiones vertidas en el marco de las Jornadas multidisciplinarias de Salud Mental dictadas en marzo de 2017 en el Instituto de Estudios de la Magistratura de Córdoba, muchos trastornos psiquiátricos son originados en problemas de adicción a las drogas, existiendo centros especializados de abordaje de esta problemática.

b) las limitaciones a la capacidad son de carácter excepcional y se imponen siempre en beneficio de la persona.

Estas limitaciones a la capacidad son de carácter excepcional y se imponen en beneficio de la persona, en su resguardo (art. 31 inc. "b" cit, C.C.C.N).
El juez determinará en sentencia, si corresponde declarar la restricción de la capacidad, para la celebración de determinados actos (art. 37 C.C.N.)[7], designando puntos de apoyo o en el supuesto que la persona se encuentre absolutamente imposibilitada de interaccionar con su entorno y expresar su voluntad por cualquier modo, excepcionalmente deberá declarar la incapacidad y designar curador (art. 32 in fine cit).
Siguiendo con el abordaje del nuevo paradigma la mirada puesta en la persona ha motivado el cambio de nominación del Juicio antes llamado de "insania" hoy "de limitación de la capacidad" evitando la estigmatización terminológica.
En cambio, se ha interpretado que la individualización del nombre en la carátula no vulnera el derecho de la persona involucrada[8].

6 Comercio y Justicia "El acceso a los tratamientos de salud mental, tema pendiente en la agenda del mundo" (jueves 4 de mayo de 2017).

7 La misma debe analizarse en cada caso concreto. Valga citar el proceso de limitación de capacidad en el que la titular del Juzgado de 24 Nominación en lo Civil de Córdoba, expresó que no puede restringirse en abstracto el derecho a contraer matrimonio, La sentencia enfatizó que el derecho a casarse es parte de la libertad personal y la dignidad de cualquier persona y no es posible analizarlo de antemano, afirmación que fundó luego en una detenida lectura de los informes interdisciplinarios y de la entrevista personal que mantuviera con un joven con síndrome de Down que "no existe obstáculo legal alguno a la concreción de tal anhelo", refiriéndose al deseo de joven de convivir con su pareja planificando la concreción futura de su matrimonio. (Causa: "B., I. A. demanda de limitación a la capacidad". Fecha: 19 de octubre de 2018, publicado en Novedades Judiciales, Portal Poder Judicial).

8 En este sentido se ha dicho "….Debe revocarse la resolución que ordenó recaratular las actuaciones de insania, a los fines de preservar la identidad del presunto incapaz, pues la caratulación de un proceso tiene como fin identificar quien o quienes son las partes intervinientes para permitir su ubicación e individualización; y ello no determina en sí mismo su difusión, pues esto es un efecto diverso y posterior que puede -en determinados casos- limitarse o incluso prohibirse en resguardo de los derechos de las personas. No es el hecho mismo de que el expediente sea nominado con el nombre completo del presunto incapaz lo que podría terminar resultando lesivo, sino es la posibilidad de que tal información adquiera estado público y esté al alcance masivo de la sociedad, que es justamente lo que se pretende evitar con las normativas mencionadas por el juez a quo para fundar el rechazo de la reposición oportunamente planteada. Si bien en la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad se reconoce especialmente como derechos de las personas con discapacidad a la intimidad y a la protección de su identidad, tal reconocimiento debe ser interpretado justamente en equiparación con el resto de la sociedad; por ello, considerar que ser parte de un proceso de declaración de incapacidad, con plena finalidad tuitiva, resulta un desmérito desprestigio, entraña en sí mismo un efecto indeseado, que no se compadece ni encuentra fundamento en el nuevo marco normativo anteriormente referenciado" (C5a CC Cba. Auto N° 61. 16/03/15. "B.M.C- Declaración de incapacidad- Cuerpo de copia- Apelación. Fdo.: Dres. Rafael Aranda, Joaquín Fernando Ferrer y Claudia E. Zalazar).

c) la intervención estatal tiene siempre carácter interdisciplinario, tanto en el tratamiento como en el proceso judicial.

El art. 37 del Código Civil, in fine, establece que para dictar Sentencia en el juicio de restricción de la capacidad resulta imprescindible el dictamen de un equipo interdisciplinario.

La interdisciplinariedad como pilar central del proceso de limitación de la capacidad surge en consonancia con las normas adjetivas (art. 834 del C.P.C.), con la finalidad de emitir un dictamen integrador de las distintas áreas científicas, otorgando mayores garantías a la persona involucrada.

En el ámbito Provincial, la Dirección de Servicios Judiciales conforma un equipo multidisciplinario, integrado por un psicólogo, un psiquiatra y un asistente social.

El equipo deberá expedirse sobre diagnóstico y antecedentes médicos, consignando época en la que la situación se manifestó, señalando en particular si existe riesgo grave de daño inmediato para la persona o terceros, pronóstico de enfermedad (art. 37 CCN), médico e institución tratante, régimen aconsejable para el tratamiento, medicación, alternativas terapéuticas de estabilización, relevamiento de capacidades, habilidades, potencialidades y todo otro dato relevante.

La encuesta ambiental, procura acercar al Juez a las condiciones de vida de la persona, entorno familiar, actividades cotidianas, etc., que le permitirán sentenciar sobre el alcance de la restricción a la capacidad limitada o absoluta, y sobre quienes están en mejor situación de ejercer el cargo de curador o punto de apoyo en el contexto ambiental que rodea a la persona con discapacidad.

También desde el ámbito del Poder Judicial como Poder del Estado debe procurase, conforme Reglas de Brasilia, el acceso a la Jurisdicción de las personas en condición de vulnerabilidad, es que "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. Si bien la dificultad de garantizar la eficacia de los derechos afecta con carácter general a todos los ámbitos de la política pública, es aún mayor cuando se trata de personas en condición de vulnerabilidad dado que éstas encuentran obstáculos mayores para su ejercicio..."[9].

El Poder Judicial de Córdoba avanza en políticas que contemplan el acceso a la Justicia de personas vulnerables con la creación de oficinas, programas y recursos humanos afectados a esa tarea (conf. Acuerdo Reglamentario nro. 618 Serie A, 14/1/11), haciéndose eco de las recomendaciones contenidas en el documento "100 Reglas de Brasilia sobre Acceso de la Justicia de las Personas en condición de vulnerabilidad", elaborado y aprobado en la XIV Cumbre Judicial Iberoamericana.

d) la persona tiene derecho a recibir información a través de medios y tecnologías adecuadas para su comprensión;

A su turno, el derecho a recibir información a través de medios y tecnologías adecuadas para su comprensión se erige en otra garantía que emerge del inc. "d".

Actualmente la Oficina de Derechos Humanos y Justicia, dependiente del Tribunal Superior de Justicia de Córdoba, en base a la experiencia recogida desde la aprobación de la Convención de los Derechos de las personas con discapacidad (ONU 2006) realizó un informe de adopción del modelo social de discapacidad.

El mismo nace como resultado de sistematizar y analizar las sentencias de limitación de

9 Exposición de motivos. Reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad XIV Cumbre Judicial Iberoamericana de Brasilia, 4 a 6 de marzo de 2008.

la capacidad dictadas por los Juzgados del interior de la Provincia de Córdoba remitidas a esa oficina entre los años 2015 a 2017, conforme Acuerdo 1301, Serie de fecha 19/8/15.-
A partir del análisis de ese universo de resoluciones, en procura de desterrar cualquier tensión con el nuevo modelo de discapacidad, se realizan sugerencias para ser tenidas en cuenta en cada espacio judicial, proveyendo incluso a los Tribunales de cartillas informativas para facilitar la comprensión de las sentencias tanto de las personas designadas como puntos de apoyo como de la persona cuya capacidad se limita, encontrándose su formato virtual en la página Web oficial de la Oficina de Derechos Humanos y Justicia.
Como buenas prácticas de adopción al modelo social, se aconseja explicitar los postulados de la Convención de los Derechos de las Personas con discapacidad ONU 2006; dictar medidas de oficio en protección de derechos patrimoniales y personalísimos; participar de manera personal de actos procesales: audiencias y entrevistas; promover la autonomía de las personas con discapacidad, entre otras que se desarrollan.
En consonancia, el Juez como director del proceso en el marco del juicio de restricción a la capacidad, entrevistará personalmente al causante antes de dictar resolución asegurando la accesibilidad y los ajustes razonables del procedimiento de acuerdo a su situación (art. 35, del CCCN).
En esa audiencia, a más de la impresión de visu, que garantiza la inmediación del Magistrado, sobre la situación y características de la persona, será la oportunidad para explicar con lenguaje accesible las características del proceso.
Cabe aclarar que si la persona, por razones de salud, se encuentra impedida de ser trasladada al Tribunal, será el Juez quien se constituya en su lugar de residencia o internación en presencia de las Asesorías letradas.
Finalmente, y ya en la conclusión del proceso, la Sentencia que debe cumplir con los recaudos del art. 37 y 38 del C.C.C.N., debe pronunciarse sobre: diagnóstico, pronóstico, época en la que se manifestó la enfermedad, recursos personales y sociales existentes, régimen para la protección de la mayor autonomía.
Recientemente, fue noticia un fallo sobre restricción de capacidad debido a que fue redactada en formato de "lectura fácil" para que pueda ser entendida por la causante, una joven con diagnóstico F07, traumatismo craneoencefálico, deterioro cognitivo con cambios conductuales y deterioro motor[10].
Según las Normas Uniformes sobre la igualdad de oportunidades para las personas con discapacidad (aprobadas por la Asamblea General de Naciones Unidas en sesión del 04/03/1994) se establece la obligación de los Estados de hacer accesible la información y documentación para las personas con discapacidad, bajo un lenguaje simple y directo que evite los tecnicismos, abstracciones y elaboraciones complejas.
La nueva legislación sustantiva vigente que propone un Juez más cercano, que garantiza la inmediatez y el lenguaje claro y accesible, habla de un Estado pro activo mediante la sanción de leyes (poder Legislativo) y su implementación (Poder Judicial).

e) la persona tiene derecho a participar en el proceso judicial con asistencia letrada, que debe ser proporcionada por el Estado si carece de medios

Siguiendo con la hermenéutica del art. 31.del Código de fondo, el inc. "e". remite al derecho que tiene la persona a participar en el proceso judicial con asistencia letrada, que debe ser proporcionada por el Estado si carece de medios.
Esta norma debe ser analizada en consonancia con el art. 36 del C. C. N. que en su segundo párrafo establece: *"...interpuesta la solicitud de declaración de incapacidad o*

10 Juzgado en lo Civil, Comercial y de Familia de 4.º Nominación de Villa María en la causa "P.M.F. s/ Demanda de limitación de capacidad" Sentencia número 37 de fecha 12/5/2017.

restricción de la capacidad ante el Juez correspondiente a su domicilio o del lugar de la internación si la persona en cuyo interés se lleva adelante el proceso ha comparecido con abogado, se le debe nombrar uno para que lo represente y le preste asistencia letrada en juicio".

La inclusión de la persona con discapacidad como sujeto de derecho, humaniza este proceso.

La Corte le asignó una importancia suprema al respeto del debido proceso en todo tipo de procedimiento en el que se discutan los derechos u obligaciones de las personas con discapacidad, dada la especial situación de vulnerabilidad a la que suelen estar expuestas. En este sentido, el Poder Judicial debe ejercer un control activo y periódico, debiendo regir el principio de inmediatez con la finalidad de lograr una mejor tutela de los derechos en juego[11].

En esta línea normativa, el art. 36, inc. e, establece que "...si la persona en cuyo interés se lleva adelante el proceso ha comparecido sin abogado, se le debe nombrar uno para que la represente y le preste asistencia letrada en el juicio", en concordancia con las reglas generales establecidas en el art. 31, según el cual: "...la persona tiene derecho a participar en el proceso judicial con asistencia letrada, que debe ser proporcionada por el Estado si carece de medios"

f) deben priorizarse las alternativas terapéuticas menos restrictivas de los derechos y libertades.

Por último y vinculado al primer inciso, el apartado f). establece que deben priorizarse alternativas terapéuticas menos restrictivas de los derechos y libertades.

Como ya quedara esbozado, la internación como medida terapéutica debe ser indicada por un equipo interdisciplinario, cuando la persona presente peligrosidad para sí o terceros, y solo justificada mientras dure el tratamiento. Cuando la misma es involuntaria, y ha sido aconsejada por los profesionales intervinientes, debe judicializarse para su control.

Como ya fuera mencionado, en el ámbito de Córdoba, rige por Acuerdo el Protocolo de actuación, hoy Acuerdo 1575, distinguiendo entre internaciones voluntarias e involuntarias, en procura de desjudicializar la problemática, creando una etapa pre jurisdiccional obligatoria en el área de Salud de la Provincia, con posterior control Judicial.-

Al efecto, se creó un Servicio de Emergencia Especializado Público, para que analice la situación del paciente y, a partir de ese diagnóstico, se decida si corresponde (o no) la internación.

Cuando se produce la intervención de un juez, las alternativas terapéuticas que flexibilizan la internación (permisos), y la externación, tampoco requieren orden judicial (alta médica), debiéndose sólo comunicar al órgano jurisdiccional la decisión que tomen los profesionales de la salud en el ámbito médico.

La C.S.J.N. se ha pronunciado sobre el deber del magistrado de velar por la externación oportuna en caso de internación psiquiátrica, debiendo adoptar todas las medidas a su alcance para que el período de reclusión institucional se limite "...al tiempo indispensable requerido por las necesidades terapéuticas y la seguridad del internado y de terceros..." (art. 11, de la ley 22.914). Ingresando al caso, el Máximo Tribunal consideró "el hecho de que la jueza ordenara el 22 de febrero de 1994 que la paciente fuera revisada nuevamente por los médicos forenses, cuando ya tenía conocimiento desde los primeros días de ese mes, según lo informado por la autoridad de la clínica, que la actora se hallaba en condiciones de dejar la institución, importa por lo menos, una desprolijidad, que no se condice con la exigencia de evitar internaciones prolongadas sin sustento en la gra-

11 Fallos 328:4832.

vedad de la patología de quien debe ser realmente recluido en una unidad asistencial. El Estado propició una internación involuntaria innecesaria, sin intentar un tratamiento voluntario alternativo, lo que vulnera el principio que establece que todo paciente tiene derecho a ser tratado y atendido, en la medida de lo posible, en la comunidad en que vive (Principio 7, inciso 1 de los Principios de Salud Mental)[12].

En caso de que la prolongación de la internación fuese por problemáticas de orden social, el juez deberá ordenar al órgano administrativo correspondiente la inclusión en programas sociales y dispositivos específicos y la externación a la mayor brevedad posible, comunicando dicha situación al órgano de revisión creado por esta ley.

En este punto la Ley de Salud mental establece que en ningún caso la internación puede ser indicada o prolongada para resolver problemáticas sociales o de vivienda, para lo cual el Estado debe proveer los recursos adecuados a través de los organismos públicos competentes, como sería el Ministerio de Desarrollo Social.

La finalidad tuitiva del ordenamiento descansa en evitar la institucionalización de personas que se encuentran en condiciones de alta médica, pero carecen de un continente socio familiar que las reciba.

La judicialización y control de la internación involuntaria, se erige en protección de elementales garantías constitucionales de la persona que por su mismo estado de salud y ante la restricción que importa la internación, se presume vulnerable.

El ordenamiento tutelar se construyó en base a casos jurisprudenciales simbólicos que cimentaron el nuevo paradigma. Viene al caso recordar el informe realizado por la Comisión interamericana en el caso "Congo"[13], que analizó la responsabilidad del Estado de Ecuador por la muerte del Sr. Congo tras haber sido detenido con problemas de salud mental preexistentes, agravados durante su encierro, en el que fue agredido por personal estatal y finalmente, luego de aproximadamente cuarenta días que permaneció aislado, sin ingerir alimentos ni agua se produjo su fallecimiento. La Comisión estableció que cuando una persona se halla bajo custodia, sin la posibilidad de acudir a sus allegados, a un abogado o a un médico particular, el Estado ejerce control completo sobre su vida e integridad.

La Comisión consideró que en el presente caso las garantías establecidas en el artículo 5 de la Convención Americana deben ser interpretadas a la luz de los Principios para la Protección de los Enfermos Mentales y para el mejoramiento de la Atención de la Salud Mental.

Estos principios fueron adoptados por la Asamblea General de la ONU como guía interpretativa en lo que se refiere a la protección de los derechos humanos de las personas con discapacidad mental, consideradas por este órgano como un grupo especialmente vulnerable.

Otro fallo paradigmático de la C.S.J.N. es "Tufano…" Ricardo Alberto/Internación"[14]. En el mismo el Máximo Tribunal, al resolver un conflicto de competencia, señaló que el respeto de la regla del debido proceso debe ser observado con mayor razón en el caso de personas con sufrimiento mental debido al estado de vulnerabilidad, en el que se encuentran frecuentemente estas personas.

Las causas "Hermosa, Luis Alberto s/ insania" Proceso especial y "R., M.J. s/ Insania"[15] son referentes del deber de revisión periódica de las sentencias en las que se declara una restricción de capacidad en ejercicio Estatal de la función preventiva y tuitiva de los

12 CSJN "Recurso de hecho deducido por la actora en la causa S. M. C. c/Ministerio de Justicia - Poder Judicial - Estado Nacional".

13 Informe 63/99, caso 11427 "Víctor Rosario Congo Vs. Ecuador" del 13/04/1999.

14 Fallos 328:4832.

15 Fallos: 331:211.

derechos fundamentales. En la segunda causa, dispuesta respecto del paciente hacía más de 25 años de internación, período en cuyo transcurso fueron ignorados los principios de legalidad, razonabilidad, proporcionalidad e igualdad reconocidos en nuestra Constitución Nacional y en la normativa supranacional de derechos humanos con jerarquía constitucional.
Luego de este recorrido por los pilares del ordenamiento jurídico en materia de salud mental, se advierte la necesidad de un Estado presente que garantice la vigencia de estos principios, que se hagan realidad en las instituciones.

III. Avance conceptual del CCCN

El Código Civil de Velez receptaba una visión reduccionista de la noción de discapacidad, incluyendo solo a quienes padecían una alteración mental, intelectual o sensitiva.
El C.C.C.N., en su articulado (arts. 48 y 2448) adopta un concepto amplio de discapacidad, superador de aquél que diferenciaba entre las personas mentalmente sanas y las personas dementes. Así persona con discapacidad "...es quien padece una alteración funcional permanente o prolongada, física o mental, que en relación a su edad y medio social implica desventajas considerables para su integración familiar, social, educacional o laboral...".
Se reconocen dos grandes categorías de personas en función de la extensión de la limitación de la capacidad: 1) personas con incapacidad (Art. 32 del Código Civil) y 2) personas con capacidad restringida.
Mientras que el anterior Código protegía al incapaz desde una visión patrimonialista, el nuevo ordenamiento lo hace desde un concepto estrictamente humano.

IV. Políticas de Estado

El Estado es situado normativamente como garante del cumplimiento de derechos constitucionales fundamentales de la persona con padecimiento mental. Así Reza el art. 1 de la Ley 26.657 :*"...La presente ley tiene por objeto asegurar el derecho a la protección de la salud mental de todas las personas, y el pleno goce de los derechos humanos de aquellas con padecimiento mental que se encuentran en el territorio nacional, reconocidos en los instrumentos internacionales de derechos humanos, con jerarquía constitucional, sin perjuicio de las regulaciones más beneficiosas que para la protección de estos derechos puedan establecer las provincias y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires..."*.
El Texto normativo, en el art. 7 cit., pone en cabeza del Estado la garantía de los siguientes derechos inherentes a la persona con padecimiento menal: *"...a) a recibir atención sanitaria y social integral y humanizada, a partir del acceso gratuito, igualitario y equitativo a las prestaciones e insumos necesarios, con el objeto de asegurar la recuperación y preservación de su salud; b) Derecho a conocer y preservar su identidad, sus grupos de pertenencia, su genealogía y su historia; c) Derecho a recibir una atención basada en fundamentos científicos ajustados a principios éticos; d) Derecho a recibir tratamiento y a ser tratado con la alternativa terapéutica más conveniente, que menos restrinja sus derechos y libertades, promoviendo la integración familiar, laboral y comunitaria; e) Derecho a ser acompañado antes, durante y luego del tratamiento por sus familiares, otros afectos o a quien la persona con padecimiento mental designe; f) Derecho a recibir o rechazar asistencia o auxilio espiritual o religioso; g) Derecho del asistido, su abogado, un familiar, o allegado que éste designe, a acceder a sus antecedentes familiares, fichas e historias clínicas; h) Derecho a que en el caso de internación involuntaria o voluntaria*

prolongada, las condiciones de la misma sean supervisadas periódicamente por el órgano de revisión; i) Derecho a no ser identificado ni discriminado por un padecimiento mental actual o pasado; j) Derecho a ser informado de manera adecuada y comprensible de los derechos que lo asisten, y de todo lo inherente a su salud y tratamiento, según las normas del consentimiento informado, incluyendo las alternativas para su atención, que en el caso de no ser comprendidas por el paciente se comunicarán a los familiares, tutores o representantes legales; k) Derecho a poder tomar decisiones relacionadas con su atención y su tratamiento dentro de sus posibilidades; l) Derecho a recibir un tratamiento personalizado en un ambiente apto con resguardo de su intimidad, siendo reconocido siempre como sujeto de derecho, con el pleno respeto de su vida privada y libertad de comunicación; m) Derecho a no ser objeto de investigaciones clínicas ni tratamientos experimentales sin un consentimiento fehaciente; n) Derecho a que el padecimiento mental no sea considerado un estado inmodificable; o) Derecho a no ser sometido a trabajos forzados; p) Derecho a recibir una justa compensación por su tarea en caso de participar de actividades encuadradas como laborterapia o trabajos comunitarios, que impliquen producción de objetos, obras o servicios que luego sean comercializados".

En el ámbito Provincial, la ley 9848, en su artículo 6, bajo el título Garantía Estatal, tutela: *"...a) La accesibilidad geográfica, económico-social y cultural de la población al sistema de atención en salud mental; b) La organización territorial del sistema de salud mental mediante el establecimiento de zonas sanitarias de integración en salud mental; c) El reforzamiento de los servicios locales -municipales o comunales- de salud mental; d) La participación de la sociedad civil y de la comunidad en la definición y abordaje de las problemáticas de salud mental, y e) El fortalecimiento de las redes y lazos sociales..."*.

A la luz de estas normas directrices nos proponemos analizar en el presente ensayo el rol del Estado, y su reflejo en las políticas sanitarias.

Cierto es que, en distintos sectores de la Salud, ha impactado este nuevo paradigma, acusando la necesidad de adecuar las instituciones tradicionales monovalentes, tendiendo a la desmanicomialización, como depósito de seres humanos. Sobre esta temática encontramos gran caudal de crónicas periodísticas lo que denota un interés de la sociedad como espectadora y partícipe de este cambio.

Así fue noticia el Hospital Emilio Vidal Abal, de Oliva, que "...tiene más de un siglo y fue el principal centro de salud mental de la Provincia de Córdoba, inaugurado en 1914 llegó a tener más de cinco mil pacientes y 1.800 empleados en las décadas de 1950 y 1960, ya que en la actualidad los internos no llegan a 250 y cuenta con más empleados que pacientes..."[16] .

Según esta investigación la drástica reducción obedece, ante todo, al modelo de desmanicomialización que busca romper, tanto en Argentina como en buena parte del mundo, con la vieja concepción de pacientes psiquiátricos irrecuperables y albergados para siempre.

"...En sus primeras décadas, como asilo, estaba poblado por mucho más que pacientes de salud mental. Recibía a inmigrantes sin hogar, excombatientes de guerra europeos, personas que vivían en la marginación y enfermos crónicos. "Se trataba de un asilo al que llegaba gente de todo el país...", recordó su exdirector Daniel Cavallo[17] .

Siguiendo con esta cronología[18] , en 1983 este emblemático Hospital pasó de la Nación a la órbita de la Provincia. Según la misma crónica, años después, "tras el advenimiento de la democracia, se comenzó a trabajar con el modelo europeo de resocialización de

16 Al hospital de salud mental de Oliva le quedan 250 pacientes", tomado del periódico La Voz del interior, publicación del día 28/07/2019, Córdoba.

17 Ídem.

18 Ídem.

pacientes, muchos de los cuales volvieron a sus provincias de origen".
En el ámbito de la Nación, la Secretaría de Gobierno de Salud de la Nación, autoridades de Salud Mental de las provincias, representantes de clínicas y sanatorios públicos y privados y OPS comenzaron a definir las pautas para la readecuación de los hospitales monovalentes o neuropsiquiátricos de cara a la sustitución definitiva de estas instituciones.
Según se informa en la página oficial del Ministerio de la Nación, mesas de trabajo mediante, en las que participaron además autoridades de las áreas de Salud Mental de la provincia de Buenos Aires y de CABA, representantes del Órgano de Revisión Nacional y del Consejo Consultivo Honorario de Salud Mental y Adicciones –ambos organismos establecidos en el marco de Ley–, miembros de la OPS, la Secretaría de Derechos Humanos de la Nación y el PAMI., comenzaron a delinearse las pautas para la transformación de los hospitales monovalentes o neuropsiquiátricos en una red integrada de Salud Mental con base en la comunidad, según lo establecido por la normativa vigente.
En este sentido se lee: "El proceso de transformación del hospital monovalente requiere ampliar la red y fortalecer las reformas que se vienen implementando en muchas provincias y municipios tendientes a la modificación del modelo de atención en salud mental, desde la estrategia de atención primaria de la salud, la salud mental comunitaria, la integralidad y la integración intersectorial e interdisciplinaria"[19].
Es que la Ley Nacional de Salud Mental dispone un modelo de atención que se viene desarrollando desde hace años a lo largo del territorio nacional, en sintonía con otros países del mundo. Existe un consenso internacional desde hace más de 30 años, desde instituciones como la Organización Mundial de la Salud (OMS) y la Organización Panamericana de la Salud (OPS), el hospital monovalente debe ser sustituido por una red integrada de salud mental con base comunitaria.
Así lo acusa la doctrina al afirmar "se está promoviendo un proceso que procura que el sistema de salud se adecue a las necesidades de todas las personas con problemas de salud mental de manera que puedan ser atendidas cerca de su hogar, de forma ambulatoria y con la continuidad de cuidados necesaria para garantizar su recuperación"[20].
La adecuación es un proceso necesario. Argentina ha dado un paso decisivo en relación al marco normativo de la salud mental y es un ejemplo para otros países de la región porque maneja y tiene estándares altos internacionales en relación a la protección de los derechos humanos y cuáles son las formas de sostenerlos en relación a la respuesta social y de las instituciones a los problemas de salud mental.
En este contexto se afirmó: "queda una enorme brecha que recorrer entre el marco normativo y la implementación. El desafío es que la implementación plena le llegue a cada sector del país, poner todo para alcanzar un consenso y que esto efectivamente se pueda concretar. Hay otros países que han avanzado en la adecuación de los monovalentes sin ley como Chile, pero la Argentina tiene esta enorme oportunidad de que la ley nos obliga a recorrer esos caminos y el esfuerzo de todos debe hacerse para que transcurra con la mayor celeridad posible y los dispositivos y readecuaciones necesarias".
A raíz de estas conclusiones vertidas a nivel nacional, Córdoba emitió una respuesta oficial ante la preocupación por posibles cierres de neuropsiquiátricos, afirmando que será un proceso gradual la implementación de la normativa que requiere una progresiva descentralización de los profesionales y trabajadores de salud desde los hospitales psiquiátricos hacia los hospitales generales[21].
En síntesis, toda modificación estructural debe ser paulatina, cuidando a las personas

19 Tomado de https://www.argentina.gob.ar/cit.

20 Tomado de https://www.argentina.gob.ar/cit.

21 "Aseguran que no cerraran centros de salud mental", La Voz del Interior, 11/06/19.

institucionalizadas y a su entorno.

Volviendo a las políticas de Estado, recientemente la Magistrada, Dra. Claudia Zalazar se ha expedido: "...Hay un problema de base, faltan políticas públicas correctas..."[22].

Siguiendo esta línea de pensamiento, entiendo que el cambio estructural luce ambicioso, si no nos detenemos en el actual sistema de salud que rige, por solo citar un ejemplo, para emergencias en salud mental, que resultaría perfectible fomentando mejores carriles de comunicación entre los sectores intervinientes y capacitación en la materia.

Sin desmerecer los objetivos a largo plazo como puede ser el de abandonar la figura del Hospital monovalente, deberíamos interinamente preocuparnos por facilitar el camino que deben transitar en primer lugar el paciente, familiares, médicos, personal policial y judicial, cuando de sector público hablamos.
En orden a las patologías y a la especialización de las instituciones como anhelo, según conclusiones vertidas en el marco de las Jornadas multidisciplinarias de Salud Mental dictadas en marzo de 2017, en el Instituto de Estudios de la Magistratura de Córdoba, y exposición de peritos psiquiatras, muchos trastornos psiquiátricos son originados en problemas de adicción a las drogas.
El consumo desde corta edad favorece el conflicto con la ley penal, lo que constituye una preocupación desde el Estado, que lo incluye un tema en la agenda de salud del Estado[23].
La especialidad de los Nosocomios y tratamientos no es tema menor, cuando la finalidad última es la recuperación de la persona, allí deberían dirigirse los esfuerzos de política estatal y presupuesto.
También se ha reflexionado sobre las políticas sanitarias en el en el mapa Federal, con una mirada de preocupación respecto de la distribución de los recursos[24].
A nivel global, no se ha logrado aún dar una respuesta acabada al requerimiento de prestación adecuada en materia de salud mental. Según el artículo citado la estadística de la Organización Mundial de la Salud da cuenta que en los países de ingresos bajos y medios un porcentual del 76% al 85% no recibe tratamiento adecuado.
Contar con datos epidemiológicos es fundamental para enfrentar el problema desde el Estado.
Según las conclusiones iniciales del primer Estudio Argentino de Epidemiología en Salud Mental, publicado en la revista científica Social Psychiatry and Psychiatric Epidemiology uno de cada tres argentinos mayores de 18 años presentó un trastorno de salud mental

22 "….Al introducirse en la temática se afirma que La Ley Nacional de Salud Mental indicó hace 10 años -cuando fue creada-, que a comienzos de 2020 los hospitales psiquiátricos debían ser sustituidos por hospitales generales y dispositivos intermedios para la externación de pacientes de los denominados "monovalentes".La normativa reconoce a las personas con padecimiento mental como sujetos de derecho, pone límites a las internaciones y busca una atención con soporte en la comunidad. Hasta aquí, cuestiones que están en la letra de la ley, pero que ha sido materia de controversias en las últimas semanas de la mano de la resolución 715/2019 de la Secretaría de Salud de la nación.
Esa resolución hace "recomendaciones y sugerencias para ser adheridas y analizadas por las jurisdicciones en pos de la generación de políticas públicas…" para dar cumplimiento a la Ley Nacional de Salud Mental que prohíbe crear nuevos neuropsiquiátricos o instituciones de internación monovalentes, públicos o privados, y que fija que los existentes deben adaptarse hasta la sustitución definitiva por los dispositivos alternativos. Estos últimos son casas de medio camino, centros de capacitación sociolaboral, viviendas comunitarias, guardias interdisciplinarias, camas de internación en hospitales generales y atención domiciliaria. La incertidumbre sobre qué ocurrirá a inicios de 2020 en cuanto al cumplimiento de externaciones de los neuropsiquiátricos encendió luces de alerta en el sector de la salud, en la comunidad profesional y también en la Justicia. La camarista civil Claudia Zalazar, quien se ha convertido en fuente de consulta en materia de salud mental en la parte judicial…" (Fuente: entrevista a la Camarista Dra. Claudia Zalazar, Comercio y Justicia "Salud mental: 'Hay un problema de base, faltan políticas públicas correctas'" 18.06.2019

23 "El acceso a los tratamientos de salud mental, tema pendiente en la agenda del mundo". Comercio y Justicia, jueves 4 de mayo de 2017.

24 El caso concreto de las personas con discapacidad, sus familias y quienes los asisten, padecen de forma irreparable el no-federalismo practicado en distintos niveles de la gestión pública o privada, como réplica imperfecta del mal-hacer. Hay instituciones, personas, que hacen lo que pueden; pero no alcanza. (Federalismo y personas con discapacidad, La Voz del Interior, jueves 15 de agosto de 2019) Nota de Dra. Susana Pares.

en algún momento de su vida. Los más frecuentes fueron el episodio depresivo mayor, seguido por el abuso de sustancias y las fobias específicas. Eso debería influir para que las autoridades aumenten los recursos destinados a tal efecto[25].
"Uno de los objetivos principales fue contar con datos propios del país en epidemiología en salud mental, teniendo en cuenta que dentro de los trastornos que van a la cabeza de la epidemiología mundial, los de salud mental tienen una altísima prevalencia, casi cercana a los de oncología o enfermedad cardiovascular. Para 2020 se considera que la depresión va a ser uno de los trastornos más frecuentes en la población en general"[26].
También se reflexionó "no pareciera que vamos en el camino correcto con una Ley de Salud Mental que en vez de modernizar los hospitales monovalentes especializados, se queda en el análisis superficial de la situación y propone cerrarlos"[27].
El gran desafío entonces, planteado el escenario del nuevo paradigma, será adecuar desde el Estado las políticas sociales y de salud en este campo, capacitando, y creando instituciones adecuadas tendientes a la rehabilitación de la persona que tiene un padecimiento mental con seguimiento de profesionales médicos y legales.
Importante sería contemplar los distintos tipos de problemas de salud, para el tratamiento adecuado y logro de resultados.
Recientemente y con motivo de una capacitación dirigida a profesionales de la salud e integrantes del Poder Judicial, se exhibió un documental gestado en el seno de los Hospitales Públicos, (Abordaje normativo y proyección de documental
"Entre Muros y Puentes" capacitación a cargo de (Premio FOMECA) Oficina de Coordinación de Internaciones Judiciales Involuntarias (O.C.I.J.I.) la intervención de integrantes del equipo a cargo de su producción que tuvo lugar el cinco de junio del corriente año[28].

V. Conclusiones

Transcurridos cuatro años de la importante reforma del Código Civil, nos rige un sistema normativo en materia de capacidad, particularmente innovador y protectorio en salud mental, en hora buena, aunque queda camino por recorrer, es un avance legislativo que va de la mano de la ciencia médica.
A su paso, la doctrina y Jurisprudencia que hemos repasado, en el orden Provincial y Nacional, dan vida a la letra de la ley a partir de diversa casuística. Sobre los fundamentos y fines de la reforma, nos ilustran los debates parlamentarios.
Colocada la problemática en la agenda del Estado, los avances son innegables, y cada operador deberá colaborar desde su formación y actualización con este cambio de paradigma.
Siguiendo los nuevos lineamientos se impone hacer realidad la letra de la ley, modernizando las instituciones monovalentes, para dar lugar a casas de medio camino, instituciones con intervenciones profesionales multidisciplinarias con demostrada eficacia

25 www.uba.ar/noticiasuba/ UBA, Universidad Nacional de Buenos Aires, 11/3/18. Extracto nota diario Perfil.

26 www.uba.ar/noticiasuba/ UBA, Universidad Nacional de Buenos Aires. Conclusiones del Psiquiatra Juan Carlos Stagnaro, profesor titular del Departamento de Psiquiatría y Salud Mental de la Facultad de Medicina de la UBA y uno de los autores del trabajo.

27 evaluó el médico psiquiatra Marcelo Cetkovich, jefe de psiquiatría. www.uba.ar/noticiasuba/ UBA, Universidad Nacional de Buenos Aires, cit.

28 Entre muros y puentes es una producción audiovisual de seis cortometrajes que ponen en tensión los paradigmas y modelos de atención presentes en el sistema de salud mental de Córdoba, a través de los testimonios y experiencias de actores directamente involucrados.
La serie se llevó a cabo entre 2017 y 2019, es producto de un trabajo colectivo y mancomunado de la Asociación Cooperadora y Amigos del Hospital Neuropsiquiátrico Provincial, el Observatorio de Salud Mental y Derechos Humanos y Altroqué realizaciones.
La serie presenta seis capítulos audiovisuales sobre la situación de la salud mental en Córdoba. Se trata de una producción dirigida al público en general que invita a reflexionar sobre los muros que aún existen en el sistema de salud mental, pero también en los puentes que nos posibilitan abrir la mirada en torno al tema. Así se desarrollan diferentes ejes que abarcan mitos y prejuicios en los medios de comunicación, los diferentes modelos de atención en los hospitales monovalentes y generales, la existencia de dispositivos sustitutivos como las casas de convivencia y concepciones más integrales de salud que abarcan lo comunitario, el ambiente y el género.

para tratamientos y recuperación del paciente.
Imposible desconocer que el camino presenta dificultades tales como la realidad de los nosocomios públicos especializados en salud mental, el aumento de casos judiciales, que recaen en los equipos técnicos., complejidad propia de la problemática, escasos recursos económicos, etc.
Es en definitiva el Estado quien debe velar por la vigencia del nuevo paradigma en salud mental, dotando de recursos humanos especializados, y una programada política sanitaria, para hacer realidad la finalidad tuitiva del legislador, en resguardo de las personas más vulnerables, todo en armonía con el andamiaje Constitucional.
Sería de gran importancia, invertir presupuestariamente en engranar los distintos sectores que intervienen, cuando se presenta la necesidad de una internación involuntaria frente a la necesidad de adecuado tratamiento, saber: Poder Judicial, Personal Médico, Nosocomios y personal Policial.
En la práctica por ejemplo, en la emergencia, cuando se ordena un pedido de búsqueda de paradero a los fines de la evaluación médica del paciente, es importante que el personal policial se encuentre capacitado para distinguir ente la búsqueda de paradero de un imputado proveniente del Fuero Penal, y la de búsqueda de paradero de una persona con criterio de evaluación psiquiátrica que podría revestir peligrosidad para sí o terceros, o cuando se procura derivar a un paciente de un Hospital a otro, por especialidad de tratamiento.
Desde la praxis diaria podemos concluir que no siempre se trata de aumentar presupuestos sino de optimización de recursos, en definitiva, de acertadas políticas de Estado.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

• AMBROGGIO, Adrián Federico (2015): elDial.com - DC1F1F, publicado el 15/06/2015.
• CIFUENTES, Santos et al (1997): Juicio de Insania Dementes Sordomudos e inhabilitados, Editorial Hammurabi y Academia Nacional de Derecho, Buenos Aires.
• Comercio y Justicia: “El acceso a los tratamientos de salud mental, tema pendiente en la agenda del mundo”, jueves 4 de mayo de 2017.
• Comercio y Justicia: “El Código Civil provocó un gran cambio en materia de la capacidad de las personas”, 18 de mayo de 2018.
• Comercio y Justicia: “Salud mental: “Hay un problema de base, faltan políticas públicas correctas”, 18 de junio de 2019.
• Diario de Sesiones Cámara de Diputados de la Nación. 7ª Sesión Ordinaria (Especial) – 14 de octubre de 2009. Periodo 127º.
• La voz del interior: “Al hospital de salud mental de Oliva le quedan 250 pacientes”, 28 de julio de 2019.
• La voz del Interior: “Federalismo y personas con discapacidad”, 15 de agosto de 2019.
• LORENZETTI, Ricardo (2014): Código Civil Comercial de la Nación comentado, Rubinzal Culzoni Editores, Buenos Aires.

REGULACIÓN DEL USO DE CANNABIS EN LOS NIÑOS ARGENTINOS CON EPILEPSIA REFRACTARIA. UNA MIRADA DESDE EL DERECHO LATINOAMERICANO COMPARADO

REGULATION OF CANNABIS USE IN ARGENTINEAN CHILDREN WITH REFRACTORY EPILEPSY. A VIEW FROM COMPARATIVE LATIN AMERICAN LAW

José María Palacio[1] Karina Rojas[2]

Fecha de recepción: 31/07/2019
Fecha de aceptación: 23/10/2019

RESUMEN:
Muchos avances se han producido en la última década en cuánto a los tratamientos coadyuvantes para la epilepsia refractaria (ER) en niños tales como la Dieta Cetogénica (DC), los fármacos antiepilépticos (FAE) y recientemente la regulación del uso de cannabis como ley de fondo en nuestro país, a iniciado los primeros pasos en materia de ensayos clínicos en relación a esta enfermedad crónica. Objetivos: 1) Conocer la planta y sus componentes como tratamiento coadyuvante para la ER 2) Indagar a cerca de la regulación de fondo del uso Medicinal de la planta de cannabis y sus derivados en Argentina 3) analizar la legislación de la marihuana en el derecho comparado latinoamericano. Material y Métodos: se realizo una revisión sistemática de los artículos encontrados en la literatura científica que nuclean palabras claves tales como: cannabinoides, epilepsia refractaria, niños, legislación y derecho comparado durante abril 2017 a abril 2018, en los principales portales médicos por un lado tales como Pubmed, Medline, Lilacs y Cochrane, como así también en los portales jurídicos sobre legislación y doctrina especializada de la Dirección de Servicios Legislativos de la Biblioteca del Congreso de la Nación Argentina. El idioma utilizado fue el ingles y español. Resultados: El avance jurídico de la ley 27.350 denominada "Uso medicinal del cannabis y sus derivados" y su decreto reglamentario 738/2017 en nuestro país, abre un nuevo escenario medico jurídico el cual permitirá fortalecer los ensayos clínicos randomizados con estudios doble-ciego,

1 Abogado. Escribano. Magister de la UBA en Administración y Sistemas de los Servicios de Salud. Profesor en Ciencias Jurídicas. Adscripto a la Cátedra de Derecho Notarial II. Carrera Notariado. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Córdoba. Mail: palaciojosemaria43@gmail.com - ORCID iD: https://orcid.org/0000-0002-1663-250X.

2 Licenciada en Enfermería Especialista en Pediatría. Hospital Nacional de Pediatría Prof. Dr. Juan. P. Garrahan. Mail: karyrojas981@gmail.com – ORCID iD: https://orcid.org/000-0003-1391-6815.

placebo controlados con el objetivo de demostrar la efectividad y seguridad de su uso en la población infantil. Los datos preliminares de la investigación sugieren que el cannabis es efectivo en un 59 % de los casos reportados en el tratamiento de los niños/as y adolescentes con ER. Sin embargo, los datos disponibles en los centros de Argentina son limitados y experimentales en una primera facie no permitiendo sacar conclusiones aún. Es meritorio destacar que varios de los países latinoamericanos fueron precursores del marco regulatorio en el uso de la marihuana medicinal y nuestro país ha receptado sus bases legislativas para dar respuestas a nuevos escenarios sociales que demanden respuestas médicas jurídicos..

ABSTRACT:
Many advances have occurred in the last decade in terms of adjuvant treatments for refractory epilepsy (ER) in children such as the Ketogenic Diet (DC), antiepileptic drugs (FAE) and recently the regulation of the use of cannabis as a law of background in our country, has begun the first steps in clinical trials in relation to this chronic disease. Objectives: 1) Know the plant and its components as an adjunctive treatment for the ER 2) Inquire about the basic regulation of the medicinal use of the cannabis plant and its derivatives in Argentina 3) analyze the legislation of marijuana in the law Latin American compared. Material and Methods: a systematic review of the articles found in the scientific literature that combine keywords such as: cannabinoids, refractory epilepsy, children, legislation and law compared during April 2017 to April 2018, in the main medical portals on the one hand such as Pubmed, Medline, Lilacs and Cochrane, as well as in the legal portals on legislation and specialized doctrine of the Legislative Services Department of the Library of Congress of the Argentine Nation. The language used was English and Spanish. Results: The legal advance of the law 27,350 called "Medicinal use of cannabis and its derivatives" and its regulatory decree 738/2017 in our country, opens a new legal medical scenario which will strengthen the randomized clinical trials with double-blind studies, placebo controlled in order to demonstrate the effectiveness and safety of its use in children. Preliminary research data suggest that cannabis is effective in 59% of the cases reported in the treatment of children and adolescents with RE. However, the data available in the centers of Argentina are limited and experimental in a first facie not allowing conclusions yet. It is worth mentioning that several of the Latin American countries were precursors of the regulatory framework in the use of medical marijuana and our country has received its legislative bases to respond to new social scenarios that demand legal medical responses.

PALABRAS CLAVE: Cannabinoides; Epilepsia refractaria; Niños, Legislación; Derecho comparado.

KEY WORDS: Cannabinoids; Refractory epilepsy; Children; Legislation; Comparative law.

I. Introducción

La epilepsia es un trastorno neurológico crónico que afecta a personas de todas las edades, existen alrededor del mundo, unos 50 millones de personas que padecen esta enfermedad, lo que la convierte en uno de los trastornos neurológicos más comunes. Cerca del 80 % de los pacientes viven en países de ingresos bajos y medianos, se estima que el 70 % de las personas con esta patología, podrían vivir sin convulsiones si se diagnosticaran y trataran adecuadamente. El riesgo de muerte prematura en personas con

epilepsia es hasta tres veces mayor que en la población general. Alrededor de tres cuartas partes de las personas que viven en países de ingresos bajos y medianos no reciben el tratamiento que necesitan. En este contexto global, la epilepsia afecta al 0,5-1 % de la población global, y se estima que el 60 % de los casos se presentan durante la infancia de los cuales un 20 a 30 % de los pacientes evoluciona refractariamente al tratamiento clásico con fármacos antiepilépticos FAE[3].

La DC es un tratamiento no farmacológico, coadyuvante y efectivo utilizado como método alternativo para el manejo de la ER desde 1992 y consiste en la selección de alimentos que aporten un alto contenido en grasas, bajo contenido en hidratos de carbono y un aporte de proteínas recomendados para la edad del paciente, además es una dieta rígida, matemáticamente calculada, individual y medicamente controlada[4,5]. Siendo esta, las mas usada en la Republica Argentina, bajo el protocolo del Hospital John Hopkins

A los clásicos tratamientos de la ER con FAE, se les a agregado como anteriormente se mencionaba la DC como tratamiento coadyuvante y recientemente nuestro país ha creado el marco regulatorio mediante la Ley Nº 27350[6] y su decreto reglamentario 738/2017[7] abriendo un camino de investigación médica y científica para determinar la efectividad clínica del uso medicinal de la planta de cannabis y sus derivados como tratamiento coadyuvante para la (ER) en los niños argentinos.

II. La marihuana como fitoterapia

La planta de marihuana, la cannabis sativa y la cannabis indica[8,9] contiene cerca de 489 compuestos, de los cuales existen aproximadamente 70 diferentes cannabinoides, de estos, el componente psicoativo llamado tetrahidrocannabinol (THC) fue aislado en 1964 (ver fig.1), mientras que el componente no psicoactivo llamado cannabidiol (CBD), fue aislado en 1963 (Ver fig. 2), ambos constituyen los componentes mas importantes, encontrándose en variables concentraciones en las diferentes cepas de la marihuana. La razón entre ambos determina los efectos terapéuticos y los efectos psicoactivos[10,11,12] .Con respecto al THC, se ha sugerido que la euforia que origina, seria debida a una depresión de la actividad de inhibición en el septum entre el cerebro y tálamo[13] ambos actúando en el sistema endocannabinoide (SEC). El SEC es un grupo de receptores cannabinoides endógenos localizados en el cerebro de los mamíferos que están constituidos por lípidos neuromoduladores y sus receptores. Conocidos como el "propio sistema cannabinoide del cuerpo" involucrandose en una variedad de procesos fisiológicos tales como: el apetito, sensación al dolor, humor etc.

3 Organización Mundial de la Salud (2019) www.who.int/es.

4 Carballo R y Vining E (2012). Ketogenic diet Chapter 45. Handbook of clinical Neurology. Volume 108, Pagés 783-793.

5 Neal E. Et al. (2008). The ketogenic diet for the treatment of childhood epilepsy: a randomised controlled trial. Lancet Neurol (6):500-6.

6 Ley Nº 27.350 Uso Medicinal de la Planta de Cannabis y sus derivados.

7 Decreto reglamentario Nº 738/2017.

8 Cilio MR, Thiele EA, Devinsky O. (2014) The case for assesing cannabidiol in epilepsy 55(6): 787-790.

9 Maa E, Figi P. (2014).The case for medical marijuana in epilepsy. Epilepsia 55:783-6.

10 Cilio MR, Thiele EA, Devinsky O. (2014).The case for assesing cannabidiol in epilepsy 55(6): 787-790.

11 Kopel Bs. Brust JC, File T. (2014). Systematic review. Efficacy and safety of medical marijuana in select neurological disorders. Report of the Guideline Development Subcommitte of Americam Academy of Neurology 82:1556-1563.

12 Gordon E, Devinsky. (2001). Alcohol and marijuana: Effects on the epilepsy an use by patients with epilepsy. Epilepsia 42(10): 1266-1272.

13 Robson PJ. (2013) Therapeutic potencial of cannabinoid medicines. Drug test Analysis ;DOI 10.1002/dta 1529.

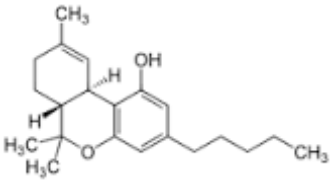

Fig. 1 Tetrahidrocannabinol estructura molecular (delta 9 THC) componente activo

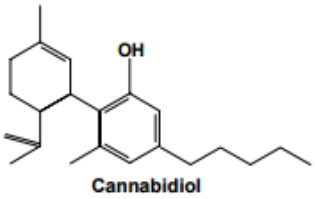

Fig. 2 Estructura Molecular de Cannabidiol (CBD) componente inactivo

III. Farmacología del cannabidiol en personas humanas

Los estudios de CBD sintético o de extracto de plantas, aislados o en combinación con el THC, ha entregado suficiente información a cerca de la farmacología del CBD en seres humanos, que permiten su manejo en ensayos y tratamientos clínicos[14] [15],[16] [17]. La forma medicinal se administra oralmente en forma de aceite en una cápsula, la que por su baja solubilidad en agua determina una absorción errática. La biodisponibilidad se estima cercana al 6%, debido a su paso por el hígado. El CBD es unido a la proteína plasmática y el 10% circula unido a los glóbulos rojos, por lo que en la administración crónica puede acumularse en pacientes con alta adiposidad. El CBD es metabolizado por el hígado y excretado por heces y orina, siendo su vida media alrededor de 18 a 32 horas. Actualmente existen en el mercado varios fármacos cannabinoides, que tienen distintas concentraciones de CBD y THC. Estos son indicados en diversas patologías entre ellas: esclerosis múltiple, control de crisis epilépticas, artritis, fibromialgias, lupus eritematoso sistémico, migrañas, disminución de la presión intraocular (glaucoma) control de nauseas y vómitos (en los procesos de quimioterapia) disminución de la caquexia y anorexia en pacientes con HIV, dolor crónico, trastornos del sueño y algunas enfermedades psiquiátricas[18] [19] [20]

Las personas con epilepsia aún no tienen un cannabico probado, pero el Epidiolex® (un cannabico no psicoactivo, con CBD al 99% y THC < 0,10%) iniciara pronto un ensayo clínico en el síndrome de Dravet[21] y síndrome de Lennox- Gastaut[22], entre otros cuadros clínicos[23]. Este ensayo fue aprobado por la Administración de alimentos y medicamentos de los Estados Unidos.

En estudios realizados en personas humanas sobre la eficacia del cannabis en la epilep-

14 Cilio MR, Thiele EA, Devinsky O. (2014) The case for assesing cannabidiol in epilepsy 55(6): 787-790.

15 Devinsky O, Cilio MR, Cross H, Fernandez RuisJ, et al. (2014). Cannabidiol: Pharmacology and potencial therapeutic role in epilepsy and other neuropsychiatric disorders. Epilepsia 55(6): 791-802.

16 Robson PJ. (2013). Therapeutic potencial of cannabinoid medicines. Drug test Analysis DOI 10.1002/dta 1529.

17 Porter B, Jacobson C. (2013) Report of a parent survey of cannabidiol-enriched cannabis use in pediatric treatment-resistant epilepsy. Epilesy Behav 29: 574-577.

18 Robson PJ. (2013). Therapeutic potencial of cannabinoid medicines. Drug test Analysis DOI 10.1002/dta 1529.

19 Kopel Bs. Brust JC, File T. (2014). Systematic review. Efficacy and safety of medical marijuana in select neurological disorders. Report of the Guideline Development Subcommitte of Americam Academy of Neurology 82:1556-1563.

20 Fernández Ruiz J. (2012). Fármacos cannabinoides para las enfermedades neurológicas: ¿qué hay detrás? Rev Neurolo 54(10): 613-628.

21 Síndrome de Dravet es una forma severa de epilepsia, de origen genético, que se inicia en la infancia.

22 Síndrome de Lennox Gastaut es una encefalopatía epiléptica catastrófica de inicio en la infancia con características electro clínicas definidas.

23 Robson PJ. (2013). Therapeutic potencial of cannabinoid medicines. Drug test Analysis DOI 10.1002/dta 1529.

sia, contamos desde los reportes anecdóticos de epileptólogos[24] [25] hasta una revisión de Cochrane que plantea lo siguiente... "no se pueden establecer conclusiones de la eficacia de los cannabinoides como tratamiento de la epilepsia"...[26], no obstante dentro de los estudios con mas impacto en el uso de cannabis, fue sin lugar a dudas el trabajo liderado por el doctor Devinsky Friedman (2015) donde 10 centros de epilepsia de los Estado Unidos EE.UU, registraron en forma prospectiva los datos de niños y adultos jóvenes con epilepsia severa que recibian Epidiolex® a través de un programa autorizado por el organismo regulatorio de ese país. En relación a la seguridad y dosis, este estudio planteo que sobre 137 pacientes quienes habían recibido un mínimo de 12 semanas de tratamiento con la droga anteriormente descripta, la reducción media en el número de crisis fue del 54 %[27]. Los mismos autores, en una publicación posterior reclutaron a 214 pacientes entre 1 a 30 años con diagnóstico de ER, de enero 2014 a enero 2015 en 11 centros que recibieron además de la medicación antiepiléptica, cannabidiol oral desde 2-5 mg/kg por día, hasta un máximo de 25 mg a 50 mg/kg por día durante 12 semanas. El 40% de los enfermos estudiados tenían diagnosticado Síndrome de Dravet y Síndrome de Lennox-Gastaut el resto de los pacientes bajo estudio, presentaba diferentes tipos y causas de ER. Los autores concluyen que el cannabidiol puede reducir la frecuencia de las crisis de convulsiones y tiene un adecuado perfil de seguridad en la población estudiada. Aunque al ser abierto, no pueden controlar el efecto placebo[28]. A nivel de la población infantil con ER, el estudio retrospectivo de los doctores Press Ca y cols[29]. En el 2015 realizado en el estado de Colorado de los EE.UU fue muy significativo ya que de una población de 75 niños bajo tratamiento, el 57% de la serie presento mejorías en el control de las convulsiones y el resto 33%, demostró una reducción > al 50 % en los ataques de la ER.
En la Tabla 1 se presenta un resumen global de la evidencia encontrada hasta la fecha con el uso del cannabis en el tratamiento de la ER en la población infantil.

En la Tabla 1 se presenta un resumen global de la evidencia encontrada hasta la fecha con el uso del cannabis en el tratamiento de la ER en la población infantil.

Tipo de estudio	Componentes	Casuística	Resultados	Evidencias
Prospectivo, abierto, 12 semanas de ensayo población infantil con Dx. ER	CBD	N: 137	Reducción media en el número de crisid del (54%)	Devinsky et a. (2015)

24 G. Mathern, L. Beninsig, A. (2015). Nehlig From the Editors: Fewer specialists support using medical marijuana and CBD in treating epilepsy patients compared with other medical professionals and patients: Result of Epilepsia's survey. Epilepsia, 56(1):1-.

25 Davis JP, Ramsey HH. Anti-epileptic action of marijuana active substances. Fed Proc, Am Soc Exp Biol 1949; 8:284.

26 Gloss D, Vickrey B. (2014). Cannabinoids for epilepsy. Cochrane Database Syst Rev 3: CD009270.

27 . Friedman, O. Devinsky (2015). Cannabinoids in the Treatment of Epilepsy. N Engl J Med 373:1048-58.

28 O. Devinsky, E. Marsh, D. Friedman, E. Thiele, L. Laux, J. Sullivan, et al. (2015) Cannabidiol in patients with treatment resis- tant epilepsy: an open-label interventional trial. The Lancet Neurology, December.

29 Press CA, Knupp KG, Chapman KE. (2015). Parental reporting of response to oral cannabis extracts for treatment of refractory epilepsy. Epilepsy Behav 45:49-52.

Encuesta vía Facebook a un grupo de padres de chicos con ER	CBD	N: 19	16 pac. (84%) < frecuencia de las convulciones. 2 pac. (11%) sin crisis 8 pac. (42%) reducción del 80% y 6 pac. (32%) < de crisis entre 25-60%	Porter y Jacobson (2013)
Reporte de un caso, niño de 5 años con Sindrome de Dravet	CBD+THC	N: 1	Reducción de > 50% de ataques por día a 2-3 convulsiones	Maa y Figi (2014)
Retrospectivo, serie de casos de niños con epilepsia refractaria en un centro de colorado EEUU	CBD	N: 75	El 57% informó mejorías en el control de las convulciones y el 33% informó una reducción> 50% en los ataques	Press CA et al. (2015)
Presentación de 2 pacientes y revisión de la literatura. Chile.	CBD	N: 2	Descenso de las crisis en frecuencia en un periodo de 4-6 meses.	Devilat. M. Y Col. 2014

Pacientes con Síndrome de Lennox Gastaut 6 meses de seguimiento	CBD	N: 39	En un 89% de los pac. (21/39) Reducción de las convulsiones en un 50%.	Garza Morales. 2017
Estudio observacional de 9 centros con 12 semanas de seguimiento Argentina	CBD	N: 50 pacientes	Evidencia en proceso	Kochen y cols. (2017)
Ensayo científico Latinoamericano estatal con marihuana medicinal Niños con ER	CBD	N: 100	Evidencia en proceso	Hospital Nacional de Pediatría Prof. Dr. Juan P. Garrahan. Carvallo R et.al (2019)

Tabla 1: Elaboración propia. Fuente: Uso del cannabis en la Epilepsia situación actual a nivel internacional y en nuestro país. Kochen, S y otros. (2016)

IV. Marco regulatorio del cannabis en Argentina

Recientemente Argentina obtuvo la legislación del cannabis tras la aprobación el 20 de marzo del 2017 de la Ley Nº 27350[30] "Uso medicinal de la planta de Cannabis y sus derivados" y del decreto reglamentario 738/2017[31] estableciendo un marco regulatorio para la investigación medica y científica del uso medicinal, terapéutico y/o paliativo del dolor mediante la planta de cannabis y sus derivados, garantizando y promoviendo el cuidado integral de la salud, según el art. 1º del decreto reglamentario. A su vez se crea el Programa Nacional, para el Estudio y la investigación del uso medicinal de la Planta

30 Ley Nº 27350. Uso medicinal de la planta de cannabis y sus derivados.

31 Decreto reglamentario Nº 738/2017.

de Cannabis, sus derivados y tratamientos no convencionales en la Republica Argentina bajo la orbita del Ministerio de Salud, según refiere el art. 2º del decreto reglamentario. Siendo sus objetivos a) emprender acciones de promoción y prevención orientadas a garantizar el derecho a la salud de las personas en armonía con la regulación nacional y la normativa internacional protectoria. La Administración Nacional de Medicamentos, Alimentos y Tecnología Médica (ANMAT), será el ente regulador que permitirá la importación de aceite de cannabis y sus derivados (vía de suplemento dietario) para todos aquellos pacientes que presenten la indicación realizada por un profesional; y que se encuentren contempladas dentro del programa de iniciativa. La autoridad de aplicación tendrá la facultad de realizar todas las acciones requeridas para garantizar el aprovisionamiento de los insumos necesarios a efectos de llevar a cabo los estudios científicos, será a través de la importación o producción por parte del estado mediante el Consejo Nacional de investigaciones Científicas y Técnicas (CONICET) y al Instituto Nacional de Tecnología Agropecuaria (INTA), pudiendo convocar al Ministerio de Agroindustria a los efectos de diseñar y ejecutar los planes de producción a llevarse a cabo en el marco del programa según art. 6º del decreto reglamentario 738/2017, así mismo el Instituto Nacional de semillas (INASE) regulará las condiciones de producción, difusión, manejo y acondicionamiento de los órganos de propagación de esta especie, mediante los laboratorios del Estado Nacional, Provincial o Municipal y de la Ciudad autónoma de Buenos aires, de las Fuerzas Armadas y de las instituciones universitarias de gestión estatal conforme lo establecido en el articulo 4º de la Ley Nº 26688[32]

V. Marco regulatorio del derecho comparado Latinoamericano

Dentro del derecho comparado latinoamericano, muchos países han optado por adherir legalmente el uso de cannabis como terapéutica médica tanto en la población adulta como en la infancia, tal es el caso de Uruguay, Perú, Paraguay, Colombia, Brasil y recientemente Argentina. Otros estados, se han mantenido al margen en una primera instancia tal es el caso de Chile y México considerando la consecuencia jurídica del delito de producción, tenencia, tráfico, proselitismo y otros actos en materia de narcótico.

Si hablamos de países precursores en la materia, sin lugar a dudas Uruguay lo ha sido, ya que por Decreto Ley Nº 14.294, en octubre de 1974, ya había regulado su comercialización y uso estableciéndose medidas contra el comercio ilícito de las drogas. Posteriormente y mediante la sanción en el año 2013 de la Ley Nº 19.172, y a través del Decreto Nº 120 del año 2014, el Ministerio del interior estableció el control y regulación por parte del Estado de la importación, exportación, plantación, cultivo, cosecha, producción, adquisición, almacenamiento, comercialización, distribución y consumo de marihuana y sus derivados. Así mismo y en sinergia el Ministerio de Salud Publica del estado uruguayo mediante el reciente decreto 298/2017, autoriza la venta bajo receta profesional del cannabidiol como principio activo en las farmacias establecidas a tal fin. En lo que concierne a *Perú*, y siguiendo esta misma lógica, pudo sancionar y promulgar el 26 de Octubre de 2017 la Ley Nº 30.681 que regula el uso medicinal y terapéutico del cannabis y sus derivados y en su art. 1º garantiza el derecho fundamental a la salud y permite el acceso exclusivamente para uso medicinal y terapéutico del cannabis y sus derivados. A su vez el art. 4º establece la creación bajo la orbita del ministerio de salud de la nación los siguientes registros de control: a) registros de pacientes usuarios del cannabis y sus derivados para el uso medicinal y terapéutico certificados por el medico tratante

32 Ley Nº 26688 Salud Publica. ANMAT. Declárese de interés Nacional la investigación y producción publica de medicamentos, materias primas para la producción de medicamentos, vacunas y productos médicos

b) registros de personas naturales o jurídicas importadoras y/o comercializadoras y c) registro de entidades de investigación para el estudio del cannabis y sus derivados en el uso medico y terapéutico. De manera y procedimentalmente el art. 7º de la ley mencionada, define el protocolo a seguir en el uso del cannabis y derivados en los tratamientos médicos para los pacientes con prescripción profesional fehaciente.

Paraguay, también hizo oído a la necesidad social de regulación del cannabis medicinal mediante Ley Nº 1.340, la cual modifica, adiciona y actualiza la Ley N° 357/72, la que reprime el tráfico ilícito de estupefacientes y drogas peligrosas, sancionada el 20 octubre de 1988 y promulgada en noviembre del mismo año. Posteriormente, la Ley N° 1.881, modifico la Ley N° 1.340 y mediante el Decreto Nº 5.213, del 2005 se actualizo la lista de las sustancias estupefacientes y drogas peligrosas, por mandato del artículo 1° de la Ley Nº 1.340, estableciéndose las normas para su manejo y comercialización. Una cuestión novedosa en la materia, son los últimos proyectos elaborados en relación al uso del cannabis como tratamiento medico y terapéutico a saber: 1) Exp. S-177560/2017 Programa Nacional para el estudio y la investigación medica y científica de la planta cannabis. Y 2) Exp. D-1744145/2017, donde se establece el Marco regulatorio para la investigación y uso medicinal de la planta de cannabis y sus derivados. Pareciera ser que Colombia se suma a los países vanguardista en este aspecto. Colombia (1986- 2016) mediante la Ley N° 30 Sancionada y Promulgada el 31 enero de 1986 y Actualizada en el año 2015 se adopta el Estatuto Nacional de Estupefacientes y se dictan otras disposiciones mediante Decreto Nº 3.788. Pero algo muy llamativo del país en cuestión es la reciente Ley Nº 1.787 sancionada y promulgada el 6 de julio del 2016 que por Decreto Nº 613 del 10 abril 2017 determina el Acceso seguro e informado al uso médico y científico del cannabis, creando de esta manera el marco regulatorio para su accesibilidad en el territorio nacional colombiano, a su vez , el artículo 3° expresamente refiere: El Estado asumirá el control y la regulación de las actividades de cultivo, producción, fabricación, adquisición a cualquier título, importación, exportación, almacenamiento, transporte, comercialización, distribución, uso y posesión de las semillas de la planta de cannabis, del cannabis, de sus derivados y de los productos que lo contengan con fines medicinales y científicos, en los términos y condiciones que al respecto fije la reglamentación. El artículo 15 establece el Programa Nacional de Prevención en la Comunidad Educativa, quedando en manos del Ministerio de Educación Nacional y en coordinación con la Comisión Nacional de Reducción de la Demanda de Drogas, desarrollará en el marco de competencias básicas y ciudadanas, estrategias, programas o proyectos para la promoción de estilos de vida saludables que contribuyan a la prevención del consumo de sustancias psicoactivas, en niños, niñas, adolescentes. En estos procesos deberá difundir y concientizar a la comunidad educativa sobre las implicaciones y efectos del uso del cannabis y otras sustancias en el marco de la Política Nacional anteriormente descriptas. En cuanto a los niños en particular, el consentimiento informado refiere el art. 16 que serán los padres o tutores los informados sobre los riesgos o beneficios del uso medicinal del cannabis por su medico tratante antes de autorizar o negar la utilización de productos con componentes psicoactivos.

En *Brasil* existen diferentes instrumentos legales que rigen el trato penal de las sustancias controladas: la Ley de Drogas 11.343 promulgada el 23 de agosto de 2006, bajo el decreto reglamentario 5912 y el Código Penal Brasilero, entre otras, consideran delitos de drogas. En ese sentido, la Ley citada ha presentado un avance, entre los principales aspectos destacables de la ley de estupefacientes, ya que existe un reconocimiento

expreso de principios como “el respeto de los derechos fundamentales de las personas, especialmente en cuanto a su autonomía y libertad” (artículo 4, I), el reconocimiento de la diversidad (artículo 4, II) y la adopción de un enfoque multidisciplinar (inciso IX). Además, la ley fija directrices destinadas a la prevención del consumo de drogas mediante el “fortalecimiento de la autonomía y de la responsabilidad individual en relación con el uso indebido de drogas” (artículo 19, III) y el “reconocimiento de la reducción de daños como resultados deseables de las actividades de naturaleza preventiva” (inciso VI) entre otros. No obstante, la consideración jurídica de estos principios es algo fundamental, ya que refleja un nuevo enfoque, que sigue la línea del prohibicionismo moderado, especialmente con la adopción de la reducción de daños como política oficial. En relación con el consumo de drogas, la ley de 2006 introdujo un importante cambio con la despenalización del consumo y el rechazo de penas privativas de la libertad para el consumidor, incluso en los casos de reincidencia, mediante el artículo 28, que sólo prevé medidas alternativas como pena. Tras lo legislado, Brasil tiene un enfoque garantista de los derecho humanos, en relación al fortalecimiento de la autonomía y la responsabilidad individual en relación al uso indebido de drogas, no obstante hasta el momento no hay una legislación de fondo especifica a cerca del uso del cannabis como uso medicinal y terapéutico.Bolivia mediante la Ley Nº 906 Ley general de la Coca promulgada el 8 de Marzo de 2017 bajo el Decreto supremo Nº 3.318 del mismo año, y de acuerdo al capitulo uno de las disposiciones generales refiere objeto de la presente ley a) Normar la revalorización, producción, circulación, transporte, comercialización, consumo, investigación, industrialización y promoción de la coca en su estado natural; b) Establecer el marco institucional de regulación, control y fiscalización entre otros y específicamente el art. 32º cuando habla a cerca de las cualidades de la coca refiere que es un producto natural biosinergetico que no genera dependencia y debido a sus cualidades restauradoras de las membranas celulares del organismo y sus componentes fitoquimicos, es utilizada en la medicina, alimentación, industria y otros, convirtiéndose en una alternativa de prevención y tratamiento natural para la sociedad. Se puede ver claramente que este país aun no adhiere al cannabis como uso medicinal hasta el momento. Chile: la sanción del el tráfico ilícito de estupefacientes y Sustancias sicotrópicas bajo la Ley Nº 20.000 en el año 2005 y Decreto Nº 867 del 2007, Aprueba la reglamentación de la presente ley de fondo y en el Artículo 1º. Define expresamente que los que elaboren, fabriquen, transformen, preparen o extraigan sustancias o drogas estupefacientes o sicotrópicas productoras de dependencia física o síquica, capaces de provocar graves efectos tóxicos o daños considerables a la salud, sin la debida autorización, serán castigados con presidio mayor en sus grados mínimo a medio y multa de cuarenta a cuatrocientas unidades tributarias mensuales. Si se tratare de otras drogas o sustancias de esta índole que no produzcan los efectos indicados en el inciso anterior, podrá rebajarse la pena hasta en un grado. Incurren también en este delito, quienes tengan en su poder elementos, instrumentos, materiales o equipos comúnmente destinados a la elaboración, fabricación, preparación, transformación o extracción de las sustancias o drogas a que se refieren los incisos anteriores. A su vez el Artículo 6º.- refiere expresamente que El médico cirujano, odontólogo o médico veterinario que recete alguna de las sustancias señaladas en el artículo 1º, sin necesidad médica o terapéutica, será penado con presidio mayor en sus grados mínimo a medio y multa de cuarenta a cuatrocientas unidades tributarias mensuales. En relación a la marihuana o cannabis la legislación chilena no ha autorizado el uso terapéutico de tal droga y tiene efecto punitivo para el auto cultivo sin autorización. Que de la ultima modificación del decreto reglamentario se establece: 1° Que, el artículo 63, de la ley N° 20.000, que

sanciona el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas, y dispone que un reglamento señalará las sustancias y especies vegetales a que se refieren los artículos 1°, 2°, 5° y 8°; los requisitos, obligaciones y demás exigencias que deberán cumplirse para el otorgamiento de las autorizaciones a que se refiere el artículo 9°, y las normas relativas al control y fiscalización de dichas plantaciones. 2° Que, el referido reglamento fue aprobado mediante decreto supremo N° 867, de 2007, del Ministerio del Interior, actual Ministerio del Interior y Seguridad Pública. 3° Que, entre los meses de mayo y diciembre de 2017, se llevó a cabo una nueva versión de la Mesa Nacional de Nuevas Sustancias Psicoactivas, que contó con la participación y colaboración de diversas instituciones con competencia en materia de drogas, a través de sus respectivos expertos. 4° Que, de tal coordinación interinstitucional, se elaboró un informe que recomienda la incorporación al decreto supremo N° 867, de 2007, del Ministerio del Interior, actual Ministerio del Interior y Seguridad Pública, de una serie de Nuevas Sustancias Psicoactivas que, de acuerdo a la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, pueden clasificarse como catinonas sintéticas, cannabinoides sintéticos, feniletilaminas, sustancias tipo fenciclidina, triptaminas y otras sustancias. 5° Que, en este orden de cosas, tales sustancias serán consideradas estupefacientes o sicotrópicas, de acuerdo con el artículo 1° de la ley N° 20.000. 6° Que, atendido lo expuesto en los considerandos anteriores, corresponde modificar el decreto N° 867, de 2007, en los siguientes términos. En relación a la marihuana o cannabis la legislación chilena no ha autorizado el uso terapéutico de tal droga y tiene efecto punitivo para el auto cultivo sin autorización. México este país mediante el Código Penal Federal mexicano de 1931, en su Libro Segundo Título Séptimo Delitos Contra la Salud y específicamente Capítulo I. De la producción, tenencia, tráfico, proselitismo y otros actos en materia de narcóticos por un lado, y la Ley General de Salud del 7 febrero 1984 en su Titulo Décimo Segundo Control Sanitario de Productos y Servicios de su Importación y Exportación, el Capítulo V Estupefacientes en los arts. 234 a 243, el Capítulo VI Sustancias Psicotrópicas en sus Arts. 244 a 256 y el expediente N° 237/2014 entre otros, son claras legislaciones duras que orientan sin lugar a dudas la Penalización de la producción, tenencia, tráfico, proselitismo y otros actos en materia de narcóticos. No obstante, este país hasta la fecha no tiene proyectos de incorporar al cannabis y sus derivados como tratamientos médicos preventivos.

Bolivia (2017)	Ley Nº 906: Ley general de la Coca. Promulgada el 8 de marzo de 2017.	Decreto supremo Nº 3318 del 6 de setiembre de 2018,
Brasil (2006)	Ley Nº 11343, establece el sistema nacional de políticas públicas sobre drogas. Promulgada el 23 de agosto de 2006.	El decreto Nº 5912 del 27 de septiembre de 2006

Chile (2005)	Ley Nº 20.000. Sustituye la ley Nº 19.366, que sanciona el tráfico ilícito de estupefacientes y Sustancias sicotrópicas. Ultima modificación 21 de abril 2015	Decreto Nº 867, Aprueba reglamento de la ley No 20.000
Colombia (1986- 2016)	Ley N° 30. Por la cual se adopta el Estatuto Nacional de Estupefacientes y se dictan otras disposiciones. Sancionada y Promulgada el 31 enero de 1986 y Actualizada en el año 2015. Ley Nº 1787 sancionada y promulgada el 6 de julio del 2016	Decreto Nº 3.788. Ministerio de Justicia. Por el cual se reglamenta l a ley Nº 30 de 1986 y Actualizado en el 2006. Decreto Nº 613, 10 abril 2017, Acceso seguro e informado al uso médico y científico del cannabis.
México (1984)	Codigo Penal Federal: 14 de agosto 1931. Libro Segundo. Título Séptimo Delitos Contra la Salud. Capítulo I. De la producción, tenencia, tráfico, proselitismo y otros actos en materia de narcóticos. Ley General de Salud, (7 febrero 1984). Titulo Décimo Segundo - Control Sanitario de Productos y Servicios de su Importación y Exportación. Capítulo V – Estupefacientes. Arts. 234 a 243. Capítulo VI – Sustancias Psicotrópicas. Arts. 244 a 256.	Expediente N° 237/2014. Amparo en revisión. Juzgado Decimo Primero de Distrito en Materia Administrativa en la Ciudad de México. Procedimiento Administrativo Ley General de Salud, artículos 235, último párrafo, 237, 245, fracción i, 247, último párrafo y 248.

Paraguay (1988)	Ley Nº 1340. Que modifica, adiciona y actualiza la Ley N˚ 357/72, Que reprime el tráfico ilícito de estupefacientes y drogas peligrosas. Sancionada: 20 octubre 1988. Promulgada: 22 noviembre 1988. Ley N˚ 1881, modifica la Ley N˚ 1340 del 22 de noviembre de 1988.	Decreto Nº 5213, 6 mayo 2005. Por el cual se actualiza la lista de las sustancias estupefacientes y drogas peligrosas, por mandato del artículo 1˚ de la Ley Nº 1340, del 22 de noviembre de 1988, y se establecen normas para su manejo y comercialización. Proyectos de Ley Exp. S-177560/2017. Programa Nacional para el estudio y la investigación medica y científica de la planta cannabis. Proyecto de Ley Exp. D-1744145/2017. Marco regulatorio para la investigación y uso medicinal de la planta de cannabis y sus derivados.
Perú (2017)	Ley Nº 30.681. Ley que regula el uso medicinal y terapéutico del cannabis y sus derivados. Sancionada el 26 de Octubre de 2017 y promulgada el 16 de Noviembre de 2017	
Uruguay (1974-2013)	Decreto Ley Nº 14.294. Se regula su comercialización y uso y se establecen medidas contra el comercio ilícito de las drogas.- Sancionada: 23 octubre 1974. Promulgada: 31 octubre 1974. Ley Nº 19.172. Marihuana y sus derivados. Control y regulación del estado de la importación, producción, adquisición, almacenamiento, comercialización y distribución.Sancionada el 10 diciembre 2013. Promulgada: 20 diciembre 2013. Ultima modificación 19 de diciembre 2015	Decreto Nº 120/014 del 6 de mayo del 2014, el Ministerio del interior establece el control y regulación por parte del Estado de la importación, exportación, plantación, cultivo, cosecha, producción, adquisición, almacenamiento, comercialización, distribución y consumo de marihuana y sus derivados Decreto Nº298/017 del 16 de octubre del 2017 Ministerio de salud Publica. Autorizase la condición “venta bajo receta profesional” para las especialidades farmacéuticas con cannabidiol como principio activo

Tabla 2: Elaboración propia. Fuente: Dossier legislativo Legislación y Doctrina extranjera. Despenalización para el consumo y uso medicinal de la marihuana. ISSN 2314-3215 año V-Nº 139. Nov. 2017

VI. Conclusiones

Existen en nuestro país, escasos estudios ensayos desde el surgimiento de la ley que abarquen la regulación del cannabis en los niños con ER. Un estudio reciente observacional y abierto comandado por la Dra. Kochen S[33] de gran importancia a nivel nacional del cual han participado hasta la fecha aproximadamente 9 centros con alrededor de 50 pacientes incluidos, de diferentes edades, todos con ER resistente a los fármacos, incluida la posibilidad de tratamiento quirúrgico; y que habían experimentado la DC en un 60-70% , alrededor de la mitad del grupo de los pacientes bajo utilizaban el "aceite de Cannabis" y el resto, lo obtenían a partir de productores locales. El seguimiento de los pacientes se realizo en la consulta con sus médicos de cabecera, los cuales les solicitaba llenar unas planillas acerca de la frecuencia de crisis, la presencia de efectos adversos, y la calidad de vida desarrollada durante un mínimo de 12 semanas desde el inicio del tratamiento sin dejar de lado la medicación que venían recibiendo. Este ensayo aun no evidencio los resultados. Otro estudio nacional de gran impacto es el desarrollado actualmente por el centro pediátrico publico nacional referente en Latinoamérica llamado Hospital de Pediatría Garrahan, el cual está llevando adelante bajo la dirección del Doctor Roberto Caraballo jefe de neurología, el primer estudio científico estatal con marihuana medicinal en pacientes con ER. El estudio clínico cuenta con la aprobación de la secretaria de Salud de la Nación como máxima autoridad de la cartera sanitaria. La investigación se realizará sobre 100 niñas, niños y adolescentes que padezcan una de las formas mas severas de la enfermedad y que no responden a ninguno de los tratamientos disponibles hoy, como son los FAE, las DC e inclusive las cirugías. Los pacientes que formaran parte del primer ensayo clínico son del Hospital Garrahan y otros 50 pertenecen al interior del país. En todos los casos la distribución del aceite, será provisto por el laboratorio APHRIA de Canadá, el cual donara el fármaco durante todas las fases del estudio. Los controles y el reporte final de los resultados se llevará a cabo en el hospital de niños referente del país. A nivel mundial sigue habiendo una gran disparidad de criterios sobre el uso de los Canabinoides CBD entre los neurólogos y el resto de los profesionales y por consiguiente nuestro país no es ajeno a ello. Criterios que parecen ser muy similares a los observados en la encuesta realizada por los Dres. Matherm y cols. de los Ángeles, California[34], en la que se observó que pocos especialistas acuerdan con el tratamiento de cannabis en la epilepsia, a diferencia de lo reportado por médicos generales, pacientes y público. Probablemente esto obedezca a la falta de legalidad en su uso, "tabu" en algunos otros y un fuerte arraigo en base a costumbres y creencias populares en materia de políticas de drogas. Creemos conveniente, tras la vigencia del marco regulatorio recientemente aprobado por el senado bajo la Ley Nº 27.350, continuar líneas de investigación a cerca del impacto del uso del Cannabis en medicina y su relación al marco jurídico contemplando mediciones mas objetivas que consideren la tolerancia, la efectividad y el seguimiento de los pacientes bajo tratamiento. Creemos que estos avances contribuirá a que los operadores de la justicia puedan establecer doctrina y jurisprudencia especifica en caso de judicializar el caso. La evidencia citada y analizada sugieren que el cannabis, en especial el cannabidiol, ha demostrado efectividad en el tratamiento de algunos pacientes con ER en una media del 59,2% de los casos reportados.[20,12,4,22,25,26,23]. Sin embargo, los datos disponibles son limitados y no permiten sacar conclusiones definitivas.

33 Kochen s. 2016 Uso del cannabis en la Epilepsia. Situación actual a nivel internacional y nuestro país. Rev. Ar. de Psiquiat, Vol XXVII: 457-462.

34 G. Mathern, L. Beninsig, A. 2015.Nehlig From the Editors: Fewer specialists support using medical marijuana and CBD in treating epilepsy patients compared with other medical professionals and patients: Result of Epilepsia's survey. Epi- lepsia, 56(1):1-6.

Resulta claro que la sanción de la ley 27.350 constituye un hito relevante, un valioso instrumento para poder encarar todo lo pendiente, que es mucho aun y que se suma a los países vanguardista dentro del derecho comparado latinoamericano precursores en la materia. No podemos dejar de lado que si bien, la ley recientemente entrada en vigencia en el territorio argentino tiene limitaciones en su texto y reglamentación, sin lugar a dudas este nuevo escenario jurídico abre nuevos conflictos, los cuales se irán presentados ante los tribunales los que determinaran las primeras jurisprudencias. Creemos que no es poco el avance en estos tres años, sobre todo en lo que hace a la instalación del tema en el debate publico a cerca de la política de drogas, el cual viene a romper un cierto "tabu" social. Por otro lado, es valioso que la máxima autoridad en salud de nuestro país hoy, Secretaria de Salud de la Nación vaya acompañando los primeros ensayos clínicos para demostrar que el uso del cannabis puede ser una esperanza para los pacientes y sus familias.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

• Cilio MR, Thiele EA, Devinsky O. The case for assesing cannabidiol in epilepsy 2014; 55(6): 787-790.
• Cilio MR, Thiele EA, Devinsky O. The case for assesing cannabidiol in epilepsy 2014; 55(6): 787-790.
• Cilio MR, Thiele EA, Devinsky O. The case for assesing cannabidiol in epilepsy 2014; 55(6): 787-790.
• Davis JP, Ramsey HH. Anti-epileptic action of marijuana-ac- tive substances. Fed Proc, Am Soc Exp Biol 1949; 8:284.
• Devane WA, Hanus L, Breuer A, et al. Isolation and structure of a brain constituent that binds to the cannabinoid recep- tor. Science 1992; 258:1946-9.
• Devilat M, et al. "Tratamiento compasivo y de acompañamiento con Cannabis en niños con Epilepsia Resistente. Una presentación de 2 pacientes y revisión de la literatura". Centro de Epilepsia Infantil. Serv. de Neurología y Psiquiatría. Hosp. L.C. Mackenna. Santiago, Chile. 2014
• Devinsky D. Friedman, O. Cannabinoids in the Treatment of Epilepsy. N Engl J Med 2015; 373:1048-58.
• Devinsky O, Cilio MR, Cross H, Fernandez RuisJ, French Ch et al. Cannabidiol: Pharmacology and potencial therapeutic role in epilepsy and other neuropsychiatric disorders. Epilepsia 2014; 55(6): 791-802.
• Fernandez Ruiz J. Farmacos cannabinoides para las enfermedades neurológicas: ¿qué hay detrás? Rev Neurolo 2012; 54(10): 613-628.
• G. Mathern, L. Beninsig, A. Nehlig From the Editors: Fewer specialists support using medical marijuana and CBD in treating epilepsy patients compared with other medical professionals and patients: Result of Epilepsia's survey. Epi- lepsia, 56(1):1-6, 2015.
• G. Mathern, L. Beninsig, A. Nehlig From the Editors: Fewer specialists support using medical marijuana and CBD in treating epilepsy patients compared with other medical professionals and patients: Result of Epilepsia's survey. Epi- lepsia, 56(1):1-6, 2015.
• Gloss D, Vickrey B. Cannabinoids for epilepsy. Cochrane Database Syst Rev 2014; 3:

CD009270.
• Gordon E, Devinsky. Alcohol and marijuana: Effects on the epilepsy an use by patients with epilepsy. Epilepsia 2001; 42(10): 1266-1272.
• Kochen s. Uso del cannabis en la Epilepsia. Situacion actual a nivel internacional y nuestro país. Rev. Ar. de Psiquiat. 2016, Vol XXVII: 457-462.
• Kopel Bs. Brust JC, File T. Systematic review. Efficacy and safety of medical marijuana in select neurological disorders. Report of the Guideline Development Subcommitte of Americam Academy of Neurology 2014;82:1556-1563.
• Kopel Bs. Brust JC, File T. Systematic review. Efficacy and safety of medical marijuana in select neurological disorders. Report of the Guideline Development Subcommitte of Americam Academy of Neurology 2014;82:1556-1563.
• Maa E, Figi P. The case for medical marijuana in epilepsy. Epilepsia 2014; 55:783-6.
• Morales Garza S. Study results – Cannabis Treatment for Seizure Activity with Lennox Gastaut Syndrome Patients. Toluca. Mèxico. 2017.
• O. Devinsky, E. Marsh, D. Friedman, E. Thiele, L. Laux, J. Sullivan, et al. Cannabidiol in patients with treatment resis- tant epilepsy: an open-label interventional trial. The Lancet Neurology, December 2015.
• Porter B, Jacobson C. Report of a parent survey of cannabidiol-enriched cannabis use in pediatric treatment-resistant epilepsy. Epilesy Behav 2013; 29: 574-577.
• Press CA, Knupp KG, Chapman KE. Parental reporting of response to oral cannabis extracts for treatment of refrac- tory epilepsy. Epilepsy Behav 2015; 45:49-52.
• Robson PJ. Therapeutic potencial of cannabinoid medicines. Drug test Analysis 2013;DOI 10.1002/dta 1529.
• Robson PJ. Therapeutic potencial of cannabinoid medicines. Drug test Analysis 2013; DOI 10.1002/dta 1529.
• Robson PJ. Therapeutic potencial of cannabinoid medicines. Drug test Analysis 2013; DOI 10.1002/dta 1529.
• Robson PJ. Therapeutic potencial of cannabinoid medicines. Drug test Analysis 2013; DOI 10.1002/dta 1529.
• Schultes RE. Man and marihuana. Nat Hist 1973; 82:59.

3. ESTUDIOS ESPECIALES

O DIREITO AO ACESSO À SAÚDE REPRODUTIVA DE MULHERES MIGRANTES: DESVELANDO PROCESSOS DE PRECARIZAÇÃO DA VIDA

THE RIGHT TO REPRODUCTIVE HEALTH FOR MIGRANT WOMEN: DISCLOSING LIFE PRECARIOUSNESS PROCESSES

Joice Graciele Nielsson[1]
Janaína Machado Sturza[2]
Maiquel Ângelo Dezordi Wermuth[3]

Artículo ganador del premio a la mejor ponencia del IX Congreso Iberoamericano de Derecho Sanitario "Los escenarios de vulnerabilidad y su incidencia en el Derecho a la Salud", celebrado en Córdoba (República Argentina) los días 10, 11 y 12 de octubre de 2019

RESUMO
O presente trabalho analisa as possíveis interações entre direitos humanos e os direitos humanos das mulheres, questionando acerca da proteção das mulheres migrantes e a precarização de suas vidas a partir do acesso aos direitos reprodutivos, sob a perspectiva crítica biopolítica. Parte da hipótese de que a intercessão entre migração e desigualdades de gênero produz formas distintas e mais intensas de violência, vulnerabilidade que impactam no acesso a direitos e à saúde reprodutiva das mulheres migrantes,

1 Professora-pesquisadora do Programa de Pós-Graduação - Mestrado e Doutorado em Direitos Humanos –, do Curso de Graduação em Direito e Coordenadora da Especialização em Justiça Restaurativa e Mediação na UNIJUI. Doutora em Direito (UNISINOS), Mestre em Desenvolvimento (UNIJUI). Integrante do Grupo de Pesquisa Biopolítica e Direitos Humanos (CNPq). Email: joice.nielsson@unijui.edu.br – ORCID iD: https://orcid.org/0000-0003-3808-1064

2 Pós doutora em Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Vale do Rio dos Sinos - UNISINOS. Doutora em Direito pela Escola Internacional de Doutorado em Direito e Economia Tullio Ascarelli, da Universidade de Roma Tre/Itália. Professora-pesquisadora da Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul - UNIJUÍ, lecionando na graduação em Direito e no Programa de Pós-Graduação em Direito - Mestrado e Doutorado. Integrante do Grupo de Pesquisa Biopolítica e Direitos Humanos (CNPq). E-mail: janasturza@hotmail.com – ORCID iD: http://orcid.org/0000-001-9290-1380.

3 Doutor em Direito Público pela UNISINOS. Coordenador e Professor-pesquisador do Programa de Pós-Graduação – Mestrado e Doutorado em Direitos Humanos, da UNIJUÍ. Professor dos Cursos de Graduação em Direito da UNIJUÍ e da UNISINOS. Coordenador do Grupo de Pesquisa Biopolítica e Direitos Humanos (CNPq). Email: maiquel.wermuth@unijui.edu.br - ORCID iD: https://orcid.org/0000-0002-7365-5601.

produzindo a descartabilidade de tais vidas. A partir de um estudo bibliográfico, que segue o método hipotético dedutivo, conclui-se pela urgência do desvelamento deste processo progressivo de precarização permanente que recai especialmente sobre as vidas femininas, a partir do controle de seus corpos e de sua capacidade reprodutiva intensificada em meio aos deslocamentos migratórios.

RESUMEN:
Este artículo analiza las posibles interacciones entre los derechos humanos y los derechos humanos de las mujeres, cuestionando la protección de las mujeres migrantes y la precariedad de sus vidas a través del acceso a la salud reproductiva, desde una perspectiva biopolítica crítica. Se parte de la hipótesis de que la intercesión entre la migración y las desigualdades de género produce formas distintas y más intensas de violencia, vulnerabilidad que impacta el acceso a los derechos y la salud reproductiva de las mujeres migrantes, produciendo la disposición de esas vidas. A partir de un estudio bibliográfico, a través del hipotético método deductivo, se concluye la urgencia de la revelación de este proceso progresivo de precarización permanente que recae especialmente en las vidas femeninas, desde el control de sus cuerpos y su capacidad reproductiva intensificada entre los desplazamientos migratorios.

ABSTRACT
This paper analyzes the possible interactions between human rights and women's human rights, questioning about the protection of migrant women and the precariousness of their lives from access to reproductive health, from a critical biopolitical perspective. It starts from the hypothesis that the intercession between migration and gender inequalities produces distinct and more intense forms of violence, vulnerability that impact the access to rights and reproductive health of migrant women, producing the disposability of such lives. From a bibliographical study, through the hypothetical deductive method, it is concluded the urgency of the unveiling of this progressive process of permanent precarization that falls especially on the female lives, from the control of their bodies and their intensified reproductive capacity among the migratory displacements.

PALABRAS CLAVE: Biopolítica; derechos reproductivos; migración; mujer; salud

PALAVRAS CHAVE: Biopolítica; Direitos reprodutivos; Migração; Mulher; Saúde.

KEY WORDS: Biopolitics; Reproductive rights; Migration; Woman; Health.

I. Introdução

Nas últimas décadas, os movimentos migratórios têm ganhado uma multiplicidade nos seus fluxos e nos seus protagonistas. Em contextos de pobreza, conflitos e calamidades, para muitas pessoas, especialmente oriundas de regiões calamitosas, a migração emergiu como um caminho de renovação e, por vezes, de sobrevivência. Nessas idas e vindas, o Brasil, num cenário de prosperidade econômica e facilidades de entrada ao país, passou

a ser um destino notável entre essas pessoas em mobilidade. Nos últimos anos, milhares de migrantes percorreram diferentes rotas e adentraram o território brasileiro na esperança de encontrar novas oportunidades econômicas e sociais, buscando um país reconhecido pela hospitalidade. Entretanto, nem sempre esse mantra entoado sobre a população brasileira se consagra.

Conjuntamente às tendências globais, à medida que o trânsito de pessoas foi sendo mundialmente facilitado, as barreiras à entrada dessas pessoas foram enrijecidas, principalmente por se tratarem de grupos pobres, de nacionalidades marginalizadas e perfis estigmatizados. Diante desse cenário, a exposição a situações de alta periculosidade nos trajetos migratórios, além das ações de xenofobia e agressões contra aqueles que conseguem migrar e ter sua situação regularizada, tem sido frequentes. Dessa forma, a intersecção entre o debate da migração e dos direitos humanos tornou-se cada vez mais estreita e a questão migratória tem despertado, e demandado, a atenção de veículos midiáticos, atores sociais e, em certa medida, políticos. Neste contexto, destaca-se o fenômeno da feminização da migração, e as interseções entre fluxos migratórios e desigualdades de gênero.

O presente trabalho busca então, analisar as possíveis interações entre direitos humanos e os direitos humanos das mulheres, questionando acerca da proteção das mulheres migrantes e de seu acesso à saúde reprodutiva, a partir do arcabouço de proteção internacional baseado nos direitos humanos que se pretendem universais. Parte da hipótese de que a intercessão entre migração e desigualdades de gênero produz formas distintas e mais intensas de violência, vulnerabilidade que impactam no acesso a direitos e a políticas de saúde, especialmente sexual e reprodutiva, produzindo a descartabilidade de tais vidas a partir da constituição de um poder biopatriarcalista de gestão das vidas humanas.

II. A biopolítica e a precarização da vida das mulheres migrantes

Se, como vimos acima, o biopoder age funcionalmente vinculado ao patriarcado e ao capitalismo, promovendo um verdadeiro biopatriarcalismo que controla a vida de populações humanas a partir da gestão da mortalidade, da natalidade e da migração, o que advém daí seria "uma nova racionalidade centrada na questão da vida: sua conservação, seu desenvolvimento, sua administração"[4], na qual cada nascimento adquire relevância política. A reprodução passa a ser lida como um dispositivo, constituindo um ponto de articulação entre a disciplina da sexualidade e a biopolítica da população, operando no nexo entre a administração biopolítica da vida e a biopolítica do sexo, tornando o corpo feminino como um território privilegiado de atuação.

Deste modo, estabelece-se "uma diferenciação fulcral no modo como a biopolítica opera a partir das distinções de gênero"[5], especialmente nas tentativas biopatriarcalistas de reduzir e controlar todo o sexo à reprodução, e com isso, à sua forma heteronormativa e à sua legitimidade matrimonial. Se estabelece uma continuidade na tentativa biopatriarcalista de controlar o poder reprodutivo das mulheres, e com isso, de seus corpos, amplamente vinculado ao projeto biopolítico de controle das massas.[6] Assim, o moderno estado biopolítico coloca a reprodução biológica no centro do que significa

4 ESPOSITO, Roberto (2006): Biopolítica y filosofía. Grama Ediciones: Buenos Aires. p. 47, tradução nossa.

5 BITTENCOURT, Naiara Andreoli (2015): Biopolítica sobre a vida das mulheres e o controle jurídico brasileiro. In: Revista Direito e Gênero, nº 03. p. 225.

6 NIELSSON, Joice Graciele (2018): O controle reprodutivo e a inscrição biopolítica sobre o corpo feminino: os contornos do Estado de exceção no Brasil contemporâneo. In: Gênero, sexualidade e direito III. Organização CONPEDI/ UNISINOS. Coordenadores: Carmen Hein de Campos; Renato Duro Dias. CONPEDI: Florianópolis.

ser um cidadão político, para o que a gestão da saúde reprodutiva das mulheres migrantes se torna um espaço de contínua precarização de vidas, conforme a atuação biopatriarcalista entre reprodução e migração.

Há que se considerar, neste processo, que a migração internacional, considerada um fenômeno predominantemente masculino nas décadas de 1960 e 1970, vem tomando contornos femininos desde as décadas posteriores. Segundo o Relatório da Organização das Nações Unidas para Migração Internacional e Desenvolvimento, existem atualmente 232 milhões de migrantes internacionais, e a participação feminina nos fluxos migratórios já chega à 50%.[7] Cada vez mais mulheres migram de forma independente devido à intensa procura de trabalho, à crescente aceitação social da sua independência econômica e de suas condições de mobilidade.[8] No Brasil, por exemplo, as mulheres representam 28% dos estrangeiros já reconhecidos como refugiados, sendo que esta proporção, em alguns lugares, como no Rio de Janeiro, já chega à 48% (ACNUR, 2017).

Neste contexto de feminização da migração, surgem problemas específicos derivados da intercessão entre a condição precária de migrante, e a condição precária de ser mulher e reprodutora, nos mais diversos contextos de discriminação de gênero, como a feminização da pobreza e do trabalho, o controle reprodutivo, e a intensificação da violência de gênero. Em contextos extremos de pobreza e vulnerabilidade, reduzido acesso à educação e saúde, aos recursos financeiros e a redes de informação sobre migração e emprego, as mulheres podem apresentar baixa autonomia e menor capacidade de decisão sobre a sua mobilidade, e tendem a ter menor acesso às informações sobre oportunidades de migração e, muitas vezes, acabam por contar com menor preparação para lidar com as condições inerentes ao processo migratório.

Portanto, "a interface gênero-migração situa-se como um campo de estudos recente no âmbito das teorias migratórias, no qual as dinâmicas de feminização das migrações internacionais passam a assumir centralidade"[9], uma vez que o chamado fenômeno de feminização das migrações "evidencia formas, desdobramentos e uma diversidade de condições e circunstâncias a que enfrentam as mulheres em deslocamento".[10] Seja por motivos econômicos, políticos ou subjetivos, as migrações femininas refletem uma realidade própria, fazendo com que situações como subemprego, vulnerabilidade e violência de todo tipo – desde a sexual e social até a política e cultural - se intensifiquem durante o deslocamento. De tal modo, não se pode ignorar que a perspectiva de gênero afeta todas as facetas do processo migratório, e intensificam o interesse biopolítico sobre esta população.

Serpa e Félix[11], falando especificamente acerca das mulheres refugiadas, aduzem que estas "se submetem as condições de vida degradantes, situações que se relacionam diretamente à falta de políticas públicas e efetividade dos direitos humanos e sua proteção no contexto internacional e abrangência no âmbito nacional", processo este muitas vezes legitimado por legislações nacionais. Na longa jornada em busca de segurança, sofrem com a indiferença social, a perseguição, abusos sexuais e a

7 SERPA, Paola Flores, FÉLIX, Ynes da Silva (2018): Refugiadas no brasil. Revista Argumentum – RA, Marília/SP, V. 19, N. 2, pp. 397-412, Mai.-Ago. p. 405.

8 UFNPE - United Nations Population Fund (2006): A situação da população mundial 2005: a promessa de igualdade: equidade em matéria de género, saúde reprodutiva e objectivos de desenvolvimento do milênio. UNFPA: Nova Yorque.

9 COGO, Denise (2017): Comunicação, migrações e gênero: famílias transnacionais, ativismos e uso de TICs. Intercom. Rev. Bras. Ciênc. Comun. vol.40 no.1 São Paulo Jan./Apr.
http://dx.doi.org/10.1590/1809-58442017110. Acesso em: 25 set. 2019. p. 181

10 COGO, Denise (2017): Comunicação, migrações e gênero: famílias transnacionais, ativismos e uso de TICs. Intercom. Rev. Bras. Ciênc. Comun. vol.40 no.1 São Paulo Jan./Apr.
http://dx.doi.org/10.1590/1809-58442017110. Acesso em: 25 set. 2019. p. 2.

11 SERPA, Paola Flores, FÉLIX, Ynes da Silva (2018): Refugiadas no brasil. Revista Argumentum – RA, Marília/SP, V. 19, N. 2, pp. 397-412, Mai.-Ago. p. 405.

consequente estigmatização por sua condição de deslocamento.[12]

De tudo isto, pode-se depreender a complexidade do processo de confluência entre gênero e migração em tempos de biopatriarcalismo. Se, por um lado, o gênero enquanto parte integral no processo de migração influencia as decisões acerca de quem migra, porque migra e com que base é tomada a decisão de migrar, por outro lado, a migração influencia as relações de gênero, acentuando as desigualdades e papéis tradicionais e as práticas de controle reprodutivo, ou desafiando-os e alterando-os. Portanto, adotar uma abordagem de gênero relativamente à migração significa reconhecer o paradoxo típico de sociedades biopolíticas: a migração feminina como fonte de recursos e de alternativas de desenvolvimento para os países de origem e de acolhimento, conforme propõe Wermuth e Nielsson, ou, como fonte de discriminação social e econômica, precarização e violências.[13]

Este paradoxo é produzido inclusive por meio da indistinção entre direito e violência: o tipo de migração, as políticas e as relações de gênero nos países de origem e de chegada determinam o impacto da migração neste grupo, e as políticas e legislações que restringem determinados tipos de migração e que gerenciam o processo pela via legal podem favorecer o envolvimento das mulheres em redes de migração clandestina, colocando-as em risco de discriminação, exploração, violência, abuso e tráfico.[14] No país de acolhimento, estas tendem a enfrentar dificuldades na integração, principalmente no acesso à educação, desenvolvimento de competências e mercado de trabalho, o que se traduz muitas vezes no desempenho de atividades profissionais pouco qualificadas, mal remuneradas, destituídas de proteção social e em setores desregulados e segregados da economia.

Diante deste cenário, pode-se afirmar que a mobilidade das populações, especialmente das mulheres tem impacto em muitos aspectos da vida social. No entanto, pela interseção entre migração e reprodução, interessa-nos explorar especialmente a área da saúde e a saúde reprodutiva das mulheres: a mobilidade das populações pode ter implicações diretas e indiretas na saúde, e simultaneamente, o estado de saúde das populações imigrantes, condicionado pela interdependência dos diversos determinantes de saúde, tem impacto no processo de integração destas populações na sociedade de acolhimento. "A migração internacional é actualmente considerada um desafio para a saúde pública e sistemas de saúde dos vários países".[15] No caso específico das mulheres, a própria ONU vem alertando para a necessidade urgente de eliminar as barreiras no acesso à saúde e oferecer proteção: o acesso ao planejamento familiar e à assistência pré-natal, a violência cometida pelo próprio parceiro e o bem-estar na adolescência são alguns dos principais desafios de saúde enfrentados pelas mulheres migrantes.[16]

III. Mulheres migrantes e o acesso à saúde reprodutiva

A migração feminina, em tempos de controle biopatriarcalista coloca importantes

12 SCHWINN, Simone Andrea; COSTA da, Marli Marlene Moraes. Mulheres Refugiadas e Vulnerabilidade: a Dimensão da violência de gênero em situações de refúgio e as estratégias do ACNUR no combate a essa violência. Disponível em: http://www.univates.br/revistas/index.php/signos/article/view/1100. Acesso em: 25 ago 2019.

13 WERMUTH, Maiquel Ângelo Dezordi. NIELSSON, Joice Graciele (2016): Direitos Humanos e Políticas Migratórias na Contemporaneidade. Barbarói, Santa Cruz do Sul, Edição Especial n.47, p.<59-77>, jan./jun.

14 DIAS, SF, ROCHA, CF, HORTA, R. (2009): Saúde sexual e reprodutiva de mulheres imigrantes africanas e brasileiras: um estudo qualitativo. Alto Comissariado para a Imigração e Diálogo Intercultural (ACIDI): Lisboa.

15 DIAS, SF, ROCHA, CF, HORTA, R. (2009): Saúde sexual e reprodutiva de mulheres imigrantes africanas e brasileiras: um estudo qualitativo. Alto Comissariado para a Imigração e Diálogo Intercultural (ACIDI): Lisboa. p. 33.

16 ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (1994): Relatório da Conferência Internacional sobre População e Desenvolvimento. Plataforma de Cairo. Disponível em: http://www.unfpa.org.br/Arquivos/relatorio-cairo.pdf. Acesso em: 21 abr 2019.

desafios para a área da saúde, uma vez que, frequentemente representa maiores riscos e vulnerabilidades, acentuando a preocupação relativa às questões de saúde sexual e reprodutiva, tais como o exercício da sexualidade, fecundidade, maternidade, gravidez, parto e puerpério, planejamento familiar, contracepção, doenças sexualmente transmissíveis e violência doméstica. Segundo o Relatório da Conferência de Cairo, em seu Capítulo VII, parágrafo 7.2, "A saúde reprodutiva é um estado de completo bem-estar físico, mental e social e não simples a ausência de doença ou enfermidade, em todas as matérias concernentes ao sistema reprodutivo e a suas funções e processos. A saúde reprodutiva implica, por conseguinte, que a pessoa possa ter uma vida sexual segura e satisfatória, tenha a capacidade de reproduzir e a liberdade de decidir sobre quando, e quantas vezes o deve fazer. Implícito nesta última condição está o direito de homens e mulheres de serem informados e de ter acesso a métodos eficientes, seguros, permissíveis e aceitáveis de planejamento familiar de sua escolha, assim como outros métodos, de sua escolha, de controle da fecundidade que não sejam contrários à lei, e o direito de acesso a serviços apropriados de saúde que dêem [sic] à mulher condições de passar, com segurança, pela gestação e pelo parto e proporcionem aos casais a melhor chance de ter um filho sadio. De conformidade com definição acima de saúde reprodutiva, a assistência à saúde reprodutiva é definida como a constelação de métodos, técnicas e serviços que contribuem para a saúde e o bem-estar reprodutivo, prevenindo e resolvendo problemas de saúde reprodutiva. Isto inclui também a saúde sexual cuja finalidade é a intensificação das relações vitais e pessoais e não simples aconselhamento e assistência relativos à reprodução e a doenças sexualmente transmissíveis."[17]

Frente à amplitude conceito, sua vinculação com as mulheres migrantes torna-se problemática. Conforme concluem Dias, Rocha e Horta[18], a diferença dos papéis sociais de gênero, associada às variáveis socioeconômicas e culturais, reflete-se muitas vezes numa desigual exposição das mulheres a riscos para a saúde, quando comparadas com os homens. Conforme aduzem Dias, Rocha e Horta[19], a partir de uma vasta pesquisa realizada em Portugal, a literatura tem apontado no sentido de que as mulheres imigrantes têm piores indicadores de saúde comparativamente às mulheres autóctones, especialmente quanto à mortalidade materna, perinatal e infantil, prematuridade, baixo peso à nascença, taxa de incidência de DST, e taxa de prevalência de violência contra as mulheres. Muitos dos problemas da sexualidade e reprodução são acentuados em contextos de vulnerabilização, nos quais a falta de oportunidades e de limitado acesso aos serviços de saúde incrementam os riscos e as susceptibilidades para estados deficitários da saúde dos indivíduos.

Em muitos casos, a associação positiva entre imigração e risco na saúde sexual e reprodutiva parece estar relacionada com o acesso aos serviços de saúde do país acolhedor. No entanto, apesar do acesso aos serviços de cuidados de saúde ser vital para diminuir a vulnerabilidade, verifica-se que estas populações não são sistematicamente abrangidas pelos sistemas existentes de informação, prevenção ou tratamento, e tendem a recorrer aos serviços de saúde, em situações de urgência ou de estado avançado da doença.

No que concerne ao Brasil, Martin, Goldberg e Silveira[20] explicitam a existência de

17 ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (1994): Relatório da Conferência Internacional sobre População e Desenvolvimento. Plataforma de Cairo. Disponível em: http://www.unfpa.org.br/Arquivos/relatorio-cairo.pdf. Acesso em: 21 abr 2019.

18 DIAS, SF, ROCHA, CF, HORTA, R. (2009): Saúde sexual e reprodutiva de mulheres imigrantes africanas e brasileiras: um estudo qualitativo. Alto Comissariado para a Imigração e Diálogo Intercultural (ACIDI): Lisboa.

19 DIAS, SF, ROCHA, CF, HORTA, R. (2009): Saúde sexual e reprodutiva de mulheres imigrantes africanas e brasileiras: um estudo qualitativo. Alto Comissariado para a Imigração e Diálogo Intercultural (ACIDI): Lisboa.

20 MARTIN, Denise, GOLDBERG, Alejandro e SILVEIRA, Cássio (2018): Imigração, refúgio e saúde: perspectivas de análise sociocultural. Saúde e Sociedade. v. 27, n. 1 Disponível em: https://doi.org/10.1590/S0104-12902018170870. Acesso em: 31 ago. 2019.

avanços alcançados nos processos de inclusão desses grupos, tanto em experiencias locais, como em âmbito nacional, por meio da Lei Nacional da Migração[21] . Segundo os autores, de um modo geral imigrantes e refugiados, no Brasil estão tendo acesso ao SUS, seja por meio da estratégia Saúde da Família ou das unidades básicas de saúde (UBS), o que representa um grande avanço nos processos de inclusão. Segundo Menéndez, essa expansão dos processos de inclusão dentro dos sistemas de saúde envolve tanto o sistema oficial, estruturado em bases técnico-científicas da biomedicina como grupos socioculturais com distintas tradições e práticas de saúde.[22]

Estas iniciativas apontam para mobilizações frente aos desafios representados pela diversidade migratória. Os cuidados em saúde acabam por constituir a porta de entrada para os imigrantes nos serviços públicos, pois em algum momento haverá a busca de alívio aos seus sofrimentos em contextos de serviços marcados por desafios nos processos de inclusão. No entanto, "não basta ter o cartão SUS e direito de acesso estabelecido para o atendimento como qualquer outro cidadão. Há especificidades próprias a esses grupos que provavelmente são desconhecidas dos profissionais de saúde nos diversos níveis de atenção", bem como, "há desconhecimento dos imigrantes sobre a forma como esse cuidado é realizado".[23]

No quadro geral a situação é angustiante, ainda mais se considerarmos as especificidades das demandas e contextos dos diversos grupos que compõe a população migrante. Em síntese, "a migração pode configurar um processo mais ameno para imigrantes brancos do que para negros; para imigrantes homens, do que para as mulheres; entre mulheres que sofrem ou não violência doméstica; tendo em vista as relações de poder que se verticalizam em dimensões de raça e gênero".[24] Dentre destas diferenças, as diferenças de gênero são cruciais, e neste caso, apesar do acesso aos serviços de cuidados de saúde ser vital para diminuir a vulnerabilidade e promover a saúde sexual e reprodutiva das comunidades, verifica-se que a população imigrante não é sistematicamente abrangida pelos sistemas existentes de informação, prevenção ou tratamento.

Conforme Etienne[25], "políticas e resoluções que protegem o acesso à saúde, a saúde materna e a saúde dos migrantes já existem, mas muitos países lutam para garanti-las para as populações em geral, sem considerar as populações migrantes". Disto deriva que, por um conjunto complexo de fatores, os imigrantes tendem a adotar menos comportamentos preventivos, a recorrer com menor frequência aos cuidados de saúde e a receber pouca assistência pré-natal, o que os coloca em situação de risco e aumenta a dificuldade e custo do tratamento em caso de doença.[26] Fatores como o desconhecimento dos direitos no acesso aos cuidados de saúde, os costumes, as tradições e as crenças de saúde podem condicionar a necessidade percebida de buscar os serviços de saúde e ser determinantes no uso e na procura dos mesmos, fazendo-o

21 Embora a instituição da Lei 13.445 teve reduzido seu caráter humanitário reduzido a partir do texto da sua regulamentação. A questão da discricionariedade, segundo Deisy Ventura, reside no âmbito da saúde pública, visto que "[...] foram inseridas normas não previstas na lei relativas a matéria sanitária, absolutamente equivocadas, que atribuem à autoridade de controle de fronteira a possibilidade de aplicar normas sanitárias que não tem nada a ver com migração. Quando a gente tem uma emergência sanitária de qualquer tipo, as normas adotadas são aplicadas a todos os viajantes e não só aos migrantes. É também uma norma discriminatória, que procura associar o estrangeiro a doenças, como no período ditatorial".

22 MENÉNDEZ, E. L. (2016): Salud intercultural: propuestas, acciones y fracasos. Ciência e Saúde Coletiva, Rio de Janeiro, v. 21, n. 1, p. 109-118.

23 MARTIN, Denise, GOLDBERG, Alejandro e SILVEIRA, Cássio (2018): Imigração, refúgio e saúde: perspectivas de análise sociocultural. Saúde e Sociedade. v. 27, n. 1 Disponível em: https://doi.org/10.1590/S0104-12902018170870. Acesso em: 31 ago. 2019.

24 SERPA, Paola Flores, FÉLIX, Ynes da Silva (2018): Refugiadas no brasil. Revista Argumentum – RA, Marília/SP, V. 19, N. 2, pp. 397-412, Mai.-Ago. p. 132.

25 ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS – ONU. ONU alerta para barreiras no acesso à saúde entre mulheres migrantes nas Américas. Disponível em: https://nacoesunidas.org/onu-alerta-para-barreiras-no-acesso-a-saude-entre-mulheres-migrantes-nas-americas/. Acesso em: 25 set. 2019.

26 UFNPE - United Nations Population Fund (2006): A situação da população mundial 2005: a promessa de igualdade: equidade em matéria de género, saúde reprodutiva e objectivos de desenvolvimento do milênio. UNFPA: Nova Yorque.

apenas em situações de urgência ou em estado avançado da doença.[27]

Diante deste contexto, Dias, Rocha e Horta[28] destacam que o desenvolvimento de programas efetivos em saúde requer que os comportamentos sexuais e reprodutivos sejam contextualizados na realidade em que a comunidade está inserida, determinada pela situação epidemiológica, mobilidade, dinâmicas socioculturais e económicas criadas pelos fatores demográficos, acesso aos serviços de saúde, tabus, crenças religiosas e dinâmicas de gênero, implícitas nesta problemática. Por sua vez, a compreensão sobre o comportamento sexual e reprodutivo requer a consideração do impacto que o contexto político, socioeconômico e cultural tem nos comportamentos de saúde e no bem-estar individual e coletivo. No entanto, o desconhecimento da cultura e dos sistemas de crenças habituais destes grupos, seus mitos, tabus e práticas culturais que envolvem os comportamentos sexuais, para além das barreiras linguísticas, dificultam a abordagem da questão da sexualidade junto das populações migrantes.

Disso deriva, por exemplo, que migrantes estejam numa situação de maior probabilidade de adotarem comportamentos com maior risco de transmissão de doenças sexualmente transmissíveis, e que, no caso das mulheres, este risco pode ser acrescido face a situações de exploração sexual. Além disso, de acordo com Dias, Rocha e Horta[29], nos países de acolhimento, as mulheres imigrantes são, muitas vezes, confrontadas com dificuldades na gravidez e no parto. Ainda, segundo as autoras, estudos têm indicado que ser imigrante e/ou pertencer a uma minoria étnica tende a estar associado a uma maior frequência de fatores de risco de infecção perinatal, maior mortalidade perinatal e infantil, maior mortalidade materna, maior número de partos prematuros e menor peso à nascença.

Na avaliação de Claudia Palacios[30], "algumas das mulheres mais vulneráveis são as que precisam de serviços de saúde sexual e reprodutiva ou atendimento pré-natal", no entanto, "embora a assistência de emergência, como no caso de um parto, possa ser acessada, essas mulheres não podem ir aos exames do pré-natal porque não têm a documentação legal necessária". Muitas gestantes chegam aos países com complicações na gravidez, devido a problemas de saúde adquiridos em seus próprios países ou durante a viagem, o que eleva o risco para a saúde da mãe e do bebê quando não há acesso à atenção pré-natal. O stress associado a uma gravidez, acrescido das dificuldades inerentes à condição de imigrante, pode tornar algumas mulheres particularmente vulneráveis durante o período da gravidez e pós-parto, especialmente pela perda de redes de apoio e suporte social e informal que pode levar a uma situação de isolamento que se intensifica durante a gravidez e após o parto, quando a mulher permanece em casa devido às suas responsabilidades maternas.[31]

Por outro lado, fatores culturais, como papéis sociais de gênero, hábitos tradicionais, linguagem e padrões de comunicação podem condicionar a utilização dos serviços de saúde materna e cuidados pré-natais, por parte das mulheres imigrantes, vinculados especialmente à indisponibilidade de serviços de tradução e falta de sensibilidade dos profissionais de saúde para as diferenças culturais. Neste contexto, a mudança

27 DIAS, SF, ROCHA, CF, HORTA, R. (2009): Saúde sexual e reprodutiva de mulheres imigrantes africanas e brasileiras: um estudo qualitativo. Alto Comissariado para a Imigração e Diálogo Intercultural (ACIDI): Lisboa.

28 DIAS, SF, ROCHA, CF, HORTA, R. (2009): Saúde sexual e reprodutiva de mulheres imigrantes africanas e brasileiras: um estudo qualitativo. Alto Comissariado para a Imigração e Diálogo Intercultural (ACIDI): Lisboa..

29 DIAS, SF, ROCHA, CF, HORTA, R. (2009): Saúde sexual e reprodutiva de mulheres imigrantes africanas e brasileiras: um estudo qualitativo. Alto Comissariado para a Imigração e Diálogo Intercultural (ACIDI): Lisboa.

30 ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS – ONU. ONU alerta para barreiras no acesso à saúde entre mulheres migrantes nas Américas. Disponível em: https://nacoesunidas.org/onu-alerta-para-barreiras-no-acesso-a-saude-entre-mulheres-migrantes-nas-americas/. Acesso em: 25 set. 2019.

31 ANGELIN, Paulo Eduardo (2012): Mulheres migrantes no contexto das fronteiras de gênero e arranjos familiares. 256 f. Tese. (Doutorado) – Centro de Educação e Ciências Humanas, Universidade Federal de São Carlos.

subjacente ao processo de migração são condicionantes de controle reprodutivo e das opções sobre a reprodução. Estas situações podem gerar imposição da redução do tamanho da família, muitas vezes forçada pelo elevado custo associado à manutenção das condições de vida. No que respeita à interrupção voluntária da gravidez, apesar da escassa informação, as investigações têm apontado para uma maior prevalência desta situação na população imigrante.[32]

No relato apresentado por Ricci[33], muitas vezes as vulnerabilidades das mulheres e as limitações no acesso à saúde pública não advêm de uma política rígida e restrita, pelo contrário, "seu pleno acesso garantido pela Constituição se confronta com a desinformação e com alguns aspectos culturais". Falando a partir de sua experiencia com mulheres haitianas em Porto Alegre, relata que, embora muitas delas tinham conhecimento sobre a gratuidade do serviço de saúde no Brasil, pois já haviam sido orientadas, e tenham inclusive feito uso deste serviço, "percebi que esse usufruto tem sido exclusivamente para casos emergenciais, de remediação", "Lembro quando conversava com Cherline e sua cunhada, as quais surpreenderam-se quando mencionei a gratuidade, também, de consultas de rotina e prevenção, como a consulta ginecológica, as quais elas nunca acessaram nos meses que estão no Brasil. *A importância em conhecerem o direito à prevenção é reforçada pelo fato de que a gratuidade de preservativos e pílulas anti-concepcionais é outro acesso pouco popular entre elas e, mesmo quando se tem consciência sobre, é pouco utilizado, principalmente em decorrência da religião cristã,* seguida por grande parte da população haitiana, mas, segundo Neusa, t*ambém pela negativa dos homens, relatada pelas suas companheiras. Dessa forma, essas mulheres ficam expostas com maior facilidade à transmissão de doenças e a diagnósticos tardios."*[34]

Como destaca Silva, no contexto brasileiro, a inserção dessas mulheres no mercado de trabalho é um processo complexo, em decorrência do idioma e da baixa qualificação, "contudo, mesmo àquelas que possuem profissão e/ou qualificação, as barreiras discriminatórias anulam possíveis oportunidades". Além da hierarquização que permeia as relações sociais, "há fatores como as responsabilidades sobre os filhos que, somada à falta de informação sobre seus direitos, as impedem, muitas vezes, de trabalhar".[35]

É nesta situação que se pode aferir que as mulheres migrantes têm um limitado conhecimento sobre os serviços de planeamento familiar disponíveis no país de acolhimento e tendem a ter menor acesso a estes serviços em comparação com os cidadãos nacionais, o que amenta significativamente sua vulnerabilidade social e as possibilidades de convivência com toda sorte de violências. Conforme Ricci em muitos casos, o desconhecimento dos direitos que possuem, como no caso brasileiro, tende a corroborar não apenas com maiores índices de precarização do trabalho, de racismo e de desigualdades socioeconômicas no país, mas também tem impacto na saúde pública, tendo em vista que a desinformação sobre o direito à saúde básica implica no seu acesso reduzido, e consequentemente, em uma maior possibilidade de controle reprodutivo e de contínua produção de descartabilidade humana.[36]

32 DIAS, SF, ROCHA, CF, HORTA, R. (2009): Saúde sexual e reprodutiva de mulheres imigrantes africanas e brasileiras: um estudo qualitativo. Alto Comissariado para a Imigração e Diálogo Intercultural (ACIDI): Lisboa.

33 DIAS, SF, ROCHA, CF, HORTA, R. (2009): Saúde sexual e reprodutiva de mulheres imigrantes africanas e brasileiras: um estudo qualitativo. Alto Comissariado para a Imigração e Diálogo Intercultural (ACIDI): Lisboa. p. 87

34 RICCI, Carla (2018): Novos caminhos de uma velha diáspora: seguindo os rastros da experiencia migratória das mulheres haitianas em Porto Alegre. Dissertação de Mestrado apresentada junto ao Programa de Pós-Graduação em Políticas Públicas da Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Porto Alegre. p. 87.

35 SILVA, César Augusto S. da (2016): A política migratória brasileira para refugiados (1998-2014). Íthala: Curitiba.

36 RICCI, Carla (2018): Novos caminhos de uma velha diáspora: seguindo os rastros da experiencia migratória das mulheres haitianas em Porto Alegre. Dissertação de Mestrado apresentada junto ao Programa de Pós-Graduação em Políticas Públicas da Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Porto Alegre

IV. Conclusão

A partir da realização da pesquisa pode-se ressaltar a relevância da implementação de formas de acesso à saúde reprodutiva de mulheres migrantes, uma vez que este grupo, crescente, muitas vezes está em constante processo de vulnerabilização. Pode-se considerar, nesse sentido, ser fundamental que, para o desenvolvimento de programas de promoção da saúde sexual e reprodutiva de mulheres migrantes sejam compreendidos e considerados os diversos fatores envolvidos nesta temática e as complexas situações em que as mulheres vivenciam seu comportamento sexual e que podem impedir de agir de forma a proteger ou promover a sua saúde. Neste contexto, a natureza interpessoal subjacente aos comportamentos sexuais e reprodutivos deve ser tida em conta, bem como os papéis tradicionais associados ao gênero, as diferenças de poder nas relações heterossexuais e a identificação cultural, pois podem facilitar ou limitar a adopção de práticas saudáveis em saúde sexual e reprodutiva.

Se tratando especificamente da condição da mulher migrante, são os direitos reprodutivos elementos fundamentais no processo de gestão biopatriarcalista da vida humana. Sua gestão biopolítica pode contribuir significativamente para o processo de precarização da vida das mulheres, e para sua transformação cotidiana, em verdadeiras vidas descartáveis. Isto porque, é nele que se sobrepõe as dimensões do controle populacional acima evidenciados: mortalidade, natalidade e migração.

As mulheres migrantes representam o entrecruzamento entre a dupla condição de objeto biopolítico, na condição de migrante, e na condição de mulheres, fazendo com que uma série de interesses no controle do fluxo migratório, no controle da sexualidade e dos papéis de gênero, na administração da violência doméstica legitimada, e nas mais diversas formas de controle reprodutivo recaiam sobre seus corpos.

REFERÊNCIAS

• Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados. Disponível em: https://www.acnur.org/portugues/acnur-no-brasil/. Acesso em: 20 set. 2019

• ANGELIN, Paulo Eduardo (2012): Mulheres migrantes no contexto das fronteiras de gênero e arranjos familiares. 256 f. Tese. (Doutorado) – Centro de Educação e Ciências Humanas, Universidade Federal de São Carlos.

• BITTENCOURT, Naiara Andreoli (2015): Biopolítica sobre a vida das mulheres e o controle jurídico brasileiro. In: Revista Direito e Gênero, nº 03.

• COGO, Denise (2017): Comunicação, migrações e gênero: famílias transnacionais, ativismos e uso de TICs. Intercom. Rev. Bras. Ciênc. Comun. vol.40 no.1 São Paulo Jan./Apr. http://dx.doi.org/10.1590/1809-58442017110. Acesso em: 25 set. 2019.

• DIAS, SF, ROCHA, CF, HORTA, R. (2009): Saúde sexual e reprodutiva de mulheres imigrantes africanas e brasileiras: um estudo qualitativo. Alto Comissariado para a Imigração e Diálogo Intercultural (ACIDI): Lisboa.

• ESPOSITO, Roberto (2006): Biopolítica y filosofía. Grama Ediciones: Buenos Aires.

• MARTIN, Denise, GOLDBERG, Alejandro e SILVEIRA, Cássio (2018): Imigração, refúgio e saúde: perspectivas de análise sociocultural. Saúde e Sociedade. v. 27, n. 1 Disponível

em: https://doi.org/10.1590/S0104-12902018170870. Acesso em: 31 ago. 2019.
• MENÉNDEZ, E. L. (2016): Salud intercultural: propuestas, acciones y fracasos. Ciência e Saúde Coletiva, Rio de Janeiro, v. 21, n. 1, p. 109-118.
• NIELSSON, Joice Graciele (2018): O controle reprodutivo e a inscrição biopolítica sobre o corpo feminino: os contornos do Estado de exceção no Brasil contemporâneo. In: Gênero, sexualidade e direito III. Organização CONPEDI/ UNISINOS. Coordenadores: Carmen Hein de Campos; Renato Duro Dias. CONPEDI: Florianópolis.
• ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS – ONU. ONU alerta para barreiras no acesso à saúde entre mulheres migrantes nas Américas. Disponível em: https://nacoesunidas.org/onu-alerta-para-barreiras-no-acesso-a-saude-entre-mulheres-migrantes-nas-americas/. Acesso em: 25 set. 2019.
• ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (1994): Relatório da Conferência Internacional sobre População e Desenvolvimento. Plataforma de Cairo. Disponível em: http://www.unfpa.org.br/Arquivos/relatorio-cairo.pdf. Acesso em: 21 abr 2019.
• RICCI, Carla (2018): Novos caminhos de uma velha diáspora: seguindo os rastros da experiencia migratória das mulheres haitianas em Porto Alegre. Dissertação de Mestrado apresentada junto ao Programa de Pós-Graduação em Políticas Públicas da Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Porto Alegre.
• SCHWINN, Simone Andrea; COSTA da, Marli Marlene Moraes. Mulheres Refugiadas e Vulnerabilidade: a Dimensão da violência de gênero em situações de refúgio e as estratégias do ACNUR no combate a essa violência. Disponível em: http://www.univates.br/revistas/index.php/signos/article/view/1100. Acesso em: 25 ago 2019.
• SERPA, Paola Flores, FÉLIX, Ynes da Silva (2018): Refugiadas no brasil. Revista Argumentum – RA, Marília/SP, V. 19, N. 2, pp. 397-412, Mai.-Ago. p. 405.
• SILVA, César Augusto S. da (2016): A política migratória brasileira para refugiados (1998-2014). Íthala: Curitiba.
• UFNPE - United Nations Population Fund (2006): A situação da população mundial 2005: a promessa de igualdade: equidade em matéria de género, saúde reprodutiva e objectivos de desenvolvimento do milênio. UNFPA: Nova Yorque.
• VENTURA, Deisy (2017): "Regulamento da lei da migração é uma catástrofe": diz especialista Deisy de Freitas Lima Ventura. CONJUR. Disponível em: <http://www.ufjf.br/ladem/2017/11/24/regulamento-da-lei-da-migracao-e-uma-catastrofe-dizespecialista-deisy-de-freitas-lima-ventura/>. Acesso em: 24 jan. 2019.
• WERMUTH, Maiquel Ângelo Dezordi. NIELSSON, Joice Graciele (2016): Direitos Humanos e Políticas Migratórias na Contemporaneidade. Barbarói, Santa Cruz do Sul, Edição Especial n.47, p.<59-77>, jan./jun.

4. COMENTARIO DE SENTENCIAS

Tribunal Constitucional Federal alemán (Bundesverfassungsgericht)

Causa: Beschluss des Zweiten Senats vom 29. Januar 2019 - 2 BvC 62/14 -

Leitsätze
zum Beschluss des Zweiten Senats vom 29. Januar 2019
- 2 BvC 62/14 -

1. Ein Wahlrechtsausschluss steht der Beschwerdefähigkeit im Wahlprüfungsverfahren gemäß § 48 Abs. 1 BVerfGG nicht entgegen, wenn dieser Ausschluss Gegenstand der Beschwerde ist.
2. Beschränkt sich der Beschwerdeführer im Wahlprüfungsverfahren auf die Geltendmachung einer subjektiven Rechtsverletzung, bedarf es der Darlegung der Mandatsrelevanz des Wahlfehlers nicht.
3. Ein Ausschluss vom aktiven Wahlrecht kann verfassungsrechtlich gerechtfertigt sein, wenn bei einer bestimmten Personengruppe davon auszugehen ist, dass die Möglichkeit der Teilnahme am Kommunikationsprozess zwischen Volk und Staatsorganen nicht in hinreichendem Maße besteht.
4. § 13 Nr. 2 BWahlG verfehlt die verfassungsrechtlichen Anforderungen an eine gesetzliche Typisierung, weil er den Kreis der von einem Wahlrechtsausschluss Betroffenen ohne hinreichenden sachlichen Grund in gleichheitswidriger Weise bestimmt.
5. § 13 Nr. 3 BWahlG ist nicht geeignet, Personen zu erfassen, die typischerweise nicht über die Fähigkeit zur Teilnahme am demokratischen Kommunikationsprozess verfügen.
BUNDESVERFASSUNGSGERICHT
- 2 BvC 62/14 -

INCONSTITUCIONALIDAD DE LA EXCLUSIÓN DEL DERECHO DE VOTO DEL ART. 13 INC. 2 Y 3 DE LA LEY FEDERAL ELECTORAL DE ALEMANIA

UNCONSTITUTIONALITY OF THE EXCLUSION OF THE RIGHT TO VOTE IN ARTICLE 13, SUB-SECTIONS 2 AND 3 OF THE FEDERAL ELECTORAL LAW OF GERMANY

GONZALO DELL'ORSI[1]

RESUMEN:
El Tribunal Constitucional Federal Alemán declaró la inconstitucionalidad del art. 13 inc. 2 y 3 de la 'Ley Federal Electoral'[2], por considerar que dicha normativa vulneraba el derecho constitucional del voto universal, reglamentado en el artículo 38, inc. 1, primera

1 Abogado, egresado de la Universidad Nacional de Córdoba; Magister Legum (LL.M.) y Doctorando en Derecho Penal por la Ludwig Maximilians Universität (Múnich, Alemania). Prosecretario del Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Tierra del Fuego. Este Comentario se enmarca en el Proyecto de Investigación del Instituto de Investigación en Ciencias Jurídicas (IDI-CJ) de la Universidad Blas Pascal que lleva por título "Justicia y protección de personas en condición de vulnerabilidad" (Código: 157-20180224-96), cuya directora es Claudia Elizabeth Zalazar. Mail: gdellorsi@gmail.com – ORCID iD https://orcid.org/0000-0002-0504-9052.

2 En alemán Bundeswahlgesetz (BWahlG).

IM NAMEN DES VOLKES

In dem Verfahren
über
die Wahlprüfungsbeschwerde

1. des Herrn K…,
2. des Herrn K…,
3. des Herrn S…,
4. des Herrn W…,
5. der Frau K…,
6. der Frau B…,
7. des Herrn S…,
8. des Herrn O…,

- Bevollmächtigte:

1. 1. Rechtsanwältin Dr. Anna Luczak,
Kottbusser Damm 94, 10967 Berlin
(zu 1., 2., 3., 4., 5.),
2. 2. Rechtsanwalt Dr. habil. Helmut Pollähne,
Rechtsanwaltskanzlei Joester & Partner,
Willy-Brandt-Platz 3, 28215 Bremen
(zu 6., 7., 8.),

oración de la 'Ley fundamental para la República Federal Alemana'[3], y el principio de no discriminación por discapacidad, reglamentado en el artículo 3, inc. 3 segunda oración de este último cuerpo normativo.

ABSTRACT
The German Federal Constitutional Court declared the unconstitutionality of sections 13, sub-sections 2 and 3 of the Federal Electoral Law, on the grounds that such legislation violated the constitutional right to universal suffrage, regulated in section 38, subsection 1, first sentence of the Germans National Constitution, and the principle of non-discrimination on the basis of disability, regulated in section 3, sub-section 3, second sentence of the Germans National Constitution.

Palabras Claves: Derecho de voto; Control constitucional; Razonabilidad; Discriminación; Discapacidad; Derechos humanos.

Key Words: Voting right; Constitutional control; Reasonableness; Discrimination; Disability; Human rights.

I. Reseña del fallo

Los recurrentes criticaron con fecha 22 de noviembre de 2013 la validez de las elecciones N° 18 del Parlamento Alemán, y reclamaron que la exclusión del derecho de voto prevista en el artículo 13 inc. 2 y 3 de la Ley Federal Electoral viola los principios de uni-

3 En alemán Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland (GG).

3. 3.Rechtsanwalt Dr. Jan Oelbermann,
kanzlei am gleisdreieck,
engels, heischel, oelbermann,
Flottwellstraße 16, 10785 Berlin
(zu 6., 7., 8.) -
gegen den Beschluss des Deutschen Bundestages vom 9. Oktober 2014 - WP 202/13 -
hat das Bundesverfassungsgericht - Zweiter Senat -
unter Mitwirkung der Richterinnen und Richter
Präsident Voßkuhle,
Huber,
Hermanns,
Müller,
Kessal-Wulf,
König,
Maidowski,
Langenfeld
am 29. Januar 2019 beschlossen:

1. § 13 Nummer 2 des Bundeswahlgesetzes in der Fassung des Gesetzes zur Reform des Rechts der Vormundschaft und Pflegschaft für Volljährige (Betreuungsgesetz – BtG) vom 12. September 1990 (Bundesgesetzblatt I Seite 2002) ist mit Artikel 38 Absatz 1 Satz 1 und Artikel 3 Absatz 3 Satz 2 des Grundgesetzes unvereinbar.
2. § 13 Nummer 3 des Bundeswahlgesetzes in der Fassung des Siebten Gesetzes zur Änderung des Bun-

.....

versalidad e igualdad de las elecciones[4].
Sostuvieron que una exclusión del derecho de voto solo podría ser justificado, cuando un grupo determinado de personas no tiene la capacidad necesaria para participar en procesos de comunicación entre el pueblo y el Estado[5]. En esta misma línea, consideraron que la suposición del artículo 13 inc. 2, de que las personas con discapacidad, que cuentan para todos sus actos con la asistencia de un tutor, no tienen comprensión de la esencia y significado de las elecciones, es injustificable e incompatible con el actual entendimiento que se tiene sobre personas en dicha situación[6].
Del mismo modo, consideraron que la suposición del artículo 13 inc. 3, de que las personas con culpabilidad reducida según el art. 20 del 'Código Penal Alemán'[7], no tienen comprensión y por ello no son capaces de votar, no tiene sustento empírico[8].
Con fecha 9 de octubre de 2014, el Parlamento Alemán aceptó la resolución de la Junta Electoral y rechazó el pedido de los recurrentes, bajo fundamento de que las autoridades electorales no pueden ignorar estos preceptos legales[9]. Agregó que no es competencia de la Junta Electoral, como tampoco del Parlamento analizar la constitucionalidad de dichos preceptos, sino del Tribunal Constitucional Federal.[10]

4 BVerfG, Beschluss des Zweiten Senats vom 29. Januar 2019 – 2 BvC 62/14 -, Rn. 13.
5 Ibídem, Rn. 14.
6 Ibídem, Rn. 14.
7 En alemán Strafgesetzbuch (StGB).
8 BVerfG, Beschluss des Zweiten Senats vom 29. Januar 2019 – 2 BvC 62/14 -, Rn. 14.
9 Ibídem, Rn. 17.
10 Ibídem, Rn. 17.

deswahlgesetzes vom 8. März 1985 (Bundesgesetzblatt I Seite 521) ist mit Artikel 38 Absatz 1 Satz 1 und Artikel 3 Absatz 3 Satz 2 des Grundgesetzes unvereinbar und nichtig.
3. Der Ausschluss vom Wahlrecht der Beschwerdeführer zu 1., 2., 4. und 5. gemäß § 13 Nummer 2 des Bundeswahlgesetzes in der Fassung des Gesetzes zur Reform des Rechts der Vormundschaft und Pflegschaft für Volljährige (Betreuungsgesetz – BtG) vom 12. September 1990 (Bundesgesetzblatt I Seite 2002) und der Beschwerdeführer zu 6. bis 8. gemäß § 13 Nummer 3 des Bundeswahlgesetzes in der Fassung des Siebten Gesetzes zur Änderung des Bundeswahlgesetzes vom 8. März 1985 (Bundesgesetzblatt I Seite 521) bei der Wahl zum 18. Deutschen Bundestag am 22. September 2013 verletzt die Beschwerdeführer zu 1., 2. und 4. bis 8. in ihrem grundrechtsgleichen Recht aus Artikel 38 Absatz 1 Satz 1 und in ihrem Grundrecht aus Artikel 3 Absatz 3 Satz 2 des Grundgesetzes.
4. Hinsichtlich des Beschwerdeführers zu 3. wird die Wahlprüfungsbeschwerde als unzulässig verworfen.
5. Die Bundesrepublik Deutschland hat den Beschwerdeführern zu 1., 2. und 4. bis 8. ihre notwendigen Auslagen zu erstatten.

G r ü n d e :

A.

Die Wahlprüfungsbeschwerde betrifft die Verfassungsmäßigkeit des Ausschlusses der Beschwerdeführer von der Wahl zum 18. Deutschen Bundestag am 22. September 2013 gemäß § 13 Nr. 2 und 3 des Bundeswahlgesetzes (BWahlG).

I.

§ 13 Nr. 2 BWahlG normiert einen Wahlrechtsausschluss von Personen, für die ein Betreuer in allen Angelegenheiten bestellt ist. § 13 Nr. 3 BWahlG schließt Personen vom Wahlrecht aus, die wegen einer im Zustand der Schuldunfähigkeit begangenen Tat in einem psychiatrischen Krankenhaus untergebracht sind. Im Einzelnen

II. Admisibilidad de los recursos

La competencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán, para entender en los casos de recursos contra decisiones del Parlamento respecto a procesos electorales deriva del artículo 93 inc. 1 n. 5, en conexión con el artículo 41 inc. 2 y 3 de la Constitución Alemana[11]. Por su parte, el artículo 48 inc. 1 de la 'Ley Orgánica del Tribunal Constitucional Federal'[12] prevé que solo personas con capacidad de voto pueden recurrir un proceso electoral. [13] Sin embargo, si bien los recurrentes 1, 2 y 4 a 8 no fueron considerados capaces para votar, fueron considerados capaces para recurrir, toda vez que -justamente- la negación de la capacidad para votar es el motivo de queja[14]. Respecto al recurrente n.3 no correspondió preguntarse sobre la capacidad de recurrir, ya que este si tuvo capacidad para votar[15].
Sin embargo, pese a la capacidad de recurrir, no todos los recursos fueron admitidos. Los recurrentes 1,2 y 4 a 8 acreditaron al recurrir el correspondiente agravio, no así el recurrente 3[16]. Ello debido a que este último efectivamente participó en las elecciones, haciendo uso de su derecho a voto, por lo que no se observó agravio alguno en sus derechos[17].

11 BVerfG, Beschluss des Zweiten Senats vom 29. Januar 2019 – 2 BvC 62/14 -, Rn. 25.

12 En alemán Gesetz über das Bundesverfassungsgericht (BVerfGG).

13 BVerfG, Beschluss des Zweiten Senats vom 29. Januar 2019 – 2 BvC 62/14 -, Rn. 27.

14 Ibídem, Rn. 27.

15 Ibídem, Rn. 27.

16 Ibídem, Rn. 28.

17 Ibídem, Rn. 34.

hat § 13 BWahlG hat folgenden Wortlaut:
Ausgeschlossen vom Wahlrecht ist,

1. wer infolge Richterspruchs das Wahlrecht nicht besitzt,
2. derjenige, für den zur Besorgung aller seiner Angelegenheiten ein Betreuer nicht nur durch einstweilige Anordnung bestellt ist; dies gilt auch, wenn der Aufgabenkreis des Betreuers die in § 1896 Abs. 4 und § 1905 des Bürgerlichen Gesetzbuchs bezeichneten Angelegenheiten nicht erfaßt,
3. wer sich auf Grund einer Anordnung nach § 63 in Verbindung mit § 20 des Strafgesetzbuches in einem psychiatrischen Krankenhaus befindet.

1. Seit Bestehen der Bundesrepublik Deutschland gibt es im Wahlrecht zum Deutschen Bundestag einschränkende Regelungen betreffend Personen mit psychischen Beeinträchtigungen. So war gemäß § 2 Nr. 1 BWahlG in der Fassung vom 15. Juni 1949 (BGBl I S. 21) vom Wahlrecht ausgeschlossen, wer entmündigt war oder unter vorläufiger Vormundschaft oder wegen geistiger Gebrechen unter Pflegschaft stand. Gemäß § 3 BWahlG in der Fassung vom selben Tag ruhte die Wahlberechtigung für Personen, die wegen Geisteskrankheit oder Geistesschwäche in einer Heil- oder Pflegeanstalt untergebracht waren. Diese Tatbestände wurden unter Beibehaltung des jeweiligen Wortlauts in § 13 Nr. 1, § 14 Nr. 1 BWahlG in der Fassung vom 7. Juli 1972 (BGBl I S. 1100) überführt. Durch das Gesetz zur Änderung des Bundeswahlgesetzes vom 24. Juni 1975 (BGBl I S. 1593) wurde die Unterscheidung zwischen dem Ausschluss vom Wahlrecht und dem Ruhen des Wahlrechts abgeschafft. Es verblieb allein der Wahlrechtsausschluss. Nach § 13 Nr. 2 BWahlG in der Fassung von diesem Tag war vom Wahlrecht ausgeschlossen, wer entmündigt war oder wegen geistiger Gebrechen unter Pflegschaft stand.
§ 13 Nr. 2 BWahlG erhielt seine gegenwärtige Fassung durch das Gesetz zur Reform des Rechts der Vormundschaft und Pflegschaft für Volljährige (Betreuungsgesetz – BtG) vom 12. September 1990 (BGBl I S.

III. Normativa en conflicto

Los recurrentes aducen haber visto vulnerado su derecho a voto, y argumentan que el art. 13 inc. 2 y 3 de la Ley Federal Electoral vulnera los principios consagrados en los artículos 38 inc.1 primera oración y 3 inc.3 segunda oración de la Ley Fundamental Alemana. En función de ello, el Tribunal analizó los principios constitucionales supuestamente vulnerados. En esa inteligencia, determinó si tales principios son absolutos, o no. Esto es, si pueden ser restringidos o limitados, y de ser posible, bajo que condiciones estaría legítimamente justificado.

1. Artículo 38 de la Constitución Alemana

"*(1) Los miembros del Parlamento Alemán serán elegidos por sufragio universal, directo, libre, igualitario y secreto. Ellos son representantes del pueblo en su totalidad, no obligados por órdenes ni instrucciones y solo sujetos a su conciencia.*
(2) Toda persona que haya alcanzado la edad de dieciocho años tendrá derecho a voto; podrán ser elegidos los que hayan alcanzado la edad requerida para la mayoría de edad.
(3) Lo demás será determinado por una ley federal."[18]

El artículo 38, inc. 1, primera oración de la Constitución Alemana establece el principio de universalidad del voto. Esto es, el derecho de todo ciudadano a elegir y ser elegido. Este principio constitucional no contiene, sin embargo, ninguna prohibición absoluta de

18 Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, Art. 38.

2002). Danach setzt der Verlust des Wahlrechts nunmehr die Bestellung eines Betreuers zur Besorgung aller Angelegenheiten des Betreuten nicht nur durch einstweilige Anordnung aufgrund § 1896 BGB voraus. Diese Vorschrift bestimmt in der derzeit gültigen Fassung vom 17. Dezember 2008 (BGBl I S. 2586):

> (1) Kann ein Volljähriger auf Grund einer psychischen Krankheit oder einer körperlichen, geistigen oder seelischen Behinderung seine Angelegenheiten ganz oder teilweise nicht besorgen, so bestellt das Betreuungsgericht auf seinen Antrag oder von Amts wegen für ihn einen Betreuer. Den Antrag kann auch ein Geschäftsunfähiger stellen. Soweit der Volljährige auf Grund einer körperlichen Behinderung seine Angelegenheiten nicht besorgen kann, darf der Betreuer nur auf Antrag des Volljährigen bestellt werden, es sei denn, dass dieser seinen Willen nicht kundtun kann.
> (1a) Gegen den freien Willen des Volljährigen darf ein Betreuer nicht bestellt werden.
> (2) Ein Betreuer darf nur für Aufgabenkreise bestellt werden, in denen die Betreuung erforderlich ist. Die Betreuung ist nicht erforderlich, soweit die Angelegenheiten des Volljährigen durch einen Bevollmächtigten, der nicht zu den in § 1897 Abs. 3 bezeichneten Personen gehört, oder durch andere Hilfen, bei denen kein gesetzlicher Vertreter bestellt wird, ebenso gut wie durch einen Betreuer besorgt werden können.
> (3) Als Aufgabenkreis kann auch die Geltendmachung von Rechten des Betreuten gegenüber seinem Bevollmächtigten bestimmt werden.
> (4) Die Entscheidung über den Fernmeldeverkehr des Betreuten und über die Entgegennahme, das Öffnen und das Anhalten seiner Post werden vom Aufgabenkreis des Betreuers nur dann erfasst, wenn das Gericht dies ausdrücklich angeordnet hat.

2. Eine Beschränkung der Wahlberechtigung von Personen, die sich im Maßregelvollzug befinden, wurde

---

diferenciación. Esto significa que pueden existir excepciones a la regla.
No obstante, toda excepción a la regla debe ser interpretada restrictivamente. Por ello, como sostuvo el Tribunal, por fuera de la exclusión del derecho a voto del mismo artículo 38 en su inc. 2 - por razones de edad -, y en base a lo establecido en el inc. 3, se entiende que la facultad del legislador de restringir tal derecho se encuentra limitada.
En este sentido, el Tribunal entendió que, para restringir el alcance universal del derecho a voto, el Legislador debe motivar su decisión. A su vez, esa motivación deberá tener legitimación y al menos la misma jerarquía constitucional que el principio restringido.[19]
Un motivo que cumple dichas características sería, en este caso particular, la seguridad de la función comunicacional de las elecciones. Esto es, la seguridad de la naturaleza del proceso electoral como un proceso de integración entre la voluntad política del pueblo y la garantía de desempeño de los candidatos.[20]
De esta forma, el Tribunal sostuvo que, la exclusión del derecho de voto puede ser justificada constitucionalmente cuando un determinado grupo de personas no cuenta con un grado suficiente de capacidad de participar en procesos de comunicación entre el pueblo y los órganos del Estado.[21]
Finalmente, agregó que la justificación de una limitación al principio de universalidad del voto requiere que la regla de diferenciación sea adecuada y efectiva para la obtención del objetivo perseguido.[22]

19 BVerfG, Beschluss des Zweiten Senats vom 29. Januar 2019 – 2 BvC 62/14 -, Rn. 41.

20 Ibídem, Rn. 44.

21 Ibídem, Rn. 45.

22 Ibídem, Rn. 46.

erstmals durch § 14 Nr. 2 BWahlG in der Fassung vom 7. Juli 1972 (BGBl I S. 1100) eingeführt. Danach ruhte das Wahlrecht für Personen, die aufgrund Richterspruchs zum Vollzug einer mit Freiheitsentziehung verbundenen Maßregel der Sicherung und Besserung untergebracht waren. Dieser Tatbestand wurde durch Art. 32 des Einführungsgesetzes zum Strafgesetzbuch (EGStGB) in der Fassung vom 2. März 1974 (BGBl I S. 469) auf Personen beschränkt, die nach § 63 StGB in einem psychiatrischen Krankenhaus untergebracht waren. Nachdem die Unterscheidung zwischen dem Ausschluss vom Wahlrecht und dem Ruhen des Wahlrechts durch das Gesetz zur Änderung des Bundeswahlgesetzes vom 24. Juni 1975 (BGBl I S. 1593) abgeschafft worden war, war gemäß § 13 Nr. 3 BWahlG in der seitdem geltenden Fassung die Personengruppe der gemäß § 63 StGB in einem psychiatrischen Krankenhaus Untergebrachten vom Wahlrecht ausgeschlossen.
§ 13 Nr. 3 BWahlG erhielt seine geltende Fassung durch das Siebte Gesetz zur Änderung des Bundeswahlgesetzes vom 8. März 1985 (BGBl I S. 521). Durch dieses Gesetz erfuhr der Ausschlusstatbestand eine Begrenzung auf diejenigen Personen, die sich wegen einer im Zustand der Schuldunfähigkeit im Sinne von § 20 StGB begangenen Tat im Maßregelvollzug nach § 63 StGB befinden. § 63 StGB lautet in der derzeit gültigen Fassung vom 8. Juli 2016 (BGBl I S. 1610):

> Hat jemand eine rechtswidrige Tat im Zustand der Schuldunfähigkeit (§ 20) oder der verminderten Schuldfähigkeit (§ 21) begangen, so ordnet das Gericht die Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus an, wenn die Gesamtwürdigung des Täters und seiner Tat ergibt, daß von ihm infolge seines Zustandes erhebliche rechtswidrige Taten, durch welche die Opfer seelisch oder körperlich erheblich geschädigt oder erheblich gefährdet werden oder schwerer wirtschaftlicher Schaden angerichtet wird, zu erwarten sind und er deshalb für die Allgemeinheit gefährlich ist. Handelt es sich bei der begangenen rechtswidrigen Tat nicht um eine im Sinne von Satz 1 erhebliche Tat, so trifft das Gericht eine solche Anordnung nur, wenn besondere Umstände die Erwartung rechtfertigen, dass der Täter infolge seines Zustandes derartige

2. Artículo 3 de la Constitución alemana

"(1) Todos los hombres son iguales ante la ley.
(2) Hombres y mujeres tendrán los mismos derechos. El Estado promoverá la aplicación efectiva de la igualdad de derechos entre mujeres y hombres, y trabajará para eliminar las desventajas existentes.
(3) Nadie será desfavorecido o favorecido por razón de su sexo, ascendencia, raza, idioma, nacionalidad y procedencia, creencia, convicciones religiosas o políticas. Nadie será discriminado por discapacidad."[23]

El artículo 3, inc. 3, segunda oración de la Ley Fundamental Alemana establece la prohibición de discriminación por discapacidad.
El Tribunal entendió bajo discriminación por discapacidad a toda limitación por parte del Estado de oportunidades de desarrollo y ámbito de acción de personas, siempre que esa diferenciación no este compensada con una medida relacionada a su discapacidad que mejore la situación de estas[24]. Es decir, que personas con discapacidades son discriminadas por el Estado, cuando su situación de vida es, -en comparación con personas no discapacitadas- empeorada.
Entendió también que esta norma establece, no solo una prohibición de discriminación por discapacidad, sino un deber para el Estado[25].
La Normativa Internacional también refiere específicamente a la 'discriminación por mo-

23 Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, Art. 3.

24 BVerfG, Beschluss des Zweiten Senats vom 29. Januar 2019 – 2 BvC 62/14 -, Rn. 55.

25 BVerfG, Beschluss des Zweiten Senats vom 29. Januar 2019 – 2 BvC 62/14 -, 56.

erhebliche rechtswidrige Taten begehen wird.

§ 20 StGB in der derzeit gültigen Fassung vom 4. Juli 1969 (BGBl I S. 717) trifft folgende Regelung:

Ohne Schuld handelt, wer bei Begehung der Tat wegen einer krankhaften seelischen Störung, wegen einer tiefgreifenden Bewußtseinsstörung oder wegen Schwachsinns oder einer schweren anderen seelischen Abartigkeit unfähig ist, das Unrecht der Tat einzusehen oder nach dieser Einsicht zu handeln.

3. Im Jahr 2011 beschloss die Bundesregierung, im Rahmen ihres Aktionsplans zur Umsetzung des Übereinkommens der Vereinten Nationen vom 13.Dezember 2006 über die Rechte von Menschen mit Behinderungen (UN-Behindertenrechtskonvention – BRK) eine interdisziplinäre Studie zur tatsächlichen Situation behinderter Menschen bei der Ausübung des aktiven und passiven Wahlrechts in Auftrag zu geben. Diese erschien in der Verantwortung des Bundesministeriums für Arbeit und Soziales im Juli 2016 als „Forschungsbericht 470 –Studie zum aktiven und passiven Wahlrecht von Menschen mit Behinderung“ (im Folgenden: BMAS-Forschungsbericht 470).

Die Studie stellte auf der Basis einer Erhebung der Anzahl der Wahlrechtsausschlüsse gemäß § 13 Nr. 2 und 3 BWahlG und der diesen zugrundeliegenden Krankheitsbilder (vgl. BMAS-Forschungsbericht 470, 2016, S. 39 ff.) in einem klinisch-psychologischen Teil die Perspektive der Betroffenen dar (vgl. Mühlig, in: BMAS-Forschungsbericht 470, 2016, S. 65 ff.) und skizzierte bestehende und mögliche Assistenzsysteme im internationalen Vergleich (vgl. BMAS-Forschungsbericht 470, 2016, S. 248 ff.). Im Mittelpunkt einer daran anschließenden völkerrechtlichen Analyse standen die Vorgaben der BRK (vgl. Schmalenbach, in: BMAS-Forschungsbericht 470, 2016, S. 135 ff.). In einem verfassungsrechtlichen Teil wurden § 13 Nr. 2 und 3 BWahlG am Maßstab der Wahlrechtsgrundsätze (Art. 38 Abs. 1 Satz 1 GG) und des Benachteiligungsverbots von Menschen mit Behin-

tivos de discapacidad’. La Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad la define en el art. 2 como:

> *“... cualquier distinción, exclusión o restricción por motivos de discapacidad que tenga el propósito o el efecto de obstaculizar o dejar sin efecto el reconocimiento, goce o ejercicio, en igualdad de condiciones, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales en los ámbitos político, económico, social, cultural, civil o de otro tipo. Incluye todas las formas de discriminación, entre ellas, la denegación de ajustes razonables”*[26].

También de esta norma se deriva un deber del Estado, ya que su definición incluye todas las formas de discriminación. De modo innovador, la Convención incorpora en el texto a la ‘denegación de ajustes razonables’ como forma de discriminación[27]. En el mismo art. 2 define lo que se entiende bajo esta nueva forma de discriminación. Estos son:

> *“... las modificaciones y adaptaciones necesarias y adecuadas que no impongan una carga desproporcionada o indebida, cuando se requieran en un caso particular, para garantizar a las personas con discapacidad el goce o ejercicio, en igualdad de condiciones con las demás, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales”*[28]

No obstante, Tribunal entendió que la norma - al igual que el principio de universalidad

26 Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, Art. 2.

27 Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Igualdad y no discriminación de acuerdo con el artículo 5 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, párr. 23.

28 Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, Art. 2.

derungen (Art. 3 Abs. 3 Satz 2 GG) überprüft und für verfassungsrechtlich unbedenklich erachtet (vgl. Lang, in: BMAS-Forschungsbericht 470, 2016, S. 171 ff.).
Im Ergebnis sprach sich die Studie gegen eine ersatzlose Streichung von § 13 Nr. 2 BWahlG aus, da dies zu einer Teilnahme entscheidungsunfähiger Personen an der Wahl führen könnte. Auch eine außerhalb des betreuungsrechtlichen Verfahrens angesiedelte eigenständige Prüfung der Wahlfähigkeit sei nicht zu empfehlen. Allerdings könne im Lichte der völkerrechtlichen Verpflichtungen der Bundesrepublik Deutschland erwogen werden, im Betreuungsverfahren die fehlende Assistenzfähigkeit der in allen Angelegenheiten betreuten Person richterlich gesondert festzustellen und die Mitteilung über die Betreuerbestellung an die für die Führung des Wählerverzeichnisses zuständige Behörde als Ermessensentscheidung des Betreuungsrichters auszugestalten (vgl. BMAS-Forschungsbericht 470, 2016, S. 289 f.). Letzteres gelte auch für den Wahlrechtsausschluss gemäß § 13 Nr. 3 BWahlG (vgl. BMAS-Forschungsbericht 470, 2016, S. 290).

II.

Mit ihrer Wahlprüfungsbeschwerde rügen die Beschwerdeführer einen Verstoß der in Rede stehenden Wahlrechtsausschlüsse gegen den Grundsatz der Allgemeinheit der Wahl aus Art. 38 Abs. 1 Satz 1 GG und das Benachteiligungsverbot aus Art. 3 Abs. 3 Satz 2 GG.

1. Für die Beschwerdeführer zu 1., 2., 4. und 5. waren im Zeitpunkt der Wahl zum 18. Deutschen Bundestag am 22. September 2013 Betreuer in allen Angelegenheiten bestellt, weshalb sie an dieser Wahl nicht teilnehmen durften. Für den Beschwerdeführer zu 3. wurde zunächst ein Betreuer in allen Angelegenheiten bestellt. Um einen Verlust seines Wahlrechts zu verhindern, wurde der Betreuungsbeschluss auf seinen Antrag hin abgeändert, woraufhin er an der Wahl zum 18. Deutschen Bundestag teilnahm. Die Beschwerdeführer zu 6. bis 8. waren im Zeitpunkt der angegriffenen Wahl gemäß § 63 in Verbindung mit § 20 StGB im Maßregelvoll-

del voto - no establece un principio absoluto de prohibición de discriminación, es decir que, mediante una diferenciación se puede empeorar la situación de personas con discapacidad, pero solo en casos en que esté debidamente justificado[29].
Sostuvo que, una medida cumpliría con este requisito, cuando una persona por motivo de su discapacidad no cuente con determinadas capacidades mentales o corporales, que son imprescindibles para el ejercicio de un derecho[30]. En el caso analizado, el tribunal entendió que, si por motivo de una discapacidad, falta la capacidad de discernimiento o actuación necesaria y esta carencia no puede suplirse mediante asistencia, la exclusión del derecho no constituye discriminación en el sentido del artículo 3, inc. 3, segunda oración de la Norma Fundamental[31].
Finalmente consideró, que una justificación de trato diferente por discapacidad es aceptada solo cuando existe equilibrio con el derecho constitucional afectado y sobre la base de una estricta prueba de proporcionalidad.[32] Esto significa que el trato diferenciado debe ser adecuado, necesario y medido, para la protección de otro precepto constitucional, de al menos la misma jerarquía

IV. Análisis de la normativa internacional

De igual modo el Tribunal analizó la normativa internacional, cumplimentando con el

29 BVerfG, Beschluss des Zweiten Senats vom 29. Januar 2019 – 2 BvC 62/14 -, Rn. 57.

30 Ibídem, Rn. 58.

31 Ibídem, Rn. 58.

32 Ibídem, Rn. 59.

zug untergebracht, weshalb sie von einer Teilnahme an der angegriffenen Wahl ausgeschlossen waren.

2. Die Beschwerdeführer legten mit Schriftsatz vom 22. November 2013 Einspruch gegen die Gültigkeit der Wahl zum 18. Deutschen Bundestag ein und machten geltend, dass die ihr Wahlrecht ausschließenden Tatbestände in § 13 Nr. 2 und 3 BWahlG gegen die Grundsätze der Allgemeinheit und Gleichheit der Wahl verstießen. Zwar unterliege das Wahlrecht als demokratisches Kerngrundrecht keinem absoluten Differenzierungsverbot. Für Differenzierungen sei aber ein besonderer Grund nötig, der durch die Verfassung legitimiert und von mindestens gleichem Gewicht wie die Allgemeinheit der Wahl sein müsse. Die in Rede stehenden Wahlrechtsausschlüsse ließen sich weder auf einen zulässigen Differenzierungsgrund stützen, noch seien sie mit höherrangigem Recht vereinbar.
Ein Ausschluss vom aktiven Wahlrecht könne nur dann gerechtfertigt sein, wenn eine bestimmte Personengruppe keine hinreichende Möglichkeit zur Teilnahme am Kommunikationsprozess zwischen Volk und Staatsorganen habe. Die § 13 Nr. 2 BWahlG zugrundeliegende Annahme, dass Menschen mit Behinderungen, die in allen Angelegenheiten betreut würden, keine Einsicht in Wesen und Bedeutung von Wahlen hätten, sei aber nicht gerechtfertigt und unvereinbar mit der heutigen Sicht auf diese Menschen. Demgemäß „seien" Menschen nicht von vornherein „behindert", sondern „würden behindert". Erst durch die Beschränkung von Teilhabe und Selbstbestimmung entstehe Behinderung. Ebenso sei die Annahme, Schuldunfähigen fehle ein Mindestmaß an Einsichts- und Wahlfähigkeit, empirisch nicht haltbar. Zudem gehe sie von Rechts wegen fehl, da § 20 StGB nicht nur auf das Fehlen der Einsichts-, sondern alternativ auf das Fehlen der Steuerungsfähigkeit abstelle. Aus § 13 Nr. 2 und 3 BWahlG folge ein Wahlrechtsverlust, obwohl in dem zugrundeliegenden Betreuungs- oder Strafverfahren die Frage der Einsichtsfähigkeit in Wesen und Bedeutung von Wahlen beziehungsweise der Möglichkeit der Teilnahme am politischen Kommunikationsprozess keine Rolle spiele.
Bei der Auslegung von § 13 Nr. 2 und 3 BWahlG seien Art. 14 der Europäischen Menschenrechtskonvention

deber de todo Estado de Derecho, de asegurar el encuadre de su legislación nacional en un modelo de promoción y respeto por los Derechos Humanos. De esta forma, el tribunal verificó si los postulados constitucionales anteriormente desarrollados entran en colisión, o no, con la normativa internacional. A tal fin, refirió al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, a la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y al Convenio Europeo de Derechos Humanos.
Si bien aclaró, que las obligaciones derivadas de tratados internacionales no tienen jerarquía constitucional en el derecho nacional, ellas sirven como medidas de ayuda para determinar el alcance y contenido de los derechos y principios constituidos en la Ley fundamental[33].

En primer termino analizó el art. 25 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el que dice:

> *"Todos los ciudadanos gozarán, sin ninguna de las distinciones mencionadas en el artículo 2, y sin restricciones indebidas, de los siguientes derechos y oportunidades:*
> *a) Participar en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes libremente elegidos;*
> *b) Votar y ser elegidos en elecciones periódicas, auténticas, realizadas por sufragio universal e igual y por voto secreto que garantice la libre expresión de la voluntad de los electores;*
> *c) Tener acceso, en condiciones generales de igualdad, a las funciones públicas de su país."*[34]

33 BVerfG, Beschluss des Zweiten Senats vom 29. Januar 2019 – 2 BvC 62/14 -, Rn. 61.

34 Pacto internacional de Derechos Civiles y Políticos, Art. 25.

(EMRK), Art. 3 des Ersten Zusatzprotokolls der EMRK (EMRKZusProt) sowie Art. 29 BRK heranzuziehen. Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) habe festgestellt, dass ganze Bevölkerungsgruppen nicht unterschiedslos vom Wahlrecht ausgeschlossen werden dürften. Dabei sei der Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers besonders eng, wenn es um Gruppen gehe, die wie die geistig Behinderten besonders verletzlich und in der Vergangenheit deutlicher Diskriminierung ausgesetzt gewesen seien. Art. 29 BRK verpflichte die Vertragsstaaten, zu gewährleisten, dass Menschen mit Behinderungen effektiv und vollständig gleichberechtigt am politischen und öffentlichen Leben teilhaben könnten. Dies beinhalte auch eine Garantie des Wahlrechts. Gleiches folge aus Art. 12 Abs. 2 BRK.

Die typisierende Ausgestaltung des Wahlrechtsausschlusses in § 13 Nr. 2 BWahlG verletze außerdem Art. 3 Abs. 3 Satz 2 GG, da sie ein nicht zu rechtfertigendes Maß an Ungleichbehandlung mit sich bringe. Es gebe Personengruppen, die nicht vom Wahlrecht ausgeschlossen seien, obwohl sie in ihren Beeinträchtigungen mit Vollbetreuten vergleichbar seien. Dies gelte etwa, wenn bei vergleichbarer Betreuungsbedürftigkeit die Anordnung einer Betreuung in allen Angelegenheiten wegen des Vorliegens einer Vorsorgevollmacht oder bei ausreichender Unterstützung einer Person in ihrem sozialen Umfeld unterbleibe. Außerdem sei die Entscheidung, ob eine Betreuung in allen oder in vielen, enumerativ aufgezählten Aufgabenbereichen erfolge, in der Praxis von Zufälligkeiten abhängig. Auch der Wahlrechtsausschluss in § 13 Nr. 3 BWahlG führe zu willkürlichen Ungleichbehandlungen. So könnten Schuldunfähige (§ 20 StGB) nicht nur gemäß § 63 StGB in einem psychiatrischen Krankenhaus, sondern gemäß § 64 StGB auch in einer Entziehungsanstalt untergebracht werden, ohne ihr Wahlrecht zu verlieren. Vermindert Schuldfähige (§ 21 StGB) könnten ebenfalls gemäß § 63 StGB untergebracht werden, ohne dass dies zu einem Wahlrechtsausschluss führe, wobei die Abgrenzung zwischen § 20 StGB und § 21 StGB im Einzelfall schwierig und fließend sei. Auch dürften gemäß § 63 StGB Untergebrachte in einigen Ländern zwar nicht an Bundestags- und Europawahlen, wohl aber an Landtags- oder Kommunalwahlen teilnehmen.

.....

El artículo establece el principio universal del voto. Pero al decir "sin restricciones indebidas", admite limitaciones a este principio. Sin embargo, toda limitación al principio debe ser justificada mediante fundamentos razonables.

En segundo termino, analizó los artículos 29 apartado a) y 12 inc. 2, de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Esta no define a persona con discapacidad como tal, pero establece en el segundo párrafo del art. 1, que:

> *"Las personas con discapacidad incluyen a aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás"*[35]

El art. 29, bajo el título "Participación en la vida política y pública", dice:

> *"Los Estados Partes garantizarán a las personas con discapacidad los derechos políticos y la posibilidad de gozar de ellos en igualdad de condiciones con las demás y se comprometerán a:*
>
> *a) Asegurar que las personas con discapacidad puedan participar plena y efectivamente en la vida política y publica en igualdad de condiciones con las demás, directamente o a través de representantes libremente elegidos, incluidos el derecho y la posibilidad de las personas con discapacidad a votar y ser elegidas, entre otras formas mediante:*
>
> *I) (...);*
>
> *II) (...);*

35 Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, Art. 1.

3. Mit Beschluss vom 9. Oktober 2014 nahm der Deutsche Bundestag die Beschlussempfehlung des Wahlprüfungsausschusses vom 25. September 2014 (BTDrucks 18/2700, S. 43 ff.) an und wies den Wahleinspruch der Beschwerdeführer zurück. Es entspreche geltendem Wahlrecht, dass diejenigen, für die zur Besorgung aller ihrer Angelegenheiten ein Betreuer nicht nur durch einstweilige Anordnung bestellt sei, und diejenigen, die sich aufgrund einer Anordnung nach § 63 in Verbindung mit § 20 StGB in einem psychiatrischen Krankenhaus befänden, gemäß § 13 Nr. 2 und 3 BWahlG von der Teilnahme an der Bundestagswahl ausgeschlossen seien. Die Wahlbehörden dürften von diesen gesetzlichen Vorgaben nicht abweichen. Soweit die Beschwerdeführer die Verfassungswidrigkeit des § 13 Nr. 2 und 3 BWahlG rügten, sei zu beachten, dass der Wahlprüfungsausschuss und der Deutsche Bundestag in ständiger Praxis im Rahmen eines Wahlprüfungsverfahrens die Verfassungsmäßigkeit von Wahlrechtsvorschriften nicht überprüften. Eine derartige Kontrolle sei stets dem Bundesverfassungsgericht vorbehalten. Abgesehen davon seien die verfassungsrechtlichen Bedenken der Beschwerdeführer unbegründet.

4. Mit ihrer hiergegen erhobenen Wahlprüfungsbeschwerde beantragen die Beschwerdeführer festzustellen, dass durch den Wahlrechtsausschluss ihre Rechte verletzt wurden und dass § 13 Nr. 2 und 3 BWahlG mit Art. 38 Abs. 1 Satz 1 GG sowie Art. 3 Abs. 3 Satz 2 GG unvereinbar und deshalb nichtig seien. Es liege ein Verstoß gegen den Grundsatz der Allgemeinheit der Wahl aus Art. 38 Abs. 1 Satz 1 GG vor, da diese Wahlrechtsausschlüsse an zur Feststellung fehlender Kommunikationsfähigkeit ungeeignete Tatbestände anknüpften und willkürliche Typisierungen vornähmen. Gleichzeitig sei ein Verstoß gegen völkerrechtliche Verpflichtungen gegeben, die zumindest im Wege der völkerrechtskonformen Auslegung von Art. 38 Abs. 1 Satz 1 GG Beachtung finden müssten. Überdies ergebe sich aus den im Wahleinspruch dargelegten Gründen ein eigenständiger Verstoß gegen das Benachteiligungsverbot aus Art. 3 Abs. 3 Satz 2 GG.

> *III) La garantía de la libre expresión de la voluntad de las personas con discapacidad como electores y a este fin, cuando sea necesario y a petición de ellas, permitir que una persona de su elección les preste asistencia para votar;"*[36]

En el tercer punto del apartado a), la norma establece la garantía del derecho de voto, incluso a través de la asistencia de un tercero, en caso de que la persona lo solicite, cuando por motivo de su discapacidad no pueda hacerlo sin ella. Ello implica también un deber para el Estado, el de garantizar la accesibilidad a los lugares de votación y de los medios por los cuales se efectúa.

El Tribunal entendió que, para ello, el artículo requiere de la capacidad de comprensión y decisión autónoma por parte de la persona[37]. Es decir que, de no darse este requisito, no se considera que la exclusión del derecho de voto vulnere el principio de universalidad. De aquí se deriva que tampoco este artículo prescribe una prohibición absoluta de exclusión del derecho de voto.

Por su parte, el artículo 12 establece el principio de igualdad de reconocimiento como persona ante la ley. A los efectos del presente caso, el tribunal analizó los incisos 2 y 4. Estos establecen:

> *Inc. 2: "Los Estados Partes reconocerán que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida."*[38]

36 Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, Art. 29, a).

37 BVerfG, Beschluss des Zweiten Senats vom 29. Januar 2019 – 2 BvC 62/14 -, Rn. 72.

38 Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, Art. 12. inc. 2.

III.

Dem Bundestag, dem Bundesrat, der Bundesregierung, dem Bundesministerium des Innern, dem Bundeswahlleiter, dem Statistischen Bundesamt, den im Bundestag vertretenen Parteien und dem Deutschen Institut für Menschenrechte ist Gelegenheit gegeben worden, zu der Wahlprüfungsbeschwerde Stellung zu nehmen. Hiervon hat allein das Deutsche Institut für Menschenrechte Gebrauch gemacht. Für den Bundestag hat der Rechtsausschuss eine Stellungnahme nach der Vorlage des BMAS-Forschungsberichts 470 in Aussicht gestellt und eine angemessene Frist zu dessen Auswertung erbeten. Ungeachtet dessen ist eine Stellungnahme nicht abgegeben worden.

Das Deutsche Institut für Menschenrechte bewertet die Wahlrechtsausschlüsse gemäß § 13 Nr. 2 und 3 BWahlG als Verstoß gegen Art. 29 lit. a in Verbindung mit Art. 12 BRK. Art. 29 BRK gewährleiste Menschen mit Behinderungen das Wahlrecht unabhängig von Art und Schwere einer Beeinträchtigung. Jede Einschränkung dieses Rechts sei als unzulässige Diskriminierung zu qualifizieren.

Das Wahlrecht stelle eine spezielle Form der rechtlichen Handlungsfähigkeit dar, die Menschen mit Behinderungen in Art. 12 Abs. 2 BRK umfassend und „in allen Lebensbereichen gleichberechtigt mit anderen" garantiert werde. Dabei komme es nicht darauf an, ob eine Person ein Recht tatsächlich ausüben oder in einem bestimmten Sinne nutzen werde. Auch Art. 12 Abs. 4 BRK rechtfertige keine behindertenspezifischen Einschränkungen der rechtlichen Handlungsfähigkeit. Die dort genannten „Sicherungen" seien ausschließlich darauf gerichtet, die Handlungsfähigkeit von Menschen mit Behinderungen zu unterstützen. Sicherungszwecke, die außerhalb der Person lägen und etwa das Ziel verfolgten, die Funktionsfähigkeit einer Wahl zu gewährleisten, würden von der Vorschrift nicht umfasst.

Außerdem fehle es an objektiven und sachlichen Gründen für die streitgegenständlichen Wahlrechtsausschlüsse. § 13 Nr. 2 BWahlG stehe bereits der Umstand entgegen, dass das Betreuungsrecht nicht zu einem Verlust der Geschäftsfähigkeit führe und das Ziel verfolge, Menschen als vollwertige Mitglieder in der Rechtsgeme-

---

> *Inc. 4: "Los Estados Partes asegurarán que en todas las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica se proporcionen salvaguardias adecuadas y efectivas para impedir los abusos de conformidad con el derecho internacional en materia de derechos humanos. Esas salvaguardias asegurarán que las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica respeten los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona, que no haya conflicto de intereses ni influencia indebida, que sean proporcionales y adaptadas a las circunstancias de la persona, que se apliquen en el plazo más corto posible y que estén sujetas a exámenes periódicos por parte de una autoridad o un órgano judicial competente, independiente e imparcial. Las salvaguardias serán proporcionales al grado en que dichas medidas afecten a los derechos e intereses de las personas."*[39]

De la norma se deriva que el 'igual reconocimiento de capacidad jurídica' estará determinado por la medida de las capacidades de actuar. El inc. 4 particularmente exige a los Estados garantizar salvaguardas adecuadas a las medidas, las que deberán asegurar el respeto de 'los derechos, la voluntad y preferencias de la persona'.

Tampoco aquí se observa prohibición absoluta alguna contra la exclusión del derecho a voto, y por ello, no se observa en este artículo alguna contradicción con los principios constitucionales.

Por último, continuando con el análisis de la normativa internacional, en la interpretación y aplicación del Convenio Europeo de Derechos Humanos, los Tribunales alemanes

39 Ibídem, Art. 12. inc. 4.

inschaft zu behalten. Die rechtliche Betreuung beziehe sich nicht auf höchstpersönliche Angelegenheiten. Das Betreuungsgericht befasse sich nicht mit den individuellen Voraussetzungen für die Ausübung des Wahlrechts. Der Rückschluss von den medizinisch geprägten Diagnosegruppen und Krankheitsbildern auf den Wunsch und die Präferenzen zur politischen Meinungsbildung und Teilhabe an einer Wahl sei nicht möglich. Hinzu kämen erhebliche Wertungswidersprüche, da Personen mit vergleichbarer Diagnose, die keine Betreuung in allen Angelegenheiten hätten, nicht vom Wahlrecht ausgeschlossen seien und im Ländervergleich bei der Anordnung einer Betreuung in allen Angelegenheiten „extreme Disparitäten" bestünden.
Auch im Fall des § 13 Nr. 3 BWahlG fehle es an einer individuellen Prüfung der Voraussetzungen für die Ausübung des Wahlrechts. Das Vorliegen der Schuldunfähigkeit in einer bestimmten Situation sage hierüber nichts aus. Darüber hinaus bestünden auch in diesem Fall gesetzliche Wertungswidersprüche, da Strafgefangene und Sicherungsverwahrte mit vergleichbarer Diagnose wahlberechtigt blieben und § 63 StGB im Ländervergleich „extrem disparat" angewendet werde.

B.

Die Wahlprüfungsbeschwerde ist hinsichtlich der Beschwerdeführer zu 1., 2. und 4. bis 8. zulässig. Hinsichtlich des Beschwerdeführers zu 3. ist sie hingegen unzulässig.

I.

Die Zuständigkeit des Bundesverfassungsgerichts für Beschwerden gegen Entscheidungen des Bundestages im Wahlprüfungsverfahren ergibt sich aus Art. 93 Abs. 1 Nr. 5 in Verbindung mit Art. 41 Abs. 2 und 3 GG, § 18 WahlPrüfG, § 13 Nr. 3, § 48 BVerfGG. Dem steht nicht entgegen, dass die Beschwerdeführer das Ziel, die Gültigkeit der Wahl zum 18. Deutschen Bundestag überprüfen zu lassen, nicht weiterverfolgen, sondern den Gegenstand des vorliegenden Verfahrens auf eine Feststellung der Verletzung ihrer Rechte aus Art. 38 Abs.

---

siguen la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos[40]. En este sentido, tiene dicho el Tribunal Constitucional Federal que las decisiones del TEDH no son de aplicación directa y automática en el derecho nacional alemán, sino que ellas cumplen una función de orientación.[41] Esto significa que los Tribunales nacionales no están obligados a seguir la jurisprudencia del TEDH en todas sus resoluciones, sino que debe estarse al caso en concreto, reconociendo la supremacía de la Norma Fundamental.
El art. 3 del Protocolo adicional al Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, que establece 'el derecho a elecciones libres', reza:

> *"Las Altas Partes Contratantes se comprometen a organizar, a intervalos razonables, elecciones libres con escrutinio secreto, en condiciones que garanticen la libre expresión de la opinión del pueblo en la elección del cuerpo legislativo."*[42]

Sobre ello, el TEDH tiene dicho que esta garantía del derecho al voto libre y secreto no es absoluta, sino que puede ser limitada. Para ello, no obstante, debe acreditarse que la restricción sirve a un propósito legítimo y proporcional a la medida.[43]
Reforzando esta idea, el TEDH sostuvo en Sentencia "Hirst contra el Reino Unido", de fecha 6 de octubre de 2015, que cuando la restricción del derecho a voto se realiza de manera general e indiscriminada para un gran número de personas, se esta excediendo

40 El Art. 32 del CEDH, establece a este Órgano como el encargado de la interpretación y aplicación, tanto del Convenio como de sus Protocolos.

41 BVerfG, Beschluss des Zweiten Senats vom 14. Oktober 2004 – 2 BvR 1481/04 -, Rn. 32.

42 Protocolo adicional al Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, Art. 3.

43 BVerfG, Beschluss des Zweiten Senats vom 29. Januar 2019 – 2 BvC 62/14 -, Rn. 79.

1 Satz 1 und Art. 3 Abs. 3 Satz 2 GG und der Nichtigkeit von § 13 Nr. 2 und 3 BWahlG begrenzt haben. Seit Inkrafttreten von § 48 Abs. 1 und 3 BVerfGG in der Fassung des Gesetzes zur Verbesserung des Rechtsschutzes in Wahlsachen vom 12. Juli 2012 (BGBl I S. 1501) entscheidet das Bundesverfassungsgericht im Rahmen der Wahlprüfungsbeschwerde nicht mehr nur über die Gültigkeit einer Wahl zum Deutschen Bundestag oder den Verlust des Bundestagsmandats eines Abgeordneten. Vielmehr kann nun auch die Verletzung von Rechten einer wahlberechtigten Person oder einer Gruppe von wahlberechtigten Personen bei der Vorbereitung oder Durchführung der Wahl zum Deutschen Bundestag, soweit die Rechte der Wahlprüfung nach § 1 Abs. 1 WahlPrüfG unterliegen, zum alleinigen Gegenstand der Wahlprüfung gemacht werden.
Das Bundesverfassungsgericht ist dabei auch für die von den Beschwerdeführern begehrte Feststellung der Nichtigkeit von § 13 Nr. 2 und 3 BWahlG zuständig. Es kann im Rahmen einer Wahlprüfungsbeschwerde nicht nur die Einhaltung der Vorschriften des Bundeswahlrechts durch die zuständigen Wahlorgane und den Deutschen Bundestag prüfen, sondern auch, ob die Vorschriften des Bundeswahlgesetzes mit den Vorgaben der Verfassung in Einklang stehen (vgl. BVerfGE 16, 130 <135 f.>; 121, 266 <295>; 123, 39 <68>; 132, 39 <47 Rn. 22>).

II.

Die Beschwerdeführer zu 1., 2. und 4. bis 8. sind trotz ihres Ausschlusses vom Wahlrecht beschwerdefähig. Zwar kann nach dem Wortlaut von § 48 Abs. 1 BVerfGG nur eine „wahlberechtigte Person" Wahlprüfungsbeschwerde erheben. Dies steht der Beschwerdefähigkeit aber nicht entgegen, wenn die Frage der Wahlberechtigung gerade Gegenstand der Beschwerde ist, da andernfalls eine materiell-rechtliche Überprüfung der Wahlberechtigung überhaupt nicht möglich wäre. Folglich ist die Frage der Wahlberechtigung im Rahmen der Zulässigkeit einer solchen Wahlprüfungsbeschwerde als gegeben zu unterstellen (vgl. BVerfGE 132, 39 <44 Rn. 12, 46 Rn. 20>). Die Beschwerdefähigkeit des Beschwerdeführers zu 3. steht nicht in Frage, weil er bei der Wahl zum 18. Deutschen Bundestag wahlberechtigt war.

el margen de determinación y ello no se condice con lo establecido en el art. 3.[44]
Para que la restricción del derecho a voto sea justificada, debe invocarse un propósito legítimo. Ello sería, por ejemplo, la restricción del derecho a voto a personas que no tienen la capacidad de evaluar las consecuencias de sus actos.[45]
De lo anteriormente dicho, se observa que tampoco la jurisprudencia del TEDH contiene una prohibición absoluta de exclusión del derecho de voto. Sino que puede excluirse a una persona del derecho de voto, pero exige para ello un propósito legítimo y proporcionalidad.
Luego de este análisis, el Tribunal Constitucional Federal concluyó en que los preceptos constitucionales en juego - artículos 38 inc. 1 primera oración y 3 inc. 3 segunda oración de la Constitución Alemana - no se encuentran en contradicción con la normativa internacional en referencia a los derechos de las personas con discapacidad, como así tampoco con la jurisprudencia del TEDH.

V. Análisis del artículo 13 inc. 2 y 3 de la Ley Federal Electoral

El tribunal analizó también la norma, por la cual los recurrentes habrían visto vulnerado su derecho a voto, y habrían sido arbitrariamente discriminados por su situación de discapacidad.
El art. 13 de la Ley Federal Electoral establece:

"§13 Exclusión del derecho a voto

44 Ibídem, Rn. 80.

45 Ibídem, Rn. 81.

III.

Die Beschwerdeführer zu 1., 2. und 4. bis 8. sind beschwerdebefugt (1.). Dies gilt nicht für den Beschwerdeführer zu 3. (2.).

1. Die Beschwerdeführer zu 1., 2. und 4. bis 8. sind beschwerdebefugt, da sie eine Verletzung eigener Rechte in einer Weise dargetan haben, die eine solche nicht von vornherein als ausgeschlossen erscheinen lässt. Dabei ist es unschädlich, dass sie in ihrer Wahlprüfungsbeschwerde nicht ausgeführt haben, ob der gerügte Wahlfehler Einfluss auf die Mandatsverteilung haben kann und die angegriffene Bundestagswahl daher für ungültig zu erklären ist.

a) Das Verfahren der Wahlprüfungsbeschwerde nach § 48 BVerfGG war ursprünglich als ein rein objektives Beanstandungsverfahren ausgestaltet, bei dem die Darlegung einer Beschwerdebefugnis nicht erforderlich war (vgl. Bechler, in: Burkiczak/Dollinger/Schorkopf, BVerfGG, 2015, § 48 Rn. 19). Vielmehr erforderte eine zulässige Wahlprüfungsbeschwerde einen gemäß § 23 Abs. 1 Satz 2 BVerfGG hinreichend substantiierten und aus sich heraus verständlichen Sachvortrag, aus dem erkennbar war, worin ein Wahlfehler liegen sollte, der Einfluss auf die Mandatsverteilung haben konnte (vgl. BVerfGE 40, 11 <30>; 48, 271 <276>; 58, 175 <175 f.>; 122, 304 <308 f.>).

Nach der Neufassung des § 48 BVerfGG durch Art. 3 des Gesetzes zur Verbesserung des Rechtsschutzes in Wahlsachen vom 12. Juli 2012 (BGBl I S. 1501), durch die erstmals explizit die Möglichkeit der Feststellung der Verletzung eigener Rechte im Wahlprüfungsverfahren eröffnet worden ist, bedarf es bei einer ausschließlichen Rüge der Verletzung subjektiver Wahlrechte einer substantiierten Darlegung der Mandatsrelevanz des geltend gemachten Wahlfehlers nicht mehr. Mit der Neuregelung zielt der Gesetzgeber darauf ab, dem Bundesverfassungsgericht in den Wahlprüfungsbeschwerdeverfahren, in denen die Wahl zum Deutschen Bundestag nicht für ungültig zu erklären ist, die Möglichkeit zu eröffnen, auf entsprechende Beschwerden hin die geltend

---

> *Queda excluido del derecho a voto,*
> *1. aquella persona cuya exclusión sea resuelta por decisión judicial,*
> *2. aquella persona para la cual se haya designado no solo de manera temporal un asistente que se ocupe de sus actos, incluso cuando el alcance de las funciones del asistente no comprenda las cuestiones especificadas en los artículos 1896 inc. 4 y 1905 del Código Civil.*
> *3. aquella persona que se encuentra internada en un hospital psiquiátrico por una orden dictada en virtud del art. 63 del Código Penal, en conexión con el art. 20 del mismo Código."* [46]

El fin perseguido por la norma es excluir del derecho a voto a personas que no cuentan con el discernimiento necesario para entender la naturaleza y significado de la elección, con el objetivo de proteger la seguridad del proceso electoral, entendido como proceso de integración en la voluntad política del pueblo.[47]
Como fundamento de esta injerencia del art. 13 en el principio de universalidad del voto establecido en el art. 38 inc. 1 primera oración, aparece la seguridad de las elecciones.

Corresponde analizar de manera diferenciada los incisos 2 y 3 de la norma, para dilucidar los supuestos contemplados por el legislador.

---

46 BWahlG, Art. 3.

47 BVerfG, Beschluss des Zweiten Senats vom 29. Januar 2019 – 2 BvC 62/14 -, Rn. 88.

gemachten Rechtsverletzungen zu klären und gegebenenfalls im Tenor seiner Entscheidung festzustellen (vgl. BTDrucks 17/9391, S. 11). Der Verzicht auf das Erfordernis der Darlegung der Mandatsrelevanz in Fällen der Geltendmachung subjektiver Wahlrechtsverletzungen entspricht dem Gebot effektiven Rechtsschutzes. Denn aufgrund der Exklusivität der Wahlprüfungsbeschwerde, wie sie in § 49 BWahlG kodifiziert ist und in der Rechtsprechung des Senats als verfassungskonform bestätigt wurde (vgl. BVerfGE 11, 329 <329>; 14, 154 <155>; 16, 128 <130>; 74, 96 <101>), sind Verfassungsbeschwerden, die Maßnahmen in Bezug auf eine konkrete Bundestagswahl zum Gegenstand haben, unzulässig. Da nicht jeder Wahlfehler, der subjektive Rechte verletzt, zugleich eine Auswirkung auf die Mandatsverteilung hat, entstünde eine erhebliche Rechtsschutzlücke, sofern man auch insoweit die Darlegung einer Mandatsrelevanz des gerügten Wahlfehlers für die Zulässigkeit einer Wahlprüfungsbeschwerde erforderlich erachtete.

Der Verzicht auf die Darlegung einer möglichen Auswirkung des geltend gemachten Wahlfehlers auf die Mandatsverteilung entbindet den ausschließlich eine subjektive Rechtsverletzung rügenden Beschwerdeführer allerdings nicht von den Begründungspflichten aus § 23 Abs. 1 Satz 2, § 48 Abs. 1 Halbsatz 2 BVerfGG. Beschränkt der Beschwerdeführer die Wahlprüfungsbeschwerde auf die Geltendmachung einer subjektiven Rechtsverletzung, hat er die Möglichkeit einer Verletzung seines Wahlrechts substantiiert darzulegen.

b) Gemessen hieran sind die Beschwerdeführer zu 1., 2. und 4. bis 8. beschwerdebefugt. Die Möglichkeit einer Verletzung ihrer Rechte haben sie substantiiert dargetan, indem sie geltend machen, die in Rede stehenden Wahlrechtsausschlüsse verstießen ohne hinreichenden Differenzierungsgrund gegen den Grundsatz der Allgemeinheit der Wahl aus Art. 38 Abs. 1 Satz 1 GG. Darüber hinaus haben sie die Möglichkeit eines eigenständigen Verstoßes gegen das Benachteiligungsverbot aus Art. 3 Abs. 2 Satz 2 GG nachvollziehbar aufgezeigt. Vor diesem Hintergrund erscheint eine Verletzung von Rechten der Beschwerdeführer bei der Durchführung der Wahl zum 18. Deutschen Bundestag nicht von vornherein ausgeschlossen.

---

1. Art. 13 inc. 2 de la Ley Federal Electoral

El legislador consideró que en los casos en que se designa un asistente para todos los actos de una persona, sobre la base del art. 1896 inc. 1 primera oración del Código Civil, ésta no cuenta con el poder de discernir por si mismo en un proceso electoral.[48]

Sin embargo, del análisis de la norma que regula el procedimiento para la asignación de un tutor para todos los actos de una persona, el Tribunal corroboró que no es tenida en cuenta la capacidad de discernimiento necesario para la decisión electoral.[49]

Sino que, el objetivo del procedimiento del art. 1896 inc. 1 primera oración es determinar si la persona requiere del apoyo de un tutor, para la protección de su esfera de responsabilidad en el ejercicio y desempeño de sus actos.

2. Art. 13 inc. 3 de la Ley Federal Electoral

En el inc.3, la norma prevé la exclusión del derecho de voto a personas que se encuentran en un establecimiento psiquiátrico, con base en los artículos 20 y 63 del Código Penal Alemán. El art. 20 de C.P. regula la causal de incapacidad de culpabilidad por perturbaciones psíquicas. El mismo dice:

> *"Actúa sin culpabilidad, quien en la comisión de un hecho es incapaz por una perturbación psíquica patológica, por perturbación profunda de la conciencia, o por debilidad mental o por otra alteración psíquica grave, de comprender lo injusto del hecho o de actuar de acuerdo con esa comprensión"*[50].

48 Ibídem, Rn. 90.

49 Ibídem, Rn. 95.

50 Strafgesetzbuch für Deutschland, § 20.

2. Dem Beschwerdeführer zu 3. fehlt es an der erforderlichen Beschwerdebefugnis. Er hat nach eigenem Vortrag an der Bundestagswahl teilgenommen, so dass eine durch einen Wahlrechtsausschluss bedingte Verletzung subjektiver Rechte von vornherein ausscheidet. Eine sonstige subjektive Rechtsverletzung hat er nicht dargelegt. Ebenso wenig stellt er die Gültigkeit der Wahl zum 18. Deutschen Bundestag infrage.

IV.

Die Wahlprüfungsbeschwerde hat sich durch Ablauf der 18. Legislaturperiode nicht erledigt.

1. Der Ablauf einer Legislaturperiode führt jedenfalls dann zur Erledigung einer anhängigen Wahlprüfungsbeschwerde, wenn diese vorrangig auf die Feststellung der gesetzmäßigen Zusammensetzung des Bundestages gerichtet ist (vgl. BVerfGE 22, 277 <280 f.>; 34, 201 <203>; 122, 304 <306>). Nach ständiger Rechtsprechung bleibt das Bundesverfassungsgericht jedoch auch nach Auflösung des Bundestages oder dem regulären Ablauf einer Wahlperiode befugt, die im Rahmen einer zulässigen Wahlprüfungsbeschwerde erhobenen Rügen der Verfassungswidrigkeit von Wahlrechtsnormen und wichtige wahlrechtliche Zweifelsfragen zu prüfen, wenn ein öffentliches Interesse an einer solchen Entscheidung besteht (vgl. BVerfGE 89, 291 <299>; 122, 304 <306>; BVerfG, Beschluss des Zweiten Senats vom 25. Februar 2010 - 2 BvC 6/07 -, juris, Rn. 9). Dies trägt dem Umstand Rechnung, dass es sich bei der Wahlprüfungsbeschwerde um ein primär objektives Verfahren mit Anstoßfunktion handelt (vgl. BVerfGE 122, 304 <306>). Dabei liegt ein fortbestehendes öffentliches Interesse an der Entscheidung einer Wahlprüfungsbeschwerde nach Ende der Legislaturperiode jedenfalls dann vor, wenn dem behaupteten Wahlfehler über den Einzelfall hinaus grundsätzliche Bedeutung zukommt (vgl. BVerfGE 122, 304 <306>; BVerfG, Beschluss des Zweiten Senats vom 25. Februar 2010 - 2 BvC 6/07 -, juris, Rn. 10 m.w.N.). Dies ist bei der Rüge der Verfassungswidrigkeit wahlrechtlicher Vorschriften regelmäßig der Fall, da diese über die jeweilige Wahlperiode hinaus so lange Wirkung entfalten, bis sie vom Gesetzgeber geändert

.....

El art. 63 regula la internación en un hospital psiquiátrico. Este dice:

> *"Si alguien comete un hecho antijurídico en estado de incapacidad de culpabilidad (§20) o con capacidad de culpabilidad reducida (§21), el tribunal ordenará la internación en un hospital psiquiátrico cuando de la valoración en conjunto del autor y su hecho resulte que como consecuencia de su estado son de esperar la comisión de hechos antijurídicos relevantes, que causen un daño psicológico o físico significativo a las víctimas, o que las pongan en peligro grave, o que causen un daño económico grave y por ello es peligroso para la comunidad. Si el acto no es de la relevante ilicitud en el sentido de la primera oración, entonces el Tribunal emitirá esa orden solo si circunstancias especiales justifiquen la expectativa, de que el autor cometiera, en virtud de su estado, esos actos ilícitos relevantes"*[51].

Sin embargo, del análisis de los artículos que anteceden, el Tribunal concluyó en que ni la declaración de inimputabilidad, y su consecuente cuadro clínico de conformidad con el art. 20 de C.P., ni las circunstancias que motivan la internación en un establecimiento psiquiátrico de conformidad con el art. 63 del mismo cuerpo normativo, permiten llegar a la conclusión de que la persona carece de discernimiento necesario para ejercer el derecho de voto[52].

51 Ibídem, § 63.

52 BVerfG, Beschluss des Zweiten Senats vom 29. Januar 2019 – 2 BvC 62/14 -, Rn. 116.

oder vom Bundesverfassungsgericht für nichtig oder für mit dem Grundgesetz unvereinbar erklärt werden (vgl. BVerfGE 122, 304 <307>).

2. Gemessen hieran liegt ein öffentliches Interesse an einer Entscheidung des Senats über die vorliegende Wahlprüfungsbeschwerde nach Ablauf der 18. Legislaturperiode vor. Die streitgegenständlichen Wahlrechtsausschlüsse haben nicht nur Bedeutung für die angegriffene Bundestagswahl und die verfahrensbeteiligten Beschwerdeführer. Vielmehr kann nicht ausgeschlossen werden, dass sie auch bei künftigen Bundestagswahlen noch Wirkung entfalten. Zwar haben die Regierungsparteien CDU, CSU und SPD in ihrem Koalitionsvertrag für die 19. Legislaturperiode ein „inklusives Wahlrecht für alle“ angekündigt (vgl. Ein neuer Aufbruch für Europa. Eine neue Dynamik für Deutschland. Ein neuer Zusammenhalt für unser Land. Koalitionsvertrag zwischen CDU, CSU und SPD, 19. Legislaturperiode, 12. März 2018, S. 95 Zeile 4380-4384). Ob dies jedoch zu einem vollständigen Wegfall der Wahlrechtsausschlüsse gemäß § 13 Nr. 2 und 3 BWahlG führen wird, ist nicht ersichtlich.

3. Vor diesem Hintergrund bedarf es keiner Entscheidung, ob einer Erledigung der vorliegenden Wahlprüfungsbeschwerde bereits entgegensteht, dass infolge der Subjektivierung des Rechtsschutzes im Wahlprüfungsverfahren durch das Gesetz zur Verbesserung des Rechtsschutzes in Wahlsachen vom 12. Juli 2012 (BGBl I S. 1501) die Feststellung einer subjektiven Rechtsverletzung als eigenständiger Prüfungsgegenstand neben die Feststellung der Gültigkeit der Bundestagswahl getreten ist, und ob diese Feststellung unabhängig vom Ablauf der Wahlperiode zu erfolgen hat (vgl. hierzu Misol, in: Barczak, BVerfGG, 2018, § 48 Rn. 57).

C.

Soweit die Wahlprüfungsbeschwerde zulässig ist, ist sie begründet. Die Wahlrechtsausschlüsse in § 13 Nr. 2

.....

VI. Conclusión del Tribunal

Del análisis efectuado, se observa que tanto los preceptos constitucionales desarrollados, como la normativa internacional referida al tema, no establecen un principio absoluto de prohibición de restricción del derecho de voto. Esto significa que, en el reconocimiento de tal derecho, se puede hacer un trato diferenciado.

Sin embargo, de la normativa referida se deriva – y así lo entendió el Alto Comisionado para los Derechos Humanos – que, para que un trato diferenciado no constituya una discriminación, los criterios para la diferenciación deben ser razonables y objetivos, y tener por objetivo un propósito legítimo en virtud del Pacto[53].

En igual sentido lo entendió el Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales, del Consejo Económico y Social de las N.U., al sostener que,

> *“Todo trato diferencial por alguno de los motivos prohibidos se considerará discriminatorio a menos que exista una causa razonable y objetiva para dispensarlo. Ello entraña evaluar si el fin y los efectos de las medidas o las omisiones de que se trate son legítimos y compatibles con la naturaleza de los derechos recogidos en el Pacto, y si el único fin que se persigue es promover el bienestar general en una sociedad democrática. También debe existir una relación de proporcionalidad clara y razonable entre el fin buscado y las medidas u omisiones y sus efectos”*[54].

53 Alto Comisionado por los Derechos Humanos, Observación General N° 18, párr. 13.

54 Consejo Económico y Social de N.U., Observación General N° 20, párr. 13.

und 3 BWahlG verstoßen gegen den Grundsatz der Allgemeinheit der Wahl gemäß Art. 38 Abs. 1 Satz 1 GG und das Verbot der Benachteiligung wegen einer Behinderung gemäß Art. 3 Abs. 3 Satz 2 GG. Aufgrund der Verfassungswidrigkeit von § 13 Nr. 2 und 3 BWahlG sind die Beschwerdeführer durch ihren hierauf beruhenden Ausschluss von der Wahl zum 18. Deutschen Bundestag in ihren Rechten verletzt.

I.

Aus dem Grundsatz der Allgemeinheit der Wahl gemäß Art. 38 Abs. 1 Satz 1 GG (1.) und dem Verbot der Benachteiligung wegen einer Behinderung gemäß Art. 3 Abs. 3 Satz 2 GG (2.) ergeben sich spezifische verfassungsrechtliche Anforderungen an die Zulässigkeit einfachgesetzlicher Wahlrechtsausschlüsse. Diese Vorgaben stehen im Einklang mit den völker- und europarechtlichen Verpflichtungen der Bundesrepublik Deutschland (3.).

1. Der Grundsatz der Allgemeinheit der Wahl garantiert das Recht aller Staatsbürger, zu wählen und gewählt zu werden (a). Schränkt der Gesetzgeber bei der Wahrnehmung des ihm in Art. 38 Abs. 3 GG zugewiesenen Gestaltungsauftrags den Grundsatz der Allgemeinheit der Wahl ein, bedarf er hierfür Gründe, die durch die Verfassung legitimiert und von mindestens gleichem Gewicht sind wie der Grundsatz der Allgemeinheit der Wahl. Hierbei ist er zu Vereinfachungen und Typisierungen befugt (b).

a) Die Allgemeinheit der Wahl sichert, wie die Gleichheit der Wahl, die vom Demokratieprinzip vorausgesetzte Egalität der Staatsbürger bei der politischen Selbstbestimmung (vgl. BVerfGE 99, 1 <13>; 132, 39 <47 Rn. 24>). Deren Gleichbehandlung bezüglich der Fähigkeit, zu wählen und gewählt zu werden, ist eine der wesentlichen Grundlagen der Staatsordnung (vgl. BVerfGE 6, 84 <91>; 11, 351 <360>; 132, 39 <47 Rn. 24>). Der Grundsatz der Allgemeinheit der Wahl verbürgt – positiv – die aktive und passive Wahlberechtigung aller Staatsbürger (vgl. BVerfGE 36, 139 <141>; 58, 202 <205>; 132, 39 <47 Rn. 24>). Er fordert, dass

---

Consecuentemente, luego de descartar una prohibición absoluta de restricción de los preceptos constitucionales, Tribunal Constitucional Federal analizó la legitimidad de la restricción al derecho de voto. Entendió que si bien las exclusiones del derecho de voto, establecidas en el artículo 13 inc. 2 y 3 de la Ley Federal Electoral, se dirigen a proteger un principio constitucional con igual jerarquía - esto es, el proceso democrático de comunicación entre el pueblo y sus órganos estatales -, estas exclusiones no están debidamente justificadas.[55]

El Tribunal consideró que en los fundamentos de los supuestos contemplados en los inc. 2 y 3 del art. 13, esto es, los fundamentos de la asistencia tutelar y de la inimputabilidad en el proceso penal, no es analizada la cuestión de la capacidad de comprender la esencia y significado de las elecciones, como así tampoco la capacidad de participar en procesos políticos.

En un caso similar - *F., H. O. s/, artículo 152 ter Código Civil* -, y con el mismo argumento, la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina declaró ilegítima la exclusión del derecho de voto, al considerar que, para haberlo justificado legítimamente, el tribunal debió haber realizado las pruebas correspondientes a determinar si la persona efectivamente carecía de la capacidad de decidir autónomamente en el proceso electoral.[56]

En aquella oportunidad, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, entendió que, con la incorporación a nuestro ordenamiento jurídico de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, se produjo un cambio de paradigma. Esto es el abandono del viejo sistema de sustitución y subrogación de la voluntad, y la acogida del modelo social de la discapacidad.[57]

---

55 BVerfG, Beschluss des Zweiten Senats vom 29. Januar 2019 – 2 BvC 62/14 -, Rn. 85 y 113.

56 CSJN, Caso F., H. O. s/, artículo 152 ter Código Civil, pág. 7.

57 Ibídem, pág. 5.

grundsätzlich jeder sein Wahlrecht in möglichst gleicher Weise ausüben kann (vgl. BVerfGE 58, 202 <205>; 99, 69 <77 f.>). Er untersagt – negativ – den unberechtigten Ausschluss einzelner Staatsbürger von der Teilnahme an der Wahl (vgl. BVerfGE 36, 139 <141>; 58, 202 <205>) und verbietet den Ausschluss bestimmter Bevölkerungsgruppen aus politischen, wirtschaftlichen oder sozialen Gründen (vgl. BVerfGE 15, 165 <166 f.>; 36, 139 <141>; 58, 202 <205>). Er ist – wie der Grundsatz der Wahlrechtsgleichheit – im Sinne einer strengen und formalen Gleichheit bei der Zulassung zur Wahl zum Deutschen Bundestag zu verstehen (vgl. BVerfGE 28, 220 <225>; 36, 139 <141>; 129, 300 <319>; 132, 39 <47 Rn. 24>) und schließt als spezialgesetzliche Ausprägung des allgemeinen Gleichheitssatzes in seinem Anwendungsbereich einen Rückgriff auf Art. 3 Abs. 1 GG aus (vgl. BVerfGE 99, 1 <8 ff.> sowie statt vieler Wollenschläger, in: v. Mangoldt/ Klein/Starck, GG, Bd. 1, 7. Aufl. 2018, Art. 3 Abs. 1 Rn. 310).

b) aa) Der Grundsatz der Allgemeinheit der Wahl unterliegt keinem absoluten Differenzierungsverbot. Die Festlegung des Wahlalters in Art. 38 Abs. 2 GG rechtfertigt nicht den Gegenschluss, dass der Gesetzgeber in Wahrnehmung seiner Regelungsbefugnis gemäß Art. 38 Abs. 3 GG nicht weitere Bestimmungen über die Zulassung zur Wahl treffen dürfte. Allerdings folgt aus dem formalen Charakter des Grundsatzes der Allgemeinheit der Wahl, dass dem Gesetzgeber bei der Ausgestaltung der Wahlberechtigung nur ein eng bemessener Spielraum für Beschränkungen verbleibt. Differenzierungen hinsichtlich der aktiven oder passiven Wahlberechtigung bedürfen zu ihrer Rechtfertigung stets besonderer Gründe, die durch die Verfassung legitimiert und von mindestens gleichem Gewicht wie die Allgemeinheit der Wahl sind (vgl. BVerfGE 42, 312 <340 f.>; 132, 39 <48 Rn. 25>; vgl. ebenso zur Gleichheit der Wahl BVerfGE 95, 408 <418>; 120, 82 <107>; 129, 300 <320>; 130, 212 <227 f.>), so dass sie als „zwingend“ (vgl. BVerfGE 1, 208 <248 f.>; 95, 408 <418>; 121, 266 <297 f.>) qualifiziert werden können.

bb) Zu den Gründen, die geeignet sind, Einschränkungen der Allgemeinheit der Wahl und mithin Differenzierungen zwischen den Wahlberechtigten zu legitimieren, zählen insbesondere die mit demokra-

---

En este sentido, tiene dicho la Corte Interamericana de Derechos Humanos que, el modelo social de discapacidad,

> *“implica que la discapacidad no sólo se define por la presencia de una deficiencia física, mental, intelectual o sensorial, sino que también se encuentra determinada por barreras o limitaciones que socialmente existen para que las personas puedan ejercer sus derechos de manera efectiva”*[58].

En la aplicación de este nuevo paradigma, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, señaló en el caso H.O.F. que, de acuerdo con la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, la capacidad para ejercer el derecho a voto es la regla, y su restricción es la excepción[59].

La Corte agregó que:

> *“... se debió disponer el acceso a los apoyos que se considerasen adecuados para que H.O.F. pudiera tomar decisiones con las salvaguardias apropiadas respetando su voluntad y sus preferencias, e incluso permitirle que una persona de su elección le prestara asistencia para votar...”*[60].

De este paralelo, se vislumbra la universalidad en materia de derechos humanos, y la fuerza de la normativa internacional, la cual es consultada y aplicada en las sentencias locales de los Estados Parte de las Convenciones, a través de sus tribunales nacionales. Ahora bien, volviendo a la Sentencia analizada, respecto al supuesto contemplado en el

58 Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Furlan y familiares vs. Argentina, párr. 133.

59 CSJN, Caso F., H. O. s/, artículo 152 ter Código Civil, pág. 7.

60 Ibídem, pág. 7.

tischen Wahlen verfolgten Ziele der Sicherung des Charakters der Wahl als eines Integrationsvorgangs bei der politischen Willensbildung des Volkes und der Gewährleistung der Funktionsfähigkeit der zu wählenden Volksvertretung (vgl. BVerfGE 95, 408 <418>; 120, 82 <107>; 129, 300 <320 f.>; 132, 39 <50 Rn. 32>). Zum erstgenannten Ziel gehört die Sicherung der Kommunikationsfunktion der Wahl (vgl. BVerfGE 132, 39 <50 Rn. 32>).

Dem liegt zugrunde, dass Demokratie, soll sie sich nicht in einem rein formalen Zurechnungsprinzip erschöpfen, freie und offene Kommunikation zwischen Regierenden und Regierten voraussetzt (vgl. BVerfGE 132, 39 <50 Rn. 33> m.w.N.). Dies gilt nicht nur für den Wahlakt selbst. Das Recht der Bürger auf Teilhabe an der politischen Willensbildung äußert sich auch in der Einflussnahme auf den ständigen Prozess der politischen Meinungsbildung (vgl. BVerfGE 20, 56 <98>; 69, 315 <346>; 132, 39 <51 Rn. 33>). Dem dienen die Öffentlichkeitsarbeit von Regierung und gesetzgebenden Körperschaften (vgl. BVerfGE 44, 125 <147 f.>; 63, 230 <242 f.>; ferner BVerfGE 105, 252 <268 ff.>) sowie das freie Mandat der Abgeordneten nach Art. 38 Abs. 1 Satz 2 GG, das die Rückkopplung zwischen Parlamentariern und Wahlvolk nicht aus-, sondern bewusst einschließt (vgl. BVerfGE 102, 224 <237 f.>; 112, 118 <134>). Nur auf dieser Grundlage kann der Wahlakt die ihm zugedachte integrative Wirkung entfalten. Ein Ausschluss vom aktiven Wahlrecht kann daher verfassungsrechtlich gerechtfertigt sein, wenn bei einer bestimmten Personengruppe davon auszugehen ist, dass die Möglichkeit der Teilnahme am Kommunikationsprozess zwischen Volk und Staatsorganen nicht in hinreichendem Maße besteht (vgl. BVerfGE 132, 39 <51 Rn. 34>).

cc) Den Grundsatz der Allgemeinheit der Wahl mit kollidierenden Verfassungsbelangen zum Ausgleich zu bringen, ist grundsätzlich Sache des Gesetzgebers (vgl. BVerfGE 95, 408 <420>; 121, 266 <303>; 132, 39 <48 Rn. 26>). Das Bundesverfassungsgericht prüft insoweit lediglich, ob die Grenzen des eng bemessenen Spielraums des Gesetzgebers überschritten sind, nicht aber, ob der Gesetzgeber zweckmäßige oder rechtspolitisch erwünschte Lösungen gefunden hat (vgl. BVerfGE 6, 84 <94>; 51, 222 <237 f.>; 95, 408 <420>; 121, 266

---

inc. 2 del art. 13 de la Ley Electoral Federal, el Tribunal Constitucional sostuvo que éste no se adecúa al caso de personas que no tienen la capacidad de discernir sobre la naturaleza y esencia de las elecciones.[61] Y determinó que en él existe un error de tipificación, toda vez que excluye del derecho de voto a personas definidas sin un elemento objetivo suficiente, contrariando al principio de igualdad.[62]

Lo mismo vale para el supuesto contemplado en el inc.3. Respecto a este último, el Tribunal consideró que no se adecúa al caso de personas que no tienen la capacidad de discernir sobre la naturaleza y esencia de las elecciones.[63] Agregó que, en él no existen razones objetivas para la regla de diferenciación, y por ello, viola el principio de igualdad.[64]

El Tribunal concluyó también en que, - junto a la vulneración del principio de 'universalidad del voto' - el art. 13 inc. 2 y 3 de la Ley Federal Electoral vulnera el principio de 'no discriminación por discapacidad', contenido en el art. 3 inc. 3 segunda oración de la Constitución Alemana, toda vez que la norma conduce a empeorar la situación de personas con discapacidades, sin estar justificada por razones imperiosas.[65]

Una razón imperiosa justificaría tal intervención del Estado, cuando la norma fuera imprescindible para proteger el carácter integrador de las elecciones, al excluir del derecho de voto a personas que en virtud de su discapacidad no cuentan con la capacidad suficiente para participar en el proceso democrático electoral.[66]

El Tribunal entendió que esta discriminación es por discapacidad en el sentido del art.

61 BVerfG, Beschluss des Zweiten Senats vom 29. Januar 2019 – 2 BvC 62/14 -, Rn. 100.

62 Ibídem, Rn. 100.

63 Ibídem, Rn. 115.

64 Ibídem, Rn. 130.

65 Ibídem, Rn. 100.

66 Ibídem, Rn. 111.

<303 f.>; 132, 39 <48 Rn. 27>). Voraussetzung für eine Rechtfertigung von Einschränkungen der Allgemeinheit der Wahl ist, dass differenzierende Regelungen zur Verfolgung ihrer Zwecke geeignet und erforderlich sind (vgl. BVerfGE 6, 84 <94>; 51, 222 <238>; 71, 81 <96>; 95, 408 <418>). Ihr erlaubtes Ausmaß richtet sich auch danach, mit welcher Intensität in das Wahlrecht eingegriffen wird (vgl. BVerfGE 71, 81 <96>; 95, 408 <418>). Dabei hat sich der Gesetzgeber bei seinen Einschätzungen und Bewertungen nicht an abstrakt konstruierten Fallgestaltungen, sondern an der politischen Wirklichkeit zu orientieren (vgl. BVerfGE 7, 63 <75>; 82, 322 <344>; 95, 408 <418>). Bei der Prüfung, ob eine Beschränkung des Wahlrechts gerechtfertigt ist, ist ein strenger Maßstab anzulegen (vgl. BVerfGE 120, 82 <106>; 129, 300 <317, 320>; 132, 39 <48 Rn. 25>).
Allerdings ist der Gesetzgeber befugt, bei der Ausgestaltung der Wahlberechtigung unter Berücksichtigung der Grenzen, die die Bedeutung des Wahlrechts und die Strenge demokratischer Egalität seinem Bewertungsspielraum setzen, Vereinfachungen und Typisierungen vorzunehmen (vgl. BVerfGE 132, 39 <49 Rn. 28>). Bei der Ordnung von Massenerscheinungen ist er berechtigt, die Vielzahl der Einzelfälle in dem Gesamtbild zu erfassen, das nach den ihm vorliegenden Erfahrungen die regelungsbedürftigen Sachverhalte zutreffend wiedergibt (vgl. BVerfGE 11, 245 <254>; 78, 214 <227>; 84, 348 <359>; 122, 210 <232>; 126, 268 <278>). Auf dieser Grundlage darf er grundsätzlich generalisierende, typisierende und pauschalierende Regelungen treffen, ohne allein schon wegen der damit unvermeidlich verbundenen Härten gegen Gleichheitsgebote zu verstoßen (vgl. BVerfGE 84, 348 <359>; 113, 167 <236>; 126, 268 <278 f.>; stRspr). Das Wahlrecht gehört neben dem Steuerrecht und dem Sozialversicherungsrecht zu den Bereichen, für die die Zulässigkeit typisierender Regelungen von Massenerscheinungen grundsätzlich anerkannt ist.
Die Befugnis zur Typisierung bedeutet, dass Lebenssachverhalte im Hinblick auf wesentliche Gemeinsamkeiten normativ zusammengefasst und dabei Besonderheiten, die im Tatsächlichen durchaus bekannt oder absehbar sind, generalisierend vernachlässigt werden dürfen (vgl. BVerfGE 132, 39 <49 Rn. 29>; 145, 106 <146 Rn. 107>; allgemein zur Typisierungsproblematik siehe Britz, Einzelfallgerechtigkeit versus Generalisierung,

---

3 inc. 3 segunda oración de la Constitución Alemana, porque para el caso del inc. 3 del art. 13 de la Ley Federal Electoral, la determinación de inimputabilidad requiere, para la internación en un establecimiento psiquiátrico, un menoscabo físico, mental, espiritual, o sensorial.[67]
Finalmente sostuvo que, para justificar tal vulneración, resulta necesario que la norma comprenda a un grupo de personas que no cuenten con la capacidad suficiente de participar en procesos comunicacionales entre el pueblo y los órganos del Estado.[68]

VII. Reforma legislativa

La Segunda Cámara del Tribunal Constitucional Federal Alemán resolvió declarar inconstitucional los incisos 2 y 3 del artículo 13 de la Ley Federal Electoral por considerar que afectan el derecho universal de voto y el principio de no discriminación, ambos preceptos constitucionales.
Como consecuencia de dicha sentencia, con fecha 1 de julio de 2019 fue modificado el art. 13 de la Ley Federal Electoral de Alemania, que quedo redactado de la siguiente manera:

> Artículo 13 Exclusión del derecho a voto: *"Queda excluido del derecho a voto aquella persona que cuya exclusión sea resuelta por decisión judicial."*[69]

67 BVerfG, Beschluss des Zweiten Senats vom 29. Januar 2019 – 2 BvC 62/14 -, Rn. 134.

68 Ibídem, Rn. 116.

69 Gesetze und Verordnungen des deutschen Bundesrechts im Internet, Synopse aller Änderungen des Bundeswahlgesetz am 01.07.2019 https://www.buzer.de/gesetz/33/al72979-0.htm.

2008, S. 38 m.w.N.). Der Gesetzgeber darf sich grundsätzlich am Regelfall orientieren und ist nicht gehalten, allen Besonderheiten jeweils durch Sonderregelungen Rechnung zu tragen (vgl. BVerfGE 82, 159 <185 f.>; 96, 1 <6>; 145, 106 <146 Rn. 107>). Die gesetzlichen Verallgemeinerungen müssen allerdings von einer möglichst breiten, alle betroffenen Gruppen und Regelungsgegenstände einschließenden Beobachtung ausgehen (vgl. BVerfGE 122, 210 <232 f.>; 126, 268 <279>; 133, 377 <412 Rn. 87>). Insbesondere darf der Gesetzgeber für eine gesetzliche Typisierung keinen atypischen Fall als Leitbild wählen, sondern muss realitätsgerecht den typischen Fall als Maßstab zugrunde legen (vgl. BVerfGE 116, 164 <183>; 122, 210 <233>; 126, 268 <279>; 137, 350 <375 Rn. 66>; 145, 106 <146 Rn. 107>). Eine Typisierung ist außerdem nur zulässig, wenn die damit verbundenen Härten nur unter Schwierigkeiten vermeidbar wären (vgl. BVerfGE 84, 348 <360>; 87, 234 <255 f.>; 100, 59 <90>), lediglich eine verhältnismäßig kleine Zahl von Personen betreffen und die Ungleichbehandlung nicht besonders ins Gewicht fällt (vgl. BVerfGE 63, 119 <128>; 84, 348 <360>; 100, 59 <90>; 143, 246 <379 Rn. 362>). Unter Umständen sind Härtefallklauseln erforderlich, um untragbare Belastungen zu vermeiden. Letztlich müssen die Vorteile der Typisierung im rechten Verhältnis zu der mit ihr notwendig verbundenen Ungleichbehandlung stehen (vgl. BVerfGE 110, 274 <292>; 117, 1 <31>; 120, 1 <30>; 123, 1 <19>; 133, 377 <413 Rn. 88>; 145, 106 <146 Rn. 108>).

2. Maßstab für Wahlrechtsausschlüsse ist neben dem Grundsatz der Allgemeinheit der Wahl auch Art. 3 Abs. 3 Satz 2 GG (a), der die Benachteiligung einer Person wegen ihrer Behinderung untersagt (b). Auch dieses Verbot gilt nicht schrankenlos. Eine Schlechterstellung behinderter Menschen muss aber durch zwingende Gründe gerechtfertigt sein (c).

a) Der Grundsatz der Allgemeinheit der Wahl gemäß Art. 38 Abs. 1 Satz 1 GG und das Benachteiligungsverbot des Art. 3 Abs. 3 Satz 2 GG sind als spezialgesetzliche Ausprägungen des allgemeinen Gleichheitssatzes nebeneinander anwendbar (aa). Dies gilt auch im Verfahren der Wahlprüfungsbeschwerde (bb).

aa) Besondere Gleichheitssätze stehen grundsätzlich im Verhältnis der Idealkonkurrenz zuei-

De esta forma, la República Federal Alamana modificó su legislación nacional, adecuándola a las normas internacionales, rectoras en materia de Derechos Humanos, y en observancia del art. 2 segundó párrafo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Este último establece:

> *"Cada Estado Parte se compromete a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones del presente Pacto, las medidas oportunas para dictar las disposiciones legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos los derechos reconocidos en el presente Pacto y que no estuviesen ya garantizados por disposiciones legislativas o de otro carácter"*[70]

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Bundeswahlgesetz für die Bundesrepublik Deutschland (BWahlG).
- BVerfG, Beschluss des Zweiten Senats vom 14. Oktober 2004 – 2 BvR 1481/04.
- BVerfG, Beschluss des Zweiten Senats vom 29. Januar 2019 – 2 BvC 62/14.
- Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, Asamblea General de las Naciones Unidas - New York, 2006.

70 Pacto internacional de Derechos Civiles y Políticos, Art. 2, párr. 2.

nander. Berührt eine differenzierende Behandlung mehrere in ihrem Anwendungsbereich unterschiedliche spezielle Gleichheitsgebote, muss sie an jedem dieser Gebote gemessen werden (vgl. Boysen, in: v. Münch/Kunig, GG, Bd. 1, 6. Aufl. 2012, Art. 3 Rn. 202). Etwas anderes kann lediglich gelten, wenn zwischen mehreren besonderen Gleichheitssätzen ein eigenständiges Spezialitätsverhältnis besteht.
Dies ist im Verhältnis von Art. 38 Abs. 1 Satz 1 GG und Art. 3 Abs. 3 Satz 2 GG nicht der Fall. Zwar überschneiden sich die Anwendungsbereiche des Art. 38 Abs. 1 Satz 1 GG und des Art. 3 Abs. 3 Satz 2 GG im Falle einer Beschränkung des Zugangs zur Wahl zum Bundestag wegen einer Behinderung (vgl. Magiera, in: Sachs, GG, 8. Aufl. 2018, Art. 38 Rn. 81; Sachs, in: Isensee/Kirchhof, HStR VIII, 3. Aufl. 2010, § 182 Rn. 164; Trute, in: v. Münch/Kunig, GG, Bd. 1, 6. Aufl. 2012, Art. 38 Rn. 19). Diese Überschneidung betrifft jedoch lediglich einen Teilbereich des jeweiligen Regelungsumfangs der beiden Vorschriften. Zudem dienen beide Vorschriften unterschiedlichen Schutzzwecken (Egalität der Staatsbürger, Nichtdiskriminierung von Menschen mit Behinderungen). Daher sind der Grundsatz der Allgemeinheit der Wahl nach Art. 38 Abs. 1 Satz 1 GG und das Benachteiligungsverbot nach Art. 3 Abs. 3 Satz 2 GG nebeneinander anwendbar (vgl. Boysen, in: v. Münch/Kunig, GG, Bd. 1, 6. Aufl. 2012, Art. 3 Rn. 202; Krieger, in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Henneke, GG, 14. Aufl. 2018, Art. 3 Rn. 92; Magiera, in: Sachs, GG, 8. Aufl. 2018, Art. 38 Rn. 81).

bb) Art. 3 Abs. 3 Satz 2 GG findet auch im Verfahren der Wahlprüfung Anwendung. Dieses Verfahren ist nicht auf die Prüfung der Verletzung spezifischer Wahlrechtsnormen beschränkt. Seit der Subjektivierung des Wahlprüfungsverfahrens durch das Gesetz zur Verbesserung des Rechtsschutzes in Wahlsachen vom 12. Juli 2012 (BGBl I S. 1501) kann aber grundsätzlich jede Verletzung eigener Rechte bei der Vorbereitung oder Durchführung der Wahl im Wahlprüfungsverfahren geltend gemacht werden. Erforderlich ist lediglich, dass die geltend gemachte Rechtsverletzung einen unmittelbaren Bezug zur Wahl hat und daher als Wahlfehler angesehen werden kann. Dies ist bei einem das Benachteiligungsverbot des Art. 3 Abs. 3 Satz 2 GG missachtenden Wahlrechtsausschluss der Fall.

• Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, Consejo de Europa – 1950.
• Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Furlan y familiares vs. Argentina, Sentencia del 31 de agosto de 2012.
• Corte Suprema de Justicia de la Nación, Caso F., H. O. s/, artículo 152 ter Código Civil, CIV 83563/1997/CS – Buenos Aires, 2018.
• Gesetz über das Bundesverfassungsgericht (BVerfGG).
• Gesetze und Verordnungen des deutschen Bundesrechts im Internet. https://www.buzer.de/gesetz/33/al72979-0.htm
• Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland (GG).
• Igualdad y no discriminación de acuerdo con el artículo 5 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos - A/HRC/34/26.
• Observación General N° 18, No discriminación, Alto Comisionado por los DDHH- 1989.
• Observación General N° 20, La no discriminación y los derechos económicos, sociales y culturales (artículo 2, párrafo 2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales), Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas – E/C. 12/GC/20.
• Pacto internacional de Derechos Civiles y Políticos, Asamblea General de las Naciones Unidas, Resolución 2200 A (XXI) de 1966.
• Protocolo adicional al Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, Consejo de Europa – París, 1952.
• Strafgesetzbuch für die Bundesrepublik Deutschland (StGB).

b) Art. 3 Abs. 3 Satz 2 GG untersagt jegliche Benachteiligung wegen einer Behinderung. Auf den Grund der Behinderung kommt es nicht an. Entscheidend ist vielmehr, ob eine Person in der Fähigkeit zur individuellen und selbstständigen Lebensführung längerfristig beeinträchtigt ist (vgl. Baer/Markard, in: v. Mangoldt/ Klein/Starck, GG, 7. Aufl. 2018, Art. 3 Abs. 3, Rn. 531). Zu den Menschen mit Behinderungen gehören psychisch Kranke, wenn die Beeinträchtigung längerfristig und von solcher Art ist, dass sie den Betroffenen an der vollen, wirksamen und gleichberechtigten Teilhabe an der Gesellschaft hindern kann (vgl. BVerfGE 128, 282 <306 f.> unter Verweis auf Art. 1 Abs. 2 BRK).

Eine Benachteiligung im Sinne von Art. 3 Abs. 3 Satz 2 GG liegt bei einem Ausschluss von Entfaltungs- und Betätigungsmöglichkeiten durch die öffentliche Gewalt vor, soweit dieser nicht durch eine auf die Behinderung bezogene Fördermaßnahme hinlänglich kompensiert wird (vgl. BVerfGE 96, 288 <303>; 99, 341 <357>; 128, 138 <156>). Menschen mit Behinderungen werden demnach benachteiligt, wenn ihre Lebenssituation im Vergleich zu derjenigen Nichtbehinderter durch staatliche Maßnahmen verschlechtert wird. Dies ist der Fall, wenn ihnen Entfaltungs- und Betätigungsmöglichkeiten vorenthalten werden, die anderen offenstehen (vgl. BVerfGE 96, 288 <302 f.>; 99, 341 <357>). Untersagt sind letztlich alle Ungleichbehandlungen, die für Behinderte zu einem Nachteil führen (vgl. BVerfG, Beschlüsse der 2. Kammer des Ersten Senats vom 24. März 2016 - 1 BvR 2012/13 -, juris, Rn. 11 und vom 10. Juni 2016 - 1 BvR 742/16 -, juris, Rn. 10; siehe auch BVerfGE 99, 341 <357>). Erfasst werden dabei auch mittelbare Benachteiligungen, bei denen sich der Ausschluss von Betätigungsmöglichkeiten nicht als Ziel, sondern als typische Nebenfolge einer Maßnahme der öffentlichen Gewalt darstellt (vgl. Baer/Markard, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, 7. Aufl. 2018, Art. 3 Abs. 3, Rn. 537; Heun, in: Dreier, GG, Bd. 1, 3. Aufl. 2013, Art. 3 Rn. 138; Nußberger, in: Sachs, GG, 8. Aufl. 2018, Art. 3 Rn. 311; a.A.: Boysen, in: v. Münch/Kunig, GG, Bd. 1, 6. Aufl. 2012, Art. 3 Rn. 196).

Art. 3 Abs. 3 Satz 2 GG beinhaltet außer einem Benachteiligungsverbot auch einen Förderauftrag (vgl. Baer/Markard, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, 7. Aufl. 2018, Art. 3 Abs. 3, Rn. 541 m.w.N.). Er vermittelt einen Anspruch auf die Ermöglichung gleichberechtigter Teilhabe nach Maßgabe der verfügbaren finanziellen, personellen, sachlichen und organisatorischen Möglichkeiten (vgl. BVerfGE 96, 288 <308>).

c) Auch Art. 3 Abs. 3 Satz 2 GG gilt allerdings nicht ohne Einschränkung (vgl. BVerfGE 99, 341 <357>). Eine rechtliche Schlechterstellung Behinderter ist nur zulässig, wenn zwingende Gründe eine solche rechtfertigen (vgl. BVerfGE 85, 191 <206 f.>; 99, 341 <357>; ferner BVerfG, Beschluss der 2. Kammer des Ersten Senats vom 10. Juni 2016 - 1 BvR 742/16 -, juris, Rn. 10; Baer/Markard, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, 7. Aufl. 2018, Art. 3 Abs. 3, Rn. 544; Nußberger, in: Sachs, GG, 8. Aufl. 2018, Art. 3 Rn. 314; Kischel, in: Epping/Hillgruber, Beck'scher Online-Kommentar GG, 37. Aufl. 2018, Art. 3 Rn. 236; Krieger, in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Henneke, GG, 14. Aufl. 2018, Art. 3 Rn. 89). Die Rechtfertigung einer Benachteiligung entgegen Art. 3 Abs. 3 Satz 2 GG unterliegt damit einem strengen Maßstab (vgl. Baer/Markard, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, 7. Aufl. 2018, Art. 3 Abs. 3, Rn. 544; Nußberger, in: Sachs, GG, 8. Aufl. 2018, Art. 3 Rn. 314). Die in Rede stehende Maßnahme muss unerlässlich sein, um behindertenbezogenen Besonderheiten Rechnung zu tragen (vgl. BVerfGE 99, 341 <357> m.w.N.). Dies ist nicht der Fall, wenn der Staat durch Fördermaßnahmen oder Assistenzsysteme die Einschränkungen, denen Menschen mit Behinderungen unterliegen, beseitigen kann; erst wenn dies unmöglich oder unzumutbar ist, kann eine Benachteiligung gerechtfertigt sein (vgl. Lang, in: BMAS-Forschungsbericht 470, 2016, S. 193).

Ein zwingender Grund im vorgenannten Sinn liegt vor, wenn einer Person gerade aufgrund ihrer Behinderung bestimmte geistige oder körperliche Fähigkeiten fehlen, die unerlässliche Voraussetzung für die Wahrnehmung eines Rechts sind. Fehlt die erforderliche Einsichts- oder Handlungsfähigkeit aufgrund einer Behinderung und kann dem auch nicht durch geeignete Assistenzsysteme abgeholfen werden, stellt der Ausschluss einer Person von einem diese Fähigkeit voraussetzenden Recht keine Diskriminierung wegen einer Behinderung im Sinne von Art. 3 Abs. 3 Satz 2 GG dar (vgl. BVerfGE 99, 341 <357>; siehe auch Kischel, in: Epping/Hillgruber, Beck'scher Online-Kommentar GG, 37. Aufl. 2018, Art. 3 Rn. 236; Krieger, in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Henneke, GG, 14. Aufl. 2018, Art. 3 Rn. 89; Lang, in: BMAS-Forschungsbericht 470, 2016, S. 192 f.). Darüber hinaus kommt eine Rechtfertigung einer behinderungsbedingten Ungleichbehandlung nur im Wege einer Abwägung mit kollidierendem Verfassungsrecht (vgl. BVerfGE 92, 91 <109>; 114, 357 <364>) und auf

der Grundlage einer strengen Verhältnismäßigkeitsprüfung in Betracht (vgl. Nußberger, in: Sachs, GG, 8. Aufl. 2018, Art. 3 Rn. 254, 314). Die Ungleichbehandlung muss insoweit zum Schutz eines anderen, mindestens gleichwertigen Verfassungsguts geeignet, erforderlich und angemessen sein. Dem Gesetzgeber steht insoweit nur ein geringer Handlungsspielraum zur Verfügung. Insofern entsprechen im vorliegenden Zusammenhang die Anforderungen an die Rechtfertigung einer Einschränkung des Benachteiligungsverbots für Menschen mit Behinderungen gemäß Art. 3 Abs. 3 Satz 2 GG den strengen Anforderungen an einen Eingriff in den Grundsatz der Allgemeinheit der Wahl gemäß Art. 38 Abs. 1 Satz 1 GG.

3. Die vorstehenden Maßstäbe tragen den von der Bundesrepublik Deutschland zu beachtenden völkerrechtlichen Verpflichtungen Rechnung. Zwar ist das Grundgesetz völkerrechtsfreundlich auszulegen (a). Aus den für die angegriffenen Wahlrechtsausschlüsse relevanten völkerrechtlichen Bestimmungen ergeben sich jedoch keine Anforderungen, die über die dargelegten verfassungsrechtlichen Vorgaben hinausgehen (b).

a) Völkervertragliche Bindungen haben innerstaatlich nicht den Rang von Verfassungsrecht (vgl. BVerfGE 111, 307 <317>). Den im vorliegenden Zusammenhang einschlägigen Bestimmungen des Internationalen Pakts über bürgerliche und politische Rechte (IPBPR), der BRK und der EMRK einschließlich ihrer Zusatzprotokolle hat der Bundesgesetzgeber jeweils mittels förmlicher Gesetze gemäß Art. 59 Abs. 2 GG zugestimmt (vgl. Gesetz zu dem Übereinkommen der Vereinten Nationen vom 13. Dezember 2006 über die Rechte von Menschen mit Behinderungen sowie zu dem Fakultativprotokoll vom 13. Dezember 2006 zum Übereinkommen der Vereinten Nationen über die Rechte von Menschen mit Behinderungen vom 21. Dezember 2008, BGBl II S. 1419; Gesetz zum Internationalen Pakt vom 19. Dezember 1966 über bürgerliche und politische Rechte vom 15. November 1973, BGBl II S. 1533; Gesetz über die Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten vom 7. August 1952, BGBl II S. 685; Bekanntmachung über das Inkrafttreten der Konvention vom 15. Dezember 1953, BGBl II 1954 S. 14; Neubekanntmachung der Konvention in der Fassung des 11. Zusatzprotokolls in BGBl II 2002 S. 1054). Innerhalb der deutschen Rechtsordnung stehen sie damit im Rang eines Bundesgesetzes (vgl. BVerfGE 74, 358 <370>; 111, 307 <316 f.>; 128, 326 <367>; 141, 1 <19 Rn. 45>; 142, 313 <345 Rn. 88>; BVerfG, Urteil des Zweiten Senats vom 12. Juni 2018 - 2 BvR 1738/12 -, juris, Rn. 127).

Gleichwohl besitzen sie verfassungsrechtliche Bedeutung als Auslegungshilfe für die Bestimmung des Inhalts und der Reichweite der Grundrechte und rechtsstaatlichen Grundsätze des Grundgesetzes (vgl. BVerfGE 74, 358 <370>; 83, 119 <128>; 111, 307 <316 f., 329>; 120, 180 <200 f.>; 128, 326 <367 f.>; 142, 313 <345 Rn. 88>; BVerfG, Urteil des Zweiten Senats vom 12. Juni 2018 - 2 BvR 1738/12 -, juris, Rn. 128). Ihre Heranziehung ist Ausdruck der Völkerrechtsfreundlichkeit des Grundgesetzes, das einer Einbindung der Bundesrepublik Deutschland in inter- und supranationale Zusammenhänge sowie deren Weiterentwicklung nicht entgegensteht, sondern diese voraussetzt und erwartet. Das Grundgesetz erstrebt ausweislich seiner Präambel die Einfügung der Bundesrepublik Deutschland als gleichberechtigtes Glied in die Rechtsgemeinschaft friedlicher und freiheitlicher Staaten (vgl. BVerfGE 111, 307 <319>). Es ist nach Möglichkeit so auszulegen, dass ein Konflikt mit völkerrechtlichen Verpflichtungen der Bundesrepublik Deutschland nicht entsteht (vgl. BVerfGE 111, 307 <317 f.>; 141, 1 <27 Rn. 65>).

Allerdings zielt die Heranziehung als Auslegungshilfe nicht auf eine schematische Parallelisierung einzelner verfassungsrechtlicher Begriffe (vgl. BVerfGE 137, 273 <320 f. Rn. 128>; 141, 1 <30 Rn. 72> m.w.N.). Vielmehr gilt auch für die völkerrechtsfreundliche Auslegung des Grundgesetzes, dass Ähnlichkeiten im Normtext nicht über Unterschiede, die sich aus dem Kontext der Rechtsordnungen ergeben, hinwegtäuschen dürfen (vgl. BVerfG, Urteil des Zweiten Senats vom 12. Juni 2018 - 2 BvR 1738/12 -, juris, Rn. 131). Außerdem endet die Möglichkeit völkerrechtsfreundlicher Auslegung dort, wo diese nach den anerkannten Methoden der Gesetzesauslegung und Verfassungsinterpretation nicht mehr vertretbar erscheint (vgl. BVerfGE 111, 307 <329>; 128, 326 <371>; 141, 1 <30 Rn. 72>; BVerfG, Urteil des Zweiten Senats vom 12. Juni 2018 - 2 BvR 1738/12 -, juris, Rn. 133). Soweit im Rahmen geltender methodischer Standards Auslegungs- und Abwägungsspielräume eröffnet sind, trifft deutsche Gerichte die Pflicht, der konventions- oder vertragsgemäßen Auslegung den Vorrang zu geben. Es widerspricht aber nicht dem Ziel der Völkerrechtsfreundlichkeit, wenn ausnahmsweise Völkervertragsrecht nicht beachtet wird, sofern nur auf diese Weise ein Verstoß gegen tragende Grundsätze

der Verfassung abzuwenden ist (vgl. BVerfGE 111, 307 <319>; BVerfG, Urteil des Zweiten Senats vom 12. Juni 2018 - 2 BvR 1738/12 -, juris, Rn. 133).
Im Rahmen der Heranziehung der EMRK als Auslegungshilfe berücksichtigt das Bundesverfassungsgericht Entscheidungen des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte, und zwar auch dann, wenn sie nicht denselben Streitgegenstand betreffen. Dies beruht auf der jedenfalls faktischen Orientierungs- und Leitfunktion, die der Rechtsprechung des EGMR für die Auslegung der EMRK auch über den konkret entschiedenen Einzelfall hinaus zukommt (vgl. BVerfGE 111, 307 <320>; 128, 326 <368>; BVerfG, Urteil des Zweiten Senats vom 12. Juni 2018 - 2 BvR 1738/12 -, juris, Rn. 129). Die innerstaatlichen Wirkungen der Entscheidungen des EGMR erschöpfen sich daher nicht in einer auf den konkreten Lebenssachverhalt begrenzten Berücksichtigungspflicht (vgl. BVerfGE 111, 307 <328>; 112, 1 <25 f.>; BVerfG, Urteil des Zweiten Senats vom 12. Juni 2018 - 2 BvR 1738/12 -, juris, Rn. 129). Die Heranziehung der Rechtsprechung des EGMR als Auslegungshilfe auf der Ebene des Verfassungsrechts über den Einzelfall hinaus dient dazu, den Garantien der EMRK in der Bundesrepublik Deutschland möglichst umfassend Geltung zu verschaffen, und kann darüber hinaus helfen, Verurteilungen der Bundesrepublik Deutschland zu vermeiden (vgl. BVerfGE 128, 326 <369>; BVerfG, Urteil des Zweiten Senats vom 12. Juni 2018 - 2 BvR 1738/12 -, juris, Rn. 130). Während sich die Vertragsparteien durch Art. 46 EMRK verpflichtet haben, in allen Rechtssachen, in denen sie Partei sind, das endgültige Urteil des EGMR zu befolgen (vgl. BVerfGE 111, 307 <320>), sind allerdings bei der Orientierung an der Rechtsprechung des Gerichtshofs jenseits des Anwendungsbereichs des Art. 46 EMRK die konkreten Umstände des Falles im Sinne einer Kontextualisierung in besonderem Maße in den Blick zu nehmen (vgl. BVerfG, Urteil des Zweiten Senats vom 12. Juni 2018 - 2 BvR 1738/12 -, juris, Rn. 132).
Stellungnahmen von Ausschüssen oder vergleichbaren Vertragsorganen zur Auslegung von Menschenrechtsabkommen sind demgegenüber ungeachtet ihres erheblichen Gewichts weder für internationale noch für nationale Gerichte verbindlich (vgl. BVerfGE 142, 313 <346 Rn. 90>; BVerfG, Urteil des Zweiten Senats vom 24. Juli 2018 - 2 BvR 309/15 u.a. -, juris, Rn. 91). Dies gilt auch für die Berichte (Art. 39 BRK), Leitlinien (Art. 35 Abs. 3 BRK) und Empfehlungen (Art. 36 Abs. 1 BRK) des Ausschusses für die Rechte von Menschen mit Behinderungen nach Art. 34 BRK zur Auslegung der Konventionsbestimmungen und zur Rechtslage in Deutschland (vgl. BVerfGE 142, 313 <345 f. Rn. 89>; BVerfG, Urteil des Zweiten Senats vom 24. Juli 2018 - 2 BvR 309/15 u.a. -, juris, Rn. 91). Ein Mandat zur verbindlichen Interpretation des Vertragstextes kommt dem Ausschuss nicht zu. Auch verfügt er nicht über eine Kompetenz zur Fortentwicklung internationaler Abkommen über Vereinbarungen und die Praxis der Vertragsstaaten hinaus (vgl. Art. 31 Wiener Übereinkommen über das Recht der Verträge vom 23. Mai 1969, BGBl II 1985 S. 939). Nationale Gerichte sollten sich im Rahmen einer völkerrechtsfreundlichen Auslegung des nationalen Rechts mit der Auffassung derartiger Vertragsorgane auseinandersetzen; sie müssen sie aber nicht übernehmen (vgl. BVerfGE 142, 313 <346 f. Rn. 90>; siehe auch – allerdings für Entscheidungen internationaler Gerichte – BVerfGE 111, 307 <317 f.>; 128, 326 <366 ff., 370>; stRspr).

b) Die Regelungen in Art. 25 lit. b IPBPR (aa) und in Art. 29 lit. a BRK (bb) sowie in Art. 3 des Zusatzprotokolls zur Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten (EMRKZusProt) (cc) gebieten keine Modifizierung der dargelegten verfassungsrechtlichen Maßstäbe für Wahlrechtsausschlüsse.
aa) Art. 25 IPBPR reicht über die Anforderungen an eine Einschränkung der Wahlberechtigung gemäß Art. 38 Abs. 1 Satz 1 GG und Art. 3 Abs. 3 Satz 2 GG nicht hinaus, da er kein ausnahmsloses Verbot jeglichen Wahlrechtsausschlusses beinhaltet. Die Vorschrift lautet – soweit hier einschlägig –:

Jeder Staatsbürger hat das Recht und die Möglichkeit, ohne Unterschied nach den in Artikel 2 genannten Merkmalen und ohne unangemessene Einschränkungen

a) […]

b) bei echten, wiederkehrenden, allgemeinen, gleichen und geheimen Wahlen, bei denen die freie Äußerung des Wählerwillens gewährleistet ist, zu wählen und gewählt zu werden;

c) […]

Die Vorschrift beinhaltet damit nach ihrem Wortlaut den Schutz des Wahlrechts gegen „unangemessene

Einschränkungen". Hierzu hat der Menschenrechtsausschuss des IPBPR ausgeführt, dass eine unangemessene Einschränkung im Sinne des Art. 25 lit. b IPBPR nicht vorliege, wenn das Wahlrecht aus objektiven und vernünftigen Gründen durch Gesetz beschränkt werde (vgl. IPBPR-Menschenrechtsausschuss, General Comment No. 25, 12. Juli 1996, UN-Doc CCPR/C/21/Rev. 1/Add. 7, Rn. 4 und 10). Zugleich hat er ausdrücklich darauf verwiesen, dass sich aus Art. 29 lit. a BRK nichts anderes ergebe, da auch diese Vorschrift einem Wahlrechtsausschluss aus vernünftigen und objektiven Gründen nicht entgegenstehe (vgl. IPBPR-Menschenrechtsausschuss, Concluding observations on the third periodic report of Hong Kong, China, 29. April 2013, UN-Doc CCPR/C/CHN-HKG/CO/3, Rn. 24; Concluding observations on the third periodic report of Paraguay, 29. April 2013, UN-Doc CCPR/C/PRY/CO/3, Rn. 11). Auf der Grundlage dieser plausiblen Interpretation von Art. 25 lit. b IPBPR ergibt sich keine Verschärfung der verfassungsrechtlich durch Art. 38 Abs. 1 Satz 1 GG und Art. 3 Abs. 3 Satz 2 GG vorgegebenen Maßstäbe, da der Schutz gleichwertiger Verfassungsgüter stets dem Erfordernis eines objektiven und vernünftigen Grundes Rechnung trägt.

bb) Auch aus Art. 29 lit. a in Verbindung mit Art. 12 Abs. 2 BRK folgt keine Notwendigkeit, die vorstehend, insbesondere zu Art. 3 Abs. 3 Satz 2 GG, entwickelten verfassungsrechtlichen Maßstäbe zu modifizieren.

(1) Art. 29 lit. a BRK lautet:

Die Vertragsstaaten garantieren Menschen mit Behinderungen die politischen Rechte sowie die Möglichkeit, diese gleichberechtigt mit anderen zu genießen, und verpflichten sich,

a) sicherzustellen, dass Menschen mit Behinderungen gleichberechtigt mit anderen wirksam und umfassend am politischen und öffentlichen Leben teilhaben können, sei es unmittelbar oder durch frei gewählte Vertreter oder Vertreterinnen, was auch das Recht und die Möglichkeit einschließt, zu wählen und gewählt zu werden; unter anderem

i) stellen sie sicher, dass die Wahlverfahren, -einrichtungen und -materialien geeignet, zugänglich und leicht zu verstehen und zu handhaben sind;

ii) schützen sie das Recht von Menschen mit Behinderungen, bei Wahlen und Volksabstimmungen in geheimer Abstimmung ohne Einschüchterung ihre Stimme abzugeben, bei Wahlen zu kandidieren, ein Amt wirksam innezuhaben und alle öffentlichen Aufgaben auf allen Ebenen staatlicher Tätigkeit wahrzunehmen, indem sie gegebenenfalls die Nutzung unterstützender und neuer Technologien erleichtern;

iii) garantieren sie die freie Willensäußerung von Menschen mit Behinderungen als Wähler und Wählerinnen und erlauben zu diesem Zweck im Bedarfsfall auf Wunsch, dass sie sich bei der Stimmabgabe durch eine Person ihrer Wahl unterstützen lassen.

Dieser Vorschrift kann weder ein allgemeines Verbot von Wahlrechtsausschlüssen noch ein Verbot behindertenspezifischer Wahlrechtsausschlüsse entnommen werden. Wahlrechtsausschlüsse, die Menschen mit und ohne Behinderungen gleichermaßen betreffen, werden vom Anwendungsbereich der Vorschrift von vornherein nicht erfasst, da deren Gewährleistungsgehalt Menschen mit Behinderungen die Teilnahme am öffentlichen und politischen Leben einschließlich des Wahlrechts „gleichberechtigt mit anderen" garantiert.

Aber auch soweit ein Wahlrechtsausschluss ausschließlich oder vorrangig Menschen mit Behinderungen betrifft, kann Art. 29 lit. a (iii) BRK kein absolutes Verbot von Wahlrechtsausschlüssen entnommen werden. Nach dieser Vorschrift garantieren die Vertragsstaaten der BRK die „freie Willensäußerung" (engl.: free expression of the will; frz.: libre expression de la volonté) von Menschen mit Behinderungen als Wählerinnen und Wähler und erlauben zu diesem Zweck im Bedarfsfall die Unterstützung durch Dritte. Die Regelung ist folglich auf die diskriminierungsfreie Entfaltung des freien Wählerwillens von Menschen mit Behinderungen gerichtet. Dies setzt aber die Fähigkeit voraus, einen eigenständigen Wählerwillen zu bilden und zu äußern. Erforderlich ist demgemäß das Vorhandensein derjenigen kognitiven Fähigkeiten, die notwendig sind, um eine freie und selbstbestimmte Wahlentscheidung zu treffen (vgl. Schmalenbach, in: BMAS-Forschungsbericht 470, 2016, S. 141). Fehlt es auch bei Einsatz aller denkbaren Assistenzmöglichkeiten an der Fähigkeit, am demokratischen Kommunikationsprozess teilzunehmen und auf dieser Grundlage selbstbestimmt eine Wahlentscheidung zu treffen, verstößt ungeachtet der Tatsache, dass sich Art. 29 BRK nicht explizit zur Re-

chtfertigung von Beschränkungen des Wahlrechts von Menschen mit Behinderungen verhält, ein derartiger Wahlrechtsausschluss nicht gegen diese Norm (vgl. Rothfritz, Die Konvention der Vereinten Nationen zum Schutz der Rechte von Menschen mit Behinderungen, 2010, S. 452 f.).

(2) Etwas anderes folgt auch nicht aus Art. 12 BRK. Die Vorschrift lautet auszugsweise:

(2) Die Vertragsstaaten anerkennen, dass Menschen mit Behinderungen in allen Lebensbereichen gleichberechtigt mit anderen Rechts- und Handlungsfähigkeit genießen.

[…]

(4) Die Vertragsstaaten stellen sicher, dass zu allen die Ausübung der Rechts- und Handlungsfähigkeit betreffenden Maßnahmen im Einklang mit den internationalen Menschenrechtsnormen geeignete und wirksame Sicherungen vorgesehen werden, um Missbräuche zu verhindern. Diese Sicherungen müssen gewährleisten, dass bei den Maßnahmen betreffend die Ausübung der Rechts- und Handlungsfähigkeit die Rechte, der Wille und die Präferenzen der betreffenden Person geachtet werden, es nicht zu Interessenkonflikten und missbräuchlicher Einflussnahme kommt, dass die Maßnahmen verhältnismäßig und auf die Umstände der Person zugeschnitten sind, dass sie von möglichst kurzer Dauer sind und dass sie einer regelmäßigen Überprüfung durch eine zuständige, unabhängige und unparteiische Behörde oder gerichtliche Stelle unterliegen. Die Sicherungen müssen im Hinblick auf das Ausmaß, in dem diese Maßnahmen die Rechte und Interessen der Person berühren, verhältnismäßig sein.

Damit ist auch das Wahlrecht vom Schutzbereich der Norm umfasst. Allerdings erfolgt die Gewährleistung der gleichberechtigten Rechts- und Handlungsfähigkeit von Menschen mit Behinderungen in Art. 12 Abs. 2 BRK nicht absolut. Dies ergibt sich aus dem Regelungszusammenhang von Art. 12 Abs. 2 BRK mit Art. 12 Abs. 4 BRK, der sich gerade auf Maßnahmen bezieht, die den Betroffenen in der Ausübung seiner Handlungsfähigkeit beschränken. Solche Maßnahmen untersagt die Konvention nicht allgemein; vielmehr beschränkt sie deren Zulässigkeit unter anderem dadurch, dass Art. 12 Abs. 4 BRK die Vertragsstaaten zu geeigneten Sicherungen gegen Interessenkonflikte, Missbrauch und Missachtung sowie zur Gewährleistung der Verhältnismäßigkeit verpflichtet (vgl. BVerfGE 128, 282 <307>; 142, 313 <345 Rn. 88>; BVerfG, Urteil des Zweiten Senats vom 24. Juli 2018 - 2 BvR 309/15 u.a. -, juris, Rn. 90). Vor diesem Hintergrund hat der Senat bereits entschieden, dass die Regelungen der Konvention, auch wenn sie auf die Sicherung und Stärkung der Autonomie behinderter Menschen gerichtet sind, nicht grundsätzlich gegen den natürlichen Willen gerichtete Maßnahmen verbieten, die an eine krankheitsbedingt eingeschränkte Selbstbestimmungsfähigkeit anknüpfen (vgl. BVerfGE 128, 282 <307>; 142, 313 <345 Rn. 88>; BVerfG, Urteil des Zweiten Senats vom 24. Juli 2018 - 2 BvR 309/15 u.a. -, juris, Rn. 90). Nichts anderes kann für behindertenspezifische Wahlrechtsausschlüsse gelten, wenn diese an die Unfähigkeit zur Teilnahme am demokratischen Diskurs und das daraus folgende Unvermögen zu einer selbstbestimmten Wahlentscheidung anknüpfen. Sie verstoßen jedenfalls dann nicht gegen Art. 12 BRK, wenn den Voraussetzungen seines Absatzes 4 Rechnung getragen ist, das heißt, wenn die entsprechende Regelung verhältnismäßig, auf die Umstände der Person zugeschnitten und von möglichst kurzer Dauer ist, regelmäßiger Überprüfung unterliegt und geeignete und wirksame Vorkehrungen gegen ihren Missbrauch getroffen sind. Insoweit gebietet auch Art. 12 BRK nicht, Art. 29 lit. a BRK im Sinne eines absoluten Verbots jeglichen Wahlrechtsausschlusses von Menschen mit Behinderungen auszulegen (vgl. Lang, in: BMAS-Forschungsbericht 470, 2016, S. 198).

(3) Dem steht im Ergebnis nicht entgegen, dass der BRK-Ausschuss insoweit eine andere Rechtsauffassung vertritt (a). Dieser kommt weder eine verfassungsrechtliche Bindungswirkung zu, noch vermag sie in der Sache zu überzeugen (b).

(a) Nach Auffassung des BRK-Ausschusses setzt die volle und wirksame Teilhabe von Menschen mit Behinderungen die uneingeschränkte Anerkennung ihrer Rechts- und Handlungsfähigkeit voraus. Dies garantiere Art. 12 Abs. 2 BRK, der für Einschränkungen unter dem Gesichtspunkt fehlender Entscheidungsfähigkeit keinen Raum lasse. Demgemäß könne auch ein Wahlrechtsausschluss nicht mit der Entscheidungsunfähigkeit einer Person mit Behinderungen begründet werden (vgl. BRK-Ausschuss, General Comment No. 1, Article 12: Equal recognition before the law, 19. Mai 2014, UN-Doc CRPD/C/GC/1, Rn. 12 ff., 48). Da das Wahlrecht von Menschen mit Behinderungen nach Auffassung des BRK-Ausschusses weder bes-

chränkbar noch ausschließbar ist (vgl. BRK-Ausschuss, Communication No. 4/2011, 20. September 2013, UN-Doc CRPD/C/10/D/4/2011, Rn. 9.4), erachtet er die Wahlrechtsausschlüsse gemäß § 13 Nr. 2 und 3 BWahlG als konventionswidrig (vgl. BRK-Ausschuss, Concluding observations on the initial report of Germany, 13. Mai 2015, UN-Doc CRPD/C/DEU/CO/1, Rn. 53 f.). Diese Rechtsauffassung wird auch in der Studie des Hochkommissariats für Menschenrechte der Vereinten Nationen über die Teilhabe von Menschen mit Behinderungen im politischen und öffentlichen Leben vom 21. Dezember 2011 (UN-Doc A/HRC/19/36; vgl. hierzu Hellmann, Der Ausschluss vom Wahlrecht im Betreuungsrecht – Handlungsbedarf für den Gesetzgeber, DVfR 2012, Forum D, Diskussionsbeitrag Nr. 8, S. 5 f.) vertreten.

(b) Der BRK-Ausschuss verfügt jedoch nicht über ein Mandat zur verbindlichen Auslegung der BRK (vgl. BVerfGE 142, 313 <346 f. Rn. 90>; BVerfG, Urteil des Zweiten Senats vom 24. Juli 2018 - 2 BvR 309/15 u.a. -, juris, Rn. 91). Ein solches käme allenfalls in Betracht, wenn die Praxis der Vertragsstaaten der Auffassung des Ausschusses folgen würde. Dies ist jedoch nicht der Fall, da sich die BRK-Vertragsstaaten mit einem jegliche Differenzierung ausschließenden inklusiven Wahlrecht in einer deutlichen Minderheit befinden (vgl. BMAS-Forschungsbericht 470, 2016, S. 248 ff.; Schmalenbach, in: BMAS-Forschungsbericht 470, 2016, S. 156 ff.). Zudem steht die Auffassung des BRK-Ausschusses im Widerspruch zur Position des IPBPR-Ausschusses. Obwohl dieser ausdrücklich festgestellt hat, dass Wahlrechtsausschlüsse auch unter Berücksichtigung von Art. 29 lit. a BRK aus objektiv vernünftigen Gründen gerechtfertigt sein können (vgl. IPBPR-Menschenrechtsausschuss, Concluding observations on the third periodic report of Hong Kong, China, 29. April 2013, UN-Doc CCPR/C/CHN-HKG/CO/3, Rn. 24; Concluding observations on the third periodic report of Paraguay, 29. April 2013, UN-Doc CCPR/C/PRY/CO/3, Rn. 11), verhält der BRK-Ausschuss sich hierzu nicht. Ebenso wenig lässt er sich dazu ein, dass Frankreich und Rumänien Interpretationserklärungen zur BRK abgegeben haben, wonach Wahlrechtsausschlüsse im Rahmen des Art. 29 BRK bei Beachtung der Bedingungen des Art. 12 Abs. 4 BRK zulässig sind (vgl. Schmalenbach, in: BMAS-Forschungsbericht 470, 2016, S. 147 Fn. 67). Vor allem aber trägt die Rechtsauffassung des BRK-Ausschusses der Regelung des Art. 12 Abs. 4 BRK unzureichend Rechnung. Der Ausschuss entnimmt Art. 12 BRK lediglich die Verpflichtung der Vertragsstaaten, wirksame Sicherungen zur Wahrnehmung der Rechts- und Handlungsfähigkeit von Menschen mit Behinderungen zu schaffen. Für Einschränkungen der Rechts- und Handlungsfähigkeit biete die Vorschrift keine Grundlage. Dies wird dem Regelungsgehalt von Art. 12 Abs. 4 BRK nicht gerecht. Die Vorschrift fordert „für alle die Ausübung der Rechts- und Handlungsfähigkeit betreffenden Maßnahmen geeignete und wirksame Sicherungen", um Missbräuche zu verhindern. Art. 12 Abs. 4 Sätze 2 und 3 BRK beschreiben sodann die Bedingungen konventionskonformer Ausgestaltung dieser Sicherungen und fordern dabei insbesondere die Beachtung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes. Damit geht die Vorschrift erkennbar davon aus, dass bei Beachtung dieser Bedingungen die Möglichkeit von Maßnahmen, die die Rechts- und Handlungsfähigkeit einschränken, besteht (vgl. BVerfGE 128, 282 <307>; 142, 313 <345 Rn. 88>; BVerfG, Urteil des Zweiten Senats vom 24. Juli 2018 - 2 BvR 309/15 u.a. -, juris, Rn. 90).

cc) Schließlich ergeben sich zusätzliche Anforderungen an die verfassungsrechtliche Zulässigkeit von Wahlrechtsausschlüssen nicht aus Art. 3 EMRKZusProt, der lautet:

Die Hohen Vertragsparteien verpflichten sich, in angemessenen Zeitabständen freie und geheime Wahlen unter Bedingungen abzuhalten, welche die freie Äußerung der Meinung des Volkes bei der Wahl der gesetzgebenden Körperschaften gewährleisten.

Nach der Rechtsprechung des EGMR, der gemäß Art. 32 zur Auslegung der EMRK und ihrer Zusatzprotokolle berufen ist, wird das durch Art. 3 EMRKZusProt gewährleistete Recht auf freie und geheime Wahl in angemessenen Zeitabständen nicht schrankenlos garantiert. Vielmehr sei den Vertragsstaaten bei der Ausgestaltung des Wahlrechts ein weiter Gestaltungsspielraum eingeräumt. Allerdings müsse eine Beschränkung des Wahlrechts einem legitimen Ziel dienen und dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit entsprechen (vgl. EGMR, Mathieu-Mohin and Clerfayt v. Belgium, Urteil vom 2. März 1987, Nr. 9267/81, § 52; EGMR <GK>, Hirst v. The United Kingdom <No. 2>, Urteil vom 6. Oktober 2005, Nr. 74025/01, § 62).

Werde allen Strafgefangenen unterschiedslos das Wahlrecht entzogen, stelle dies eine allgemeine, automatische und wahllose Einschränkung des Wahlrechts dar, die den Gestaltungsspielraum der Vertragsstaaten

überschreite und daher mit Art. 3 EMRKZusProt nicht vereinbar sei (vgl. EGMR <GK>, Hirst v. The United Kingdom <No. 2>, Urteil vom 6. Oktober 2005, Nr. 74025/01, § 82; s. auch EGMR, Anchugov and Gladkov v. Russia, Urteil vom 4. Juli 2013, Nr. 11157/04 und 15162/05, §§ 93 ff.). Eine individuelle richterliche Entscheidung sei grundsätzlich geeignet, die Verhältnismäßigkeit der Beschränkung des Wahlrechts zu gewährleisten. Es sei jedoch nicht davon auszugehen, dass eine Wahlrechtsbeschränkung allein deshalb unverhältnismäßig sei, weil sie nicht durch einen Richter angeordnet wurde (vgl. EGMR <GK>, Scoppola v. Italy <No. 3>, Urteil vom 22. Mai 2012, Nr. 126/05, § 99).

Als ein legitimes Ziel, das grundsätzlich geeignet ist, einen Wahlrechtsausschluss zu rechtfertigen, hat der EGMR die Beschränkung der Wahlteilnahme auf Personen anerkannt, die die Folgen ihres Handelns zu beurteilen vermögen (vgl. EGMR, Alajos Kiss v. Hungary, Urteil vom 20. Mai 2010, Nr. 38832/06, § 38). Gleichwohl sah er in einem Fall, in dem bereits die Anordnung einer Betreuung in einzelnen Angelegenheiten („partial guardianship") zu einem Wahlrechtsausschluss führte, den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit als verletzt an. Dabei verwies er unter Bezugnahme auf die BRK darauf, dass bei Personengruppen, die in der Vergangenheit erheblicher Diskriminierung ausgesetzt gewesen seien, der Beurteilungsspielraum der Vertragsstaaten zur Ausgestaltung des Wahlrechts enger sei (vgl. EGMR, Alajos Kiss v. Hungary, Urteil vom 20. Mai 2010, Nr. 38832/06, § 44).

Insgesamt kann der Rechtsprechung des EGMR ein absolutes Verbot von Wahlrechtsausschlüssen für Menschen mit Behinderungen nicht entnommen werden. Die Anerkennung der Zulässigkeit von Wahlrechtsausschlüssen, die einem legitimen Ziel dienen und dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit Rechnung tragen, sowie die Betonung des Gestaltungsspielraums der Vertragsstaaten im Rahmen von Art. 3 EMRKZusProt beinhalten keine Verschärfung der Anforderungen, die gemäß Art. 38 Abs. 1 Satz 1 GG und Art. 3 Abs. 3 Satz 2 GG für die Einschränkung des Wahlrechts gelten.

II.

Die Wahlrechtsausschlüsse für in allen ihren Angelegenheiten Betreute gemäß § 13 Nr. 2 BWahlG (1.) und für wegen Schuldunfähigkeit in einem psychiatrischen Krankenhaus untergebrachte Straftäter gemäß § 13 Nr. 3 BWahlG (2.) sind verfassungswidrig.

1. Der Wahlrechtsausschluss von Personen, für die zur Besorgung aller ihrer Angelegenheiten ein Betreuer nicht nur durch einstweilige Anordnung bestellt ist (§ 13 Nr. 2 BWahlG), verstößt sowohl gegen den Grundsatz der Allgemeinheit der Wahl gemäß Art. 38 Abs. 1 Satz 1 GG (a) als auch gegen das Verbot der Benachteiligung wegen einer Behinderung gemäß Art. 3 Abs. 3 Satz 2 GG (b).

a) § 13 Nr. 2 BWahlG schränkt den Grundsatz der Allgemeinheit der Wahl ein (aa), ohne dass dieser Eingriff den Schutz gleichwertiger Verfassungsgüter in einer den verfassungsrechtlichen Anforderungen an gesetzliche Typisierungen genügenden Weise bewirkt (bb).

aa) Indem § 13 Nr. 2 BWahlG Personen, für die ein Betreuer zur Besorgung aller ihrer Angelegenheiten bestellt ist, von der Ausübung des Wahlrechts ausschließt, ist die Gewährleistung, dass jeder Staatsbürger sein Wahlrecht in gleicher Weise ausüben kann (vgl. BVerfGE 28, 220 <225>; 36, 139 <141>; 58, 202 <205>; 59, 119 <125>; 99, 69 <77 f.>; 132, 39 <47 Rn. 24>), betroffen.

bb) Dieser Eingriff in den Grundsatz der Allgemeinheit der Wahl ist nicht gerechtfertigt. Zwar ist § 13 Nr. 2 BWahlG auf den Schutz eines der Allgemeinheit der Wahl gleichgewichtigen Verfassungsguts gerichtet (1). Es ist jedoch bereits zweifelhaft, ob die Regelung zur Erreichung dieses Zwecks geeignet ist (2). Jedenfalls verstößt sie wegen ihrer gleichheitswidrigen Ausgestaltung gegen die verfassungsrechtlichen Vorgaben für gesetzliche Typisierungstatbestände (3).

(1) (a) Der Gesetzgeber zielt mit § 13 Nr. 2 BWahlG in der Fassung vom 12. September 1990 auf den Wahlrechtsausschluss von Personen, die über die erforderliche Einsicht in das Wesen und die Bedeutung von Wahlen nicht verfügen, und damit auf die Sicherung des Charakters der Wahl als eines Integrationsvorgangs bei der politischen Willensbildung des Volkes.

Dafür spricht insbesondere die Entstehungsgeschichte der Norm. So wurde bei der Neufassung von § 13 Nr. 2 BWahlG durch Art. 7 § 1 des Gesetzes zur Reform des Rechts der Vormundschaft und Pflegschaft für

Volljährige (Betreuungsgesetz – BtG) vom 12. September 1990 (BGBl I S. 2002) dem Vorschlag einer vom Bundesminister der Justiz einberufenen interdisziplinären Arbeitsgruppe, § 13 Nr. 2 BWahlG 1975 ersatzlos zu streichen (vgl. Bundesminister der Justiz, Diskussions-Teilentwurf eines Gesetzes über die Betreuung Volljähriger <Betreuungsgesetz – BtG>, 1988, Teil 2, S. 19 f.), nicht gefolgt. Der Gesetzgeber erkannte zwar an, dass der Ausschluss des Wahlrechts einen schwerwiegenden Eingriff in die Rechte der Betroffenen darstellt; eine ersatzlose Streichung von § 13 Nr. 2 BWahlG würde jedoch der Bedeutung der Vorschrift für die Funktion des Wahlrechts im demokratischen Regierungssystem nicht gerecht. Aus verfassungsrechtlichen Gründen hielt er es für geboten, an die Stelle der bisherigen Anknüpfung des Wahlrechtsausschlusses, die wegen des Wegfalls der Entmündigung und der Gebrechlichkeitspflegschaft gegenstandslos wurde, eine andere Anknüpfung treten zu lassen. Einen Wahlrechtsausschluss schon bei der Bestellung eines Betreuers für einen begrenzten Aufgabenbereich anzuordnen, hielt er für nicht gerechtfertigt, da in diesen Fällen nicht davon ausgegangen werden könne, dass dem Betroffenen die erforderliche Einsicht in das Wesen und die Bedeutung von Wahlen fehle. Sofern der Aufgabenkreis des Betreuers alle Angelegenheiten des Betreuten umfasse, hielt er den Wahlrechtsausschluss hingegen für zulässig (vgl. BTDrucks 11/4528, S. 188 f.).
Der Gesetzgeber geht also erkennbar davon aus, dass in Fällen der Bestellung eines Betreuers in allen Angelegenheiten aufgrund § 1896 Abs. 1 Satz 1 BGB die für eine selbstbestimmte Wahlentscheidung erforderliche Einsichtsfähigkeit fehlt. Demgemäß sei der Ausschluss dieser Personengruppe vom Wahlrecht geboten, um den Charakter der Wahl als eines Integrationsvorgangs bei der politischen Willensbildung des Volkes zu sichern. Damit zielt § 13 Nr. 2 BWahlG auf den Schutz eines gleichwertigen Verfassungsgutes, das dem Grunde nach geeignet ist, eine Einschränkung des Grundsatzes der Allgemeinheit der Wahl zu legitimieren.

(b) Sonstige durch die Verfassung legitimierte Gründe, die den vorliegenden Eingriff in den Grundsatz der Allgemeinheit der Wahl zu rechtfertigen vermögen, sind nicht ersichtlich.

(aa) Dies gilt insbesondere für das Verfassungsgut des Schutzes der Integrität der Wahl vor Manipulations- und Missbrauchsgefahren. Abgesehen davon, dass der Gesetzgeber den Wahlrechtsausschluss Vollbetreuter gemäß § 13 Nr. 2 BWahlG hierauf nicht gestützt hat (vgl. BTDrucks 11/4528, S. 188 f.), ist die Regelung zur Erreichung dieses Ziels jedenfalls nicht erforderlich. Diesbezüglichen Gefahren kann durch gegenüber dem vollständigen Entzug des Wahlrechts mildere, gleich geeignete Maßnahmen hinreichend Rechnung getragen werden. Das geschieht sowohl durch verfahrensrechtliche Sicherungen gegen Manipulationsgefahren im Bundeswahlgesetz als auch die strafrechtliche Sanktionierung einer Verletzung der Integrität des Wahlvorgangs gemäß §§ 107 ff. StGB (vgl. Grziwotz, FamRZ 2013, S. 1630 <1632>; Palleit, Gleiches Wahlrecht für alle? Menschen mit Behinderungen und das Wahlrecht in Deutschland, 2. Aufl. 2011, S. 14). Bei Vorliegen entsprechender Anhaltspunkte ließen sich diese Vorkehrungen weiter ausbauen.

(bb) Ebenso wenig vermag der Hinweis, dass es sich bei Wahlrechtsausschlüssen wegen „geistiger Gebrechen" um eine „traditionelle Begrenzung" der Allgemeinheit der Wahl handle (so noch BVerfGE 36, 139 <141 f.>; 67, 146 <147>; siehe auch BayVerfGH, Entscheidung vom 9. Juli 2002 - Vf. 9-VII-01 -, juris, Rn. 43; Badura, in: Bonner Kommentar zum Grundgesetz, Bd. 8, Anhang zu Art. 38 Rn. 10 <Mai 2013>), den damit verbundenen Eingriff in den Regelungsgehalt von Art. 38 Abs. 1 Satz 1 GG zu legitimieren. Traditionalität ist kein von der Verfassung legitimierter Grund (vgl. Risse/Witt, in: Hömig/Wolff, GG, 11. Aufl. 2016, Art. 38 Rn. 9; Lang, in: BMAS-Forschungsbericht 470, 2016, S. 181 m.w.N.).

(2) § 13 Nr. 2 BWahlG ist zur Erreichung des angestrebten Ziels, die Integrationsfunktion der Wahl sicherzustellen, nur dann geeignet, falls die Regelung eine Personengruppe betrifft, bei der die Möglichkeit zur Teilnahme am demokratischen Kommunikationsprozess nicht in hinreichendem Umfang besteht. Dies ist indes nicht der Fall.

(a) Bedenken hiergegen ergeben sich aus dem Umstand, dass die Überprüfung der für eine selbstbestimmte Wahlentscheidung erforderlichen Einsichts- und Kommunikationsfähigkeit nicht Gegenstand des Verfahrens zur Bestellung eines Betreuers gemäß § 1896 Abs. 1 Satz 1 BGB ist. Das Verfahren zielt darauf ab, festzustellen, ob der Betroffene bei der Wahrnehmung seiner Angelegenheiten in einzelnen oder allen Aufgabenkreisen zu seinem Schutz der Unterstützung durch einen Betreuer bedarf, und wer als Betreuer in Betracht kommt (vgl. Götz, in: Palandt, BGB, 78. Aufl. 2019, vor § 1896 Rn. 2; Jurgeleit, in: ders., Betreuungsrecht, 4.

Aufl. 2018, Einleitung Rn. 7). Dabei kann das Wahlrecht als höchstpersönliches Recht, dessen treuhänderische Wahrnehmung verfassungsrechtlich unzulässig ist (vgl. Klein, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 38 Rn. 101 <Oktober 2010>; Morlok, in: Dreier, GG, Bd. 2, 3. Aufl. 2015, Art. 38 Rn. 80; Lang, in: BMAS-Forschungsbericht 470, 2016, S. 187 f. m.w.N.), von vornherein nicht Gegenstand einer Betreuerbestellung sein (vgl. Götz, in: Palandt, BGB, 78. Aufl. 2019, § 1896 Rn. 25; Jurgeleit, in: ders., Betreuungsrecht, 4. Aufl. 2018, § 1896 BGB Rn. 141). Die Fähigkeit zur Teilnahme am demokratischen Willensbildungsprozess ist daher für den Prüfungsablauf und das Ergebnis des Verfahrens zur Bestellung eines Betreuers ohne Belang. Etwas anderes folgt auch nicht aus § 309 FamFG, der im Fall der Bestellung eines Betreuers in allen Angelegenheiten eine besondere Mitteilungspflicht des Betreuungsgerichts gegenüber der für die Führung des Wählerverzeichnisses zuständigen Behörde normiert (so aber BayVerfGH, Entscheidung vom 9. Juli 2002 - Vf. 9-VII-01 -, juris, Rn. 44). Denn hieraus resultiert keine Pflicht des Betreuungsgerichts, die Wahlfähigkeit des Betroffenen zu prüfen und in seine Entscheidung über die Bestellung eines Betreuers in allen Angelegenheiten einzubeziehen. Vielmehr dient die Vorschrift allein der Vermeidung von Unrichtigkeiten durch die Aufnahme nicht wahlberechtigter Personen in das Wählerverzeichnis.

Hinsichtlich der Eignung des § 13 Nr. 2 BWahlG zur Erfassung wahlunfähiger Personen ist ergänzend auch auf die erheblichen regionalen Unterschiede bei betreuungsbedingten Wahlrechtsausschlüssen zu verweisen. In den Jahren 2014/2015 waren pro 100.000 volljähriger Staatsbürger in Bayern 203,8 Personen aufgrund der Anordnung einer Betreuung in allen Angelegenheiten vom Wahlrecht ausgeschlossen, während dies in Bremen lediglich bei 7,8 Personen der Fall war. Demgemäß waren zu diesem Zeitpunkt betreuungsbedingte Wahlrechtsausschlüsse in Bayern etwa 26-mal häufiger als in Bremen. Auch im Übrigen wiesen die nach Ländern aufgeschlüsselten Zahlen in diesem Zeitraum erhebliche Abweichungen vom bundesweiten Durchschnittswert der Wahlrechtsausschlüsse gemäß § 13 Nr. 2 BWahlG auf (vgl. Strohmeier, in: BMAS-Forschungsbericht 470, 2016, S. 47).

(b) Allerdings unterliegt die Bestellung eines Betreuers in allen Angelegenheiten strengen normativen Voraussetzungen. Erforderlich ist die Feststellung sowohl einer umfassenden Betreuungsbedürftigkeit als auch eines konkreten und auf alle Angelegenheiten des Betroffenen bezogenen Betreuungsbedarfs (vgl. Götz, in: Palandt, BGB, 78. Aufl. 2019, § 1896 Rn. 2 ff.; Lang, in: BMAS-Forschungsbericht 470, 2016, S. 202 ff.). Das Betreuungsgericht hat zunächst zu prüfen, ob der Betroffene aufgrund einer psychischen Krankheit oder einer körperlichen, geistigen oder seelischen Behinderung nicht in der Lage ist, seine Angelegenheiten selbst zu besorgen (§ 1896 Abs. 1 Satz 1 BGB). Hinzukommen muss als Ausdruck des im gesamten Betreuungsrecht geltenden Erforderlichkeitsgrundsatzes (vgl. Jurgeleit, in: ders., Betreuungsrecht, 4. Aufl. 2018, Einleitung Rn. 6 f.; Lang, in: BMAS-Forschungsbericht 470, 2016, S. 206 m.w.N.) ein konkreter Betreuungsbedarf, der im Fall der Vollbetreuung sämtliche Angelegenheiten des Betroffenen umfassen muss (vgl. Götz, in: Palandt, BGB, 78. Aufl. 2019, § 1896 Rn. 16). Nur wenn eine volljährige Person aufgrund ihrer Erkrankung oder Behinderung keine ihrer Angelegenheiten selbst besorgen kann, kommt die Bestellung eines Betreuers in allen Angelegenheiten in Betracht (vgl. BayVerfGH, Entscheidung vom 9. Juli 2002 - Vf. 9-VII-01 -, juris, Rn. 44). Feststehen muss, dass der Betroffene in seiner konkreten Lebenssituation seinen Alltag nicht, auch nicht teilweise, zu beherrschen vermag. Zusätzlich muss in sämtlichen Bereichen, die das Leben des Betroffenen ausmachen, ein betreuungsrechtlicher Handlungsbedarf bestehen (vgl. BayVerfGH, Entscheidung vom 9. Juli 2002 - Vf. 9-VII-01 -, juris, Rn. 44; Jurgeleit, in: ders., Betreuungsrecht, 4. Aufl. 2018, § 1896 BGB Rn. 166 m.w.N.; Lang, in: BMAS-Forschungsbericht 470, 2016, S. 204 f.). Dabei ist nach § 280 Abs. 1 FamFG vor der Betreuerbestellung ein Sachverständigengutachten einzuholen, auf dessen Grundlage nach Anhörung des Betroffenen durch das Betreuungsgericht im Wege einer konkreten Einzelfallentscheidung (vgl. Lang, in: BMAS-Forschungsbericht 470, 2016, S. 209) über die Betreuerbestellung zu befinden ist.

Den sich daraus ergebenden Ausnahmecharakter einer Betreuung in allen Angelegenheiten bestätigen die Befunde des BMAS-Forschungsberichts 470. Danach wurde lediglich in 6,3 % der 2014 anhängigen Betreuungsverfahren ein Betreuer in allen Angelegenheiten bestellt (81.220 von 1.296.047 Verfahren). Die Gesamtzahl der Wahlrechtsausschlüsse gemäß § 13 Nr. 2 BWahlG entspricht einem Anteil von 1,3 ‰ der Menschen, die bei der Bundestagswahl 2013 wahlberechtigt waren (vgl. Strohmeier, in: BMAS-Forschungsbericht 470,

2016, S. 48 f.).
Vor diesem Hintergrund ist die Annahme des Gesetzgebers, dass es sich bei der Bestellung eines Betreuers in allen Angelegenheiten typischerweise um Fälle handelt, bei denen den Betroffenen die zur Teilnahme am demokratischen Kommunikationsprozess erforderliche Einsichtsfähigkeit fehlt, zumindest nicht fernliegend.

(3) Im Ergebnis kann die Frage der Geeignetheit von § 13 Nr. 2 BWahlG zur Erfassung von Personen, die über die zur Wahrnehmung des Wahlrechts erforderliche Einsichtsfähigkeit nicht verfügen, aber dahinstehen. Denn die Vorschrift verfehlt jedenfalls die verfassungsrechtlichen Anforderungen an eine gesetzliche Typisierung, weil sie den Kreis der von einem Wahlrechtsausschluss nach § 13 Nr. 2 BWahlG Betroffenen ohne hinreichenden sachlichen Grund in gleichheitswidriger Weise bestimmt.

(a) § 13 Nr. 2 BWahlG schließt eine Person vom Wahlrecht aus, wenn diese nicht nur krankheits- oder behinderungsbedingt unfähig ist, alle ihre Angelegenheiten zu besorgen, sondern wenn darüber hinaus aus diesem Grund ein Betreuer in allen Angelegenheiten bestellt wurde. Der im Betreuungsrecht durchgängig geltende Erforderlichkeitsgrundsatz verbietet eine Betreuerbestellung aber, soweit der Betreuungsbedürftigkeit des Betroffenen auf andere Weise Rechnung getragen werden kann (vgl. Götz, in: Palandt, BGB, 78. Aufl. 2019, § 1896 Rn. 12; Jurgeleit, in: ders., Betreuungsrecht, 4. Aufl. 2018, Einleitung Rn. 7). § 1896 Abs. 2 Satz 2 BGB bestimmt demgemäß, dass eine Betreuung nicht erforderlich ist, soweit die Angelegenheiten des Volljährigen durch einen Bevollmächtigten, der nicht zu den in § 1897 Abs. 3 BGB bezeichneten Personen gehört, oder durch andere Hilfen, bei denen kein gesetzlicher Vertreter bestellt wird, ebenso gut wie durch einen Betreuer besorgt werden können. Dies ist insbesondere der Fall, wenn der Betroffene eine Betreuungs- oder Vorsorgevollmacht erteilt hat beziehungsweise zu deren Erteilung noch in der Lage ist und eine zur Aufgabenübernahme bereite und geeignete Person, der der Betroffene Vertrauen entgegenbringt, vorhanden ist (vgl. Götz, in: Palandt, BGB, 78. Aufl. 2019, § 1896 Rn. 12 m.w.N.; Jurgeleit, in: ders., Betreuungsrecht, 4. Aufl. 2018, § 1896 BGB Rn. 15 ff. m.w.N.). Gleiches gilt, wenn der Betroffene im Familienkreis (vgl. OLG Köln, Beschluss vom 13. Mai 1998 - 16 Wx 68/98 - juris, Rn. 2 ff.; OLG Hamm, Beschluss vom 5. August 2008 - I-15 Wx 181/08 -, juris, Rn. 14) oder in sonstiger Weise hinreichend versorgt wird (vgl. Jurgeleit, in: ders., Betreuungsrecht, 4. Aufl. 2018, § 1896 BGB Rn. 111 ff. m.w.N.).

(b) Wird trotz umfassender Betreuungsbedürftigkeit von der Bestellung eines Betreuers abgesehen, ist § 13 Nr. 2 BWahlG nicht anwendbar. Die Regelungssystematik der Norm führt dazu, dass der Wahlrechtsausschluss auf die Gruppe derjenigen Betreuungsbedürftigen beschränkt bleibt, bei denen ein Betreuer „zur Besorgung aller ihrer Angelegenheiten" bestellt wird. Unterbleibt die Bestellung trotz des Unvermögens zur Besorgung aller eigenen Angelegenheiten wegen fehlenden Betreuungsbedarfs, bleibt demgegenüber das Wahlrecht erhalten.

(c) Dem Wahlrechtsausschluss gemäß § 13 Nr. 2 BWahlG liegt die Annahme zugrunde, dass derjenige, der zur Besorgung aller seiner Angelegenheiten unfähig ist, auch nicht in der Lage ist, in hinreichendem Umfang am demokratischen Kommunikationsprozess teilzunehmen. Indem die Regelung aber ausschließlich am äußeren Tatbestand der Bestellung eines Betreuers in allen Angelegenheiten ansetzt, erfasst sie die Personengruppe der zur Besorgung aller ihrer Angelegenheiten Unfähigen nur lückenhaft. Letztlich ist der Wahlrechtsentzug davon abhängig, ob wegen des Vorliegens eines konkreten Betreuungsbedarfs die Bestellung eines Betreuers erfolgt oder ob diese aufgrund fehlender Erforderlichkeit unterbleibt. Dieser im Tatsächlichen von Zufälligkeiten abhängige Umstand stellt keinen sich aus der Natur der Sache ergebenden Grund dar, der geeignet ist, die wahlrechtliche Ungleichbehandlung gleichermaßen Betreuungsbedürftiger zu rechtfertigen (so auch ÖsterreichVerfGH, Entscheidung vom 7. Oktober 1987 - G 109/87 -, Rn. 2.2.1, zu § 24 Nationalrats-Wahlordnung 1971).

(d) Demgegenüber kann auch nicht geltend gemacht werden, der Gesetzgeber knüpfe mit seiner Entscheidung an ein streng formales Merkmal an, das klar, einfach feststellbar und bei der Organisation von Wahlen besonders praktikabel sei (vgl. hierzu BayVerfGH, Entscheidung vom 9. Juli 2002 - Vf. 9-VII-01 -, juris, Rn. 47).
Zwar ist der Gesetzgeber berechtigt, die Durchführbarkeit der Masseveranstaltung Wahl durch verallgemeinernde Regelungen sicherzustellen, die nicht allen Besonderheiten Rechnung tragen müssen (vgl. BVerfGE 82,

159 <185 f.>; 96, 1 <6>; 145, 106 <146 Rn. 107>). Insoweit können grundsätzlich auch Praktikabilitätserwägungen Berücksichtigung finden. Allerdings führt die Möglichkeit der Typisierung nicht zur Unbeachtlichkeit der Gleichheitsanforderungen, wie sie sich aus dem Grundsatz der Allgemeinheit der Wahl ergeben. Der Gesetzgeber muss verallgemeinernden Regelungen realitätsgerecht den typischen Fall als Maßstab zugrunde legen (vgl. BVerfGE 116, 164 <182 f.>; 122, 210 <233>; 126, 268 <278>; 132, 39 <49 Rn. 29>; stRspr). Zudem müssen die Vorteile der Typisierung im rechten Verhältnis zu der mit ihr notwendig verbundenen Ungleichheit stehen (vgl. BVerfGE 110, 274 <292>; 117, 1 <31>; 120, 1 <30>; 123, 1 <19>; 133, 377 <413 Rn. 88>; 137, 350 <375 Rn. 66>; 145, 106 <146 Rn. 108>). Voraussetzung hierfür ist, dass die durch die Typisierung eintretenden Härten und Ungerechtigkeiten nur unter Schwierigkeiten vermeidbar sind, lediglich eine verhältnismäßig kleine Zahl von Personen betreffen und das Ausmaß der Ungleichbehandlung gering ist (vgl. BVerfGE 63, 119 <128>; 84, 348 <360>; 133, 377 <413 Rn. 88>; 145, 106 <146 f. Rn. 108>).

Dies ist vorliegend nicht der Fall. Bei der Bundestagswahl 2013 waren insgesamt 81.220 Vollbetreute von einem Wahlrechtsausschluss gemäß § 13 Nr. 2 BWahlG betroffen (vgl. Strohmeier, in: BMAS-Forschungsbericht 470, 2016, S. 49). Welchen Anteil die Vollbetreuten an der Gesamtzahl der Personen haben, die zur Besorgung aller ihrer Angelegenheiten nicht in der Lage sind, ist nicht feststellbar. Auch der Gesetzgeber hat sich mit dieser Frage nicht befasst (vgl. BTDrucks 11/4528, S. 188 f.). Es erscheint nicht ausgeschlossen, dass die Gruppe der umfassend Betreuungsbedürftigen, bei der mangels Erforderlichkeit eine Betreuerbestellung unterbleibt, nicht wesentlich kleiner oder sogar größer ist als die Gruppe der vom Wahlrecht ausgeschlossenen Vollbetreuten. Der Eingriff in den Gleichheitssatz ist auch nicht nur geringfügig, da den Betroffenen durch den Wahlrechtsausschluss das vornehmste Recht des Bürgers im demokratischen Staat (vgl. BVerfGE 1, 14 <33>) dauerhaft entzogen wird. Vor diesem Hintergrund genügt der Verweis auf das angebliche Fehlen praktikabler Alternativen zu § 13 Nr. 2 BWahlG nicht, um die Schlechterstellung Vollbetreuter gegenüber vergleichbar Betreuungsbedürftigen zu legitimieren.

b) Neben der Verletzung des Grundsatzes der Allgemeinheit der Wahl verstößt § 13 Nr. 2 BWahlG auch gegen das Verbot der Benachteiligung wegen einer Behinderung gemäß Art. 3 Abs. 3 Satz 2 GG, da die Regelung zu einer Schlechterstellung von Menschen mit Behinderungen führt (aa), die nicht durch zwingende Gründe gerechtfertigt ist (bb).

aa) Eine Benachteiligung im Sinne von Art. 3 Abs. 3 Satz 2 GG liegt vor, weil der Ausschluss vom Wahlrecht gemäß § 13 Nr. 2 BWahlG eine Einschränkung der Entfaltungs- und Betätigungsmöglichkeiten der Regelungsbetroffenen durch die öffentliche Gewalt beinhaltet (vgl. BVerfGE 96, 288 <303>; 99, 341 <357>; 128, 138 <156>).

Diese Benachteiligung erfolgt auch wegen des Vorliegens einer Behinderung. Zwar knüpft § 13 Nr. 2 BWahlG nach seinem Wortlaut an die Bestellung eines Betreuers in allen Angelegenheiten an. Diese hat aber gemäß § 1896 Abs. 1 Satz 1 BGB das Vorliegen einer „psychischen Krankheit oder einer körperlichen, geistigen oder seelischen Behinderung“ zur Voraussetzung. Dabei umfasst der Begriff der „psychischen Krankheit“ im Sinne des § 1896 BGB endogene und exogene Psychosen sowie Persönlichkeitsstörungen wie Psychopathien oder Neurosen (vgl. Götz, in: Palandt, BGB, 78. Aufl. 2019, § 1896 Rn. 6; Jurgeleit, in: ders., Betreuungsrecht, 4. Aufl. 2018, § 1896 BGB Rn. 123). Da es sich dabei um Beeinträchtigungen handelt, die den Betroffenen nicht nur vorübergehend an der vollen, wirksamen und gleichberechtigten Teilhabe an der Gesellschaft hindern (Art. 1 Abs. 2 BRK), unterfallen auch „psychische Krankheiten“ gemäß § 1896 Abs. 1 Satz 1 BGB dem Begriff der Behinderung im Sinne des Art. 3 Abs. 3 Satz 2 GG (vgl. hierzu BVerfGE 96, 288 <301>; 99, 341 <356 f.>; Baer/Markard, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, 7. Aufl. 2018, Art. 3 Abs. 3, Rn. 532). Adressaten des Wahlrechtsausschlusses gemäß § 13 Nr. 2 BWahlG sind damit ausschließlich Menschen mit Behinderungen.

Soweit hiergegen eingewandt wird, der Wahlrechtsausschluss finde seine Grundlage nicht in der Behinderung oder Krankheit, sondern in dem hieraus resultierenden Unvermögen zur Entscheidung eigener Angelegenheiten (vgl. Lang, in: BMAS-Forschungsbericht 470, 2016, S. 221), rechtfertigt dies keine andere Einschätzung. Art. 3 Abs. 3 Satz 2 GG schützt auch vor mittelbaren Beeinträchtigungen. Untersagt sind letztlich alle Ungleichbehandlungen, die für Behinderte zu einem Nachteil führen (vgl. BVerfG, Beschlüsse der 2. Kammer des Ersten Senats vom 24. März 2016 - 1 BvR 2012/13 -, juris, Rn. 11 und vom 10. Juni 2016 - 1 BvR 742/16

-, juris, Rn. 10).

bb) Der Eingriff in das Verbot der Benachteiligung von Menschen mit Behinderungen gemäß Art. 3 Abs. 3 Satz 2 GG ist nicht gerechtfertigt. Ein hierfür erforderlicher zwingender Grund läge vor, wenn die Regelung unter Beachtung der verfassungsrechtlichen Anforderungen an gesetzliche Typisierungen in ihrer konkreten Ausgestaltung unerlässlich wäre, um behinderungsbedingten Besonderheiten Rechnung zu tragen (vgl. BVerfGE 99, 341 <357>) und zur Sicherung des Integrationscharakters der Wahl diejenigen Personen vom Wahlrecht auszuschließen, die aufgrund ihrer Behinderung nicht in hinreichendem Umfang über die Fähigkeit zur Teilnahme am demokratischen Kommunikationsprozess verfügen. Diese Voraussetzungen sind nicht erfüllt, weil die Norm den Kreis der wegen behinderungsbedingter Einsichtsunfähigkeit vom Wahlrecht Ausgeschlossenen ohne hinreichenden Sachgrund lückenhaft und in gleichheitswidriger Weise bestimmt. Die Tatsache, dass das Wahlrecht von Personen erhalten bleibt, bei denen die Bestellung eines Betreuers in allen Angelegenheiten nur wegen fehlenden Betreuungsbedarfs unterbleibt, führt zu einer aus der Natur des Wahlrechts nicht begründbaren Benachteiligung der von § 13 Nr. 2 BWahlG Regelungsbetroffenen. Insoweit gelten die zu Art. 38 Abs. 1 Satz 1 GG angestellten Erwägungen im Rahmen von Art. 3 Abs. 3 Satz 2 GG gleichermaßen.

2. § 13 Nr. 3 BWahlG verstößt ebenfalls gegen die verfassungsrechtlichen Anforderungen an einen Ausschluss vom Wahlrecht. Der Ausschluss des Wahlrechts von Personen, die sich aufgrund einer Anordnung nach § 63 in Verbindung mit § 20 StGB in einem psychiatrischen Krankenhaus befinden, ist weder mit dem Grundsatz der Allgemeinheit der Wahl gemäß Art. 38 Abs. 1 Satz 1 GG (a) noch mit dem Verbot der Benachteiligung wegen einer Behinderung gemäß Art. 3 Abs. 3 Satz 2 GG vereinbar (b).

a) Auch § 13 Nr. 3 BWahlG greift in den Regelungsgehalt des Grundsatzes der Allgemeinheit der Wahl ein (aa), ohne dass dieser Eingriff durch zwingende Gründe gerechtfertigt wäre (bb).

aa) Der Grundsatz der Allgemeinheit der Wahl garantiert, dass jeder sein Wahlrecht in gleicher Weise ausüben kann (vgl. BVerfGE 28, 220 <225>; 36, 139 <141>; 58, 202 <205>; 59, 119 <125>; 99, 69 <77 f.>; 132, 39 <47 Rn. 24>). Dieser Gewährleistungsgehalt wird eingeschränkt, wenn gemäß § 13 Nr. 3 BWahlG diejenigen, die sich aufgrund einer Anordnung nach § 63 in Verbindung mit § 20 StGB in einem psychiatrischen Krankenhaus befinden, vom Wahlrecht ausgeschlossen werden.

bb) Der Eingriff in den Grundsatz der Allgemeinheit der Wahl ist nicht gerechtfertigt. § 13 Nr. 3 BWahlG ist bereits nicht geeignet, Personen zu erfassen, die typischerweise nicht über die Fähigkeit zur Teilnahme am demokratischen Kommunikationsprozess verfügen (1). Zudem führt die Vorschrift zu einer willkürlichen Benachteiligung der Regelungsbetroffenen (2).

(1) Hinsichtlich § 13 Nr. 3 BWahlG kommt als zwingender Grund zur Rechtfertigung des Eingriffs in den Schutzbereich von Art. 38 Abs. 1 Satz 1 GG ebenfalls lediglich die Sicherung des Charakters der Wahl als eines Integrationsvorgangs bei der politischen Willensbildung des Volkes in Betracht. Notwendig wäre daher, dass die Regelung im Wege zulässiger gesetzlicher Typisierung eine Personengruppe betrifft, die nicht in hinreichendem Umfang in der Lage ist, am Kommunikationsprozess zwischen dem Volk und den Staatsorganen teilzunehmen. Daran fehlt es. Weder die Feststellung der Schuldunfähigkeit zum Tatzeitpunkt und die ihr zugrundeliegenden Krankheitsbilder gemäß § 20 StGB (a) noch das Vorliegen der weiteren Voraussetzungen für die Anordnung einer Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus gemäß § 63 StGB (b) erlauben den Rückschluss auf das regelmäßige Fehlen der für die Ausübung des Wahlrechts erforderlichen Einsichtsfähigkeit. Dies bestätigen die empirischen Ergebnisse des BMAS-Forschungsberichts 470 (c).

(a) Nach § 20 StGB handelt ohne Schuld, wer bei der Begehung der Tat wegen einer krankhaften seelischen Störung, wegen einer tiefgreifenden Bewusstseinsstörung oder wegen Schwachsinns oder einer schweren anderen seelischen Abartigkeit unfähig ist, das Unrecht der Tat einzusehen oder nach dieser Einsicht zu handeln. Dass unter diesen Voraussetzungen zugleich typischerweise vom Fehlen der für die Ausübung des Wahlrechts erforderlichen Einsichtsfähigkeit ausgegangen werden kann, erschließt sich nicht.

(aa) Dem steht bereits entgegen, dass die Eingangsmerkmale der Schuldunfähigkeit eine breite Palette psychischer Beeinträchtigungen umfassen, die keineswegs durchgängig den Schluss auf eine die

Ausübung des Wahlrechts ausschließende Einsichts- oder Entscheidungsunfähigkeit zulassen. So umfasst der Begriff der „krankhaften seelischen Störung“ exogene und endogene Psychosen ebenso wie Krankheitsbilder aus dem Formenkreis der Schizophrenien (vgl. Kühl, in: Lackner/Kühl, StGB, 29. Aufl. 2018, § 20 Rn. 3 ff.; Fischer, StGB, 66. Aufl. 2019, § 20 Rn. 8 ff.; jeweils m.w.N.). Die „tiefgreifende Bewusstseinsstörung“ setzt voraus, dass das Personengefüge in vergleichbar schwerwiegender Weise beeinträchtigt wird wie bei einer krankhaften seelischen Störung. Sie umfasst auch Zustände wie Erschöpfung, Alkoholintoxikation oder Schlaftrunkenheit (vgl. Kühl, in: Lackner/Kühl, StGB, 29. Aufl. 2018, § 20 Rn. 6 ff.; Fischer, StGB, 66. Aufl. 2019, § 20 Rn. 11, 27 ff.; jeweils m.w.N.). Unter „Schwachsinn“ wird eine angeborene oder auf seelischer Fehlentwicklung beruhende Intelligenzschwäche verstanden. Schließlich umfasst der Begriff der „anderen schweren seelischen Abartigkeit“ insbesondere Psychopathien und sogenannte Persönlichkeitsstörungen (vgl. Kühl, in: Lackner/Kühl, StGB, 29. Aufl. 2018, § 20 Rn. 10 f.; Fischer, StGB, 66. Aufl. 2019, § 20 Rn. 40 ff.; jeweils m.w.N.).

Die Einordnung der insoweit relevanten Befunde erfolgt zumeist anhand des durch die Weltgesundheitsorganisation entwickelten Diagnoseschlüssels ICD-10 (International Classification of Diseases). Danach sind schizophrene Störungen (ICD-10: F20-29) im Allgemeinen durch grundlegende und charakterliche Störungen von Denken und Wahrnehmung sowie inadäquate und verflachte Affekte gekennzeichnet. Die Bewusstseinsklarheit und intellektuellen Fähigkeiten sind in der Regel nicht beeinträchtigt, obwohl sich im Laufe der Zeit kognitive Defizite entwickeln können. Persönlichkeitsstörungen (ICD-10: F60-F69) werden beschrieben als „gegenüber der Mehrheit der betreffenden Bevölkerung deutliche Abweichungen im Wahrnehmen, Denken, Fühlen und in den Beziehungen zu anderen […]. Häufig gehen sie mit einem unterschiedlichen Ausmaß persönlichen Leidens und gestörter sozialer Funktionsfähigkeit einher“. Kennzeichnend für die im Maßregelvollzug besonders relevante dissoziale Persönlichkeitsstörung (F60.2) ist „die Missachtung sozialer Verpflichtungen und herzloses Unbeteiligtsein an Gefühlen für andere“. Bei der emotional instabilen Persönlichkeitsstörung (F60.3) besteht die deutliche „Tendenz, Impulse ohne Berücksichtigung von Konsequenzen auszuagieren, verbunden mit unvorhersehbarer und launenhafter Stimmung“ (vgl. zum Ganzen Mühlig, in: BMAS-Forschungsbericht 470, 2016, S. 89 f.).

Diese Beispiele stehen der Annahme entgegen, dass die zur Begründung der Schuldunfähigkeit geeigneten Krankheitsbilder regelmäßig mit der Unfähigkeit zur Teilnahme am demokratischen Kommunikationsprozess verbunden sind. Dies gilt insbesondere hinsichtlich der bei Unterbringungen in einem psychiatrischen Krankenhaus besonders häufig anzutreffenden Krankheitsbilder aus dem Formenkreis der Schizophrenie (vgl. Mühlig, in: BMAS-Forschungsbericht 470, 2016, S. 111).

Nichts anderes gilt im Ergebnis hinsichtlich der Störungen durch psychotrope Substanzen (ICD-10: F10-F19), die eine Vielzahl von Beeinträchtigungen unterschiedlichen Schweregrades umfassen, deren Gemeinsamkeit im Gebrauch einer oder mehrerer psychotroper Substanzen (mit oder ohne ärztliche Verordnung) besteht (vgl. Mühlig, in: BMAS-Forschungsbericht 470, 2016, S. 88). Das Ausmaß der Einschränkung der Einsichts- und Kommunikationsfähigkeit in dieser Störungsgruppe hängt stark von dem jeweiligen klinischen Zustandsbild ab. Während der schädliche Gebrauch (F1x.1) und das Abhängigkeitssyndrom (F1x.2) wohl typischerweise nicht zur (wahlrechtlichen) Entscheidungsunfähigkeit führen, kann eine akute Intoxikation (F1x.0) eine kurzfristige Beeinträchtigung kognitiver Fähigkeiten zur Folge haben (vgl. Mühlig, in: BMAS-Forschungsbericht 470, 2016, S. 89).

Auch wenn schließlich die Diagnosegruppe der Intelligenzminderungen (ICD-10: F70-F79) Fälle umfassender Entscheidungsunfähigkeit einschließt, ändert dies nichts an der Feststellung, dass das Vorliegen der in § 20 StGB vorausgesetzten Krankheitsbilder den Rückschluss auf das regelmäßige Vorliegen wahlrechtlich unzureichender Einsichts- und Kommunikationsfähigkeit nicht gestattet.

(bb) Hinzu kommt, dass „Schuldunfähigkeit“ im Sinne von § 20 StGB kein dauerhafter und deliktsunabhängiger Zustand ist, sondern allein die geistige Verfassung einer Person bei Begehung der Tat beschreibt (vgl. Fischer, StGB, 66. Aufl. 2019, § 20 Rn. 48 und § 63 Rn. 11). Ausreichend ist eine auf den Tatzeitpunkt bezogene Beeinträchtigung der Einsichts- oder auch nur der Steuerungsfähigkeit, das heißt, der Fähigkeit, sich entsprechend der Einsicht in das Unrecht der Tat zu verhalten. § 20 StGB setzt keinen Dauerzustand voraus; vielmehr ist die Feststellung der Schuldunfähigkeit allein auf den Zeitpunkt des strafrechtlich relevanten

Handelns bezogen.
So stellen beispielsweise psychotische Zustände oder das Entzugssyndrom mit oder ohne Delir vorübergehende Phänomene dar, die bei adäquater Behandlung remittieren und sich damit auf die wahlrechtliche Entscheidungsunfähigkeit nicht mehr auswirken können (vgl. Mühlig, in: BMAS-Forschungsbericht 470, 2016, S. 89). Dies macht deutlich, dass die Feststellung der Schuldunfähigkeit im Zeitpunkt der Tat die Annahme regelmäßig fehlender Einsichtsfähigkeit in das Wesen und die Bedeutung von Wahlen nicht erlaubt.

(b) Soweit zur verfassungsrechtlichen Rechtfertigung von § 13 Nr. 3 BWahlG auf die weiteren tatbestandlichen Voraussetzungen für die Anordnung der Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus gemäß § 63 StGB verwiesen wird (vgl. Strelen, in: Schreiber, BWahlG, 10. Aufl. 2017, § 13 Rn. 18; Lang, in: BMAS-Forschungsbericht 470, 2016, S. 236), folgt daraus nichts anderes.

(aa) Zwar setzt § 63 StGB voraus, dass von dem bei der Tatbegehung Schuldunfähigen „infolge seines Zustandes erhebliche rechtswidrige Taten" zu erwarten sind und er deshalb für die Allgemeinheit gefährlich ist. Demgemäß muss über die Schuldunfähigkeit im Zeitpunkt der Tatbegehung hinaus eine länger andauernde und in die Zukunft reichende Beeinträchtigung der geistigen oder seelischen Gesundheit vorliegen. Dies ändert aber nichts an dem soeben in Bezug auf § 20 StGB dargelegten und vorliegend in gleicher Weise geltenden Befund, dass die der Feststellung derartiger Beeinträchtigungen zugrundeliegenden Krankheitsbilder ungeeignet sind, die Annahme regelmäßig vorliegender wahlrechtlicher Entscheidungsunfähigkeit zu begründen.

(bb) Außerdem ergibt sich aus der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, dass zwar für das Vorliegen einer die Tat überdauernden Störung insbesondere maßgebend ist, ob es im Alltag außerhalb der beschuldigten Delikte zu Einschränkungen des beruflichen und sozialen Handlungsvermögens gekommen ist (vgl. BGH, Beschluss vom 22. Mai 2013 - 1 StR 71/13 -, juris, Rn. 6 m.w.N.). Für die Maßregelanordnung ausreichend ist es aber, dass der länger andauernde Zustand derart beschaffen ist, dass bereits alltägliche Ereignisse die akute erhebliche Beeinträchtigung der Schuldfähigkeit auslösen können (vgl. BGH, Urteil vom 10. August 2005 - 2 StR 209/05 -, juris, Rn. 17; Urteil vom 17. Februar 1999 - 2 StR 483/98 -, juris, Rn. 32). Kann eine Unterbringung aber auch angeordnet werden, wenn eine akute Beeinträchtigung der Schuldfähigkeit nicht vorliegt, sondern lediglich möglich ist, dass diese durch alltägliche Ereignisse ausgelöst wird, lässt sich daraus erst recht nicht schließen, dass der nach § 63 in Verbindung mit § 20 StGB Untergebrachte nicht in der Lage ist, am politischen Kommunikationsprozess teilzunehmen und eine selbstbestimmte Wahlentscheidung zu treffen.

(cc) Ebenso wenig vermag der Hinweis auf die Gefährlichkeit des Untergebrachten für die Allgemeinheit (so Strelen, in: Schreiber, BWahlG, 10. Aufl. 2017, § 13 Rn. 18; siehe auch BTDrucks 8/2682, S. 42) eine andere Einschätzung zu begründen. Die Allgemeingefährlichkeit nach § 63 StGB setzt voraus, dass die zu erwartenden Taten eine schwere Störung des Rechtsfriedens zur Folge haben (vgl. Fischer, StGB, 66. Aufl. 2019, § 63 Rn. 26). Dieser Gesichtspunkt ist bezogen auf die (wahlrechtliche) Entscheidungsfähigkeit des Untergebrachten unerheblich. Dass von der Allgemeingefährlichkeit des Untergebrachten auch nach der Einschätzung des Gesetzgebers nicht typischerweise auf dessen wahlrechtliche Entscheidungsunfähigkeit geschlossen werden kann, zeigt bereits der Ausschluss der gemäß § 63 in Verbindung mit § 21 StGB Untergebrachten aus dem Anwendungsbereich von § 13 Nr. 3 BWahlG durch das Siebte Gesetz zur Änderung des Bundeswahlgesetzes vom 8. März 1985 (BGBl I S. 521). Denn auch im Fall verminderter Schuldfähigkeit ist die Allgemeingefährlichkeit nach § 63 StGB Voraussetzung der Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus, ohne dass sich daraus Konsequenzen für das Wahlrecht des Betroffenen ergeben.

(c) Der Befund, dass die Anknüpfung an eine Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus gemäß § 63 in Verbindung mit § 20 StGB zur Feststellung regelmäßig vorliegender Unfähigkeit zur Teilnahme am demokratischen Kommunikationsprozess nicht geeignet ist, wird durch die Ergebnisse des klinisch-psychologischen Teils des BMAS-Forschungsberichts 470 bestätigt. Danach waren die dem Anwendungsbereich von § 13 Nr. 3 BWahlG unterfallenden Interviewten weitgehend normal kommunikations-, urteils- und entscheidungsfähig. Die mit 61 % den größten Anteil ausmachenden, aufgrund von Schizophrenie Untergebrachten hätten sich – so der Forschungsbericht – in einem weitgehend normalen kognitiven

Funktionszustand befunden. Die untersuchte Stichprobe habe die wichtigsten Störungsgruppen inkludiert und ihre Proportionen relativ genau abgebildet. Lediglich ein kleiner Teil der Untergebrachten (10-15 %) sei in unterschiedlichen Graden intelligenzgemindert oder aufgrund schizophrener Residuen kognitiv beeinträchtigt gewesen (vgl. Mühlig, in: BMAS-Forschungsbericht 470, 2016, S. 113).

(2) § 13 Nr. 3 BWahlG verletzt den Grundsatz der Allgemeinheit der Wahl außerdem, weil die Regelung zu Ungleichbehandlungen führt, für die sachliche Gründe nicht ersichtlich sind. Im Ergebnis wird der Kreis der Regelungsbetroffenen in willkürlicher, die Fähigkeit zur Teilnahme am demokratischen Kommunikationsprozess unzureichend berücksichtigender Weise bestimmt (vgl. Oelbermann/ Pollähne, R&P 2015, S. 86 <92>).

So bleibt das Wahlrecht erhalten, wenn von der Anordnung einer Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus nur deshalb abgesehen wird, weil von dem Schuldunfähigen keine Gefahr erheblicher Straftaten ausgeht. Dabei ist in solchen Fällen aber nicht auszuschließen, dass die wahlrechtliche Einsichts- und Entscheidungsfähigkeit in gleichem oder gar höherem Umfang eingeschränkt ist als bei einem gemäß § 13 Nr. 3 BWahlG vom Wahlrecht Ausgeschlossenen. Gleiches gilt in Fällen der Unterbringung strafrechtlich nicht in Erscheinung getretener Personen wegen Fremd- oder Selbstgefährdung nach den jeweiligen landesrechtlichen Vorschriften. Auch in diesen Fällen bleibt, obwohl vergleichbare Diagnosen vorliegen können, das Wahlrecht unangetastet. Wird in Fällen, in denen die Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus neben einer Freiheitsstrafe angeordnet wird, durch das zuständige Gericht gemäß § 67 Abs. 2 StGB bestimmt, dass die Strafe ganz oder teilweise vor der Maßregel zu vollziehen ist, bleibt das Wahlrecht bei unveränderter Einsichtsfähigkeit zunächst bestehen und entfällt erst mit Beginn des Maßregelvollzugs, ohne dass dafür eine wahlrechtlich tragfähige Begründung erkennbar wäre. Wird die Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus gemäß § 67b oder § 67d Abs. 2 StGB zur Bewährung ausgesetzt, ist § 13 Nr. 3 BWahlG nicht (mehr) anwendbar, da die Vorschrift voraussetzt, dass der Betroffene sich in einem psychiatrischen Krankenhaus „befindet". Wird die Bewährungsaussetzung jedoch gemäß § 67g StGB widerrufen, erlischt das Wahlrecht erneut. Dabei ist für die Entscheidung über die Aussetzung und den Widerruf der Aussetzung der Maßregel zur Bewährung die Frage der Wahlfähigkeit ohne Belang. Schließlich lebt das Wahlrecht eines schuldunfähigen, in der Psychiatrie Untergebrachten wieder auf, wenn er gemäß § 67a StGB nachträglich in eine Entziehungsanstalt überwiesen wird. Wird er allerdings anschließend wieder in ein psychiatrisches Krankenhaus zurücküberwiesen, entfällt das Wahlrecht von neuem.

All dies zeigt, dass die Anknüpfung des Wahlrechtsausschlusses gemäß § 13 Nr. 3 BWahlG an den Aufenthalt eines Schuldunfähigen in einem psychiatrischen Krankenhaus den Kreis straffälliger Personen, die nicht über die für die Ausübung des Wahlrechts erforderliche Einsichtsfähigkeit verfügen, nicht in sachgerechter Weise bestimmt und damit die verfassungsrechtlichen Anforderungen an einen gesetzlichen Typisierungstatbestand verfehlt.

b) § 13 Nr. 3 BWahlG verstößt außerdem gegen das Verbot einer Benachteiligung wegen einer Behinderung gemäß Art. 3 Abs. 3 Satz 2 GG.

aa) Der Wahlrechtsausschluss gemäß § 13 Nr. 3 BWahlG benachteiligt die Regelungsbetroffenen, weil er ihnen das zentrale demokratische Mitwirkungsrecht entzieht. Diese Benachteiligung erfolgt auch wegen des Vorliegens einer Behinderung im Sinne des Art. 3 Abs. 3 Satz 2 GG, da die Eingangsmerkmale der Schuldunfähigkeit eine körperliche, seelische, geistige oder Sinnesbeeinträchtigung voraussetzt, die die Anordnung der Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus nur erlaubt, wenn sie länger andauert (vgl. BGH, Beschluss vom 27. Januar 2016 - 2 StR 314/15 -, juris, Rn. 6; Urteil vom 29. September 2015 - 1 StR 287/15 -, juris, Rn. 11; stRspr). Regelungsbetroffen sind damit ausschließlich Menschen mit Behinderungen.

bb) Wegen der unzureichenden Rechtfertigung dieses Eingriffs kann auf die Ausführungen zum Eingriff in den Grundsatz der Allgemeinheit der Wahl verwiesen werden. Ein zwingender Grund für die rechtliche Schlechterstellung schuldunfähiger, in der Psychiatrie Untergebrachter fehlt. Dem steht bereits entgegen, dass die Regelung nicht geeignet ist, typischerweise Personen zu erfassen, die nicht über die erforderliche Einsichtsfähigkeit zur Teilnahme am demokratischen Kommunikationsprozess verfügen. Außerdem führt die Bestimmung des Kreises der von einem Wahlrechtsausschluss Betroffenen zu willkürlichen Ungleichbehand-

lungen in ihrer geistigen oder seelischen Gesundheit gleichermaßen beeinträchtigter Personen.

III.

§ 13 Nr. 2 BWahlG ist mit Art. 38 Abs. 1 Satz 1 GG und Art. 3 Abs. 3 Satz 2 GG unvereinbar, § 13 Nr. 3 BWahlG nichtig.

1. Steht eine Norm mit dem Grundgesetz nicht in Einklang, führt dies grundsätzlich zu ihrer Nichtigkeit (vgl. BVerfGE 128, 326 <404>). Dies gilt auch im Verfahren der Wahlprüfungsbeschwerde, in dem § 78 Satz 1, § 95 Abs. 3 Satz 2 BVerfGG entsprechend anzuwenden sind (vgl. BVerfGE 129, 300 <343>).
Anders verhält es sich, wenn durch die Nichtigerklärung einer Norm ein Zustand entstünde, der von der verfassungsmäßigen Ordnung noch weiter entfernt wäre als die bisherige Lage (vgl. BVerfGE 99, 216 <243 f.>; 119, 331 <382 f.>; 125, 175 <256>; 132, 372 <394>). Außerdem ist regelmäßig von einer Nichtigerklärung abzusehen, wenn der Verfassungsverstoß seine Ursache in einer Verletzung des Gleichheitssatzes hat. Dies findet seinen Grund darin, dass die Entscheidung, wie der festgestellte Gleichheitsverstoß zu beseitigen ist, dem Gesetzgeber zusteht. Um der gesetzgeberischen Entscheidung nicht vorzugreifen, beschränkt das Bundesverfassungsgericht sich in diesen Fällen darauf, die gleichheitswidrige Vorschrift für unvereinbar mit dem Grundgesetz zu erklären (vgl. BVerfGE 99, 280 <298>; 105, 73 <133>; 117, 1 <69>; 122, 210 <245>; 126, 400 <431>; 135, 238 <245 Rn. 24>). Für Gerichte und Verwaltungsbehörden ist die Norm dann im Umfang ihrer festgestellten Unvereinbarkeit nicht mehr anwendbar (vgl. BVerfGE 126, 400 <431>; 135, 238 <245 Rn. 24>).

2. a) Davon ausgehend ist § 13 Nr. 2 BWahlG für mit Art. 38 Abs. 1 Satz 1 und Art. 3 Abs. 3 Satz 2 GG unvereinbar zu erklären. Es ist Sache des Gesetzgebers, darüber zu entscheiden, wie er die festgestellte verfassungswidrige Ungleichbehandlung gleichermaßen betreuungsbedürftiger Personen im Wahlrecht beseitigt und dabei den Grundsatz der Allgemeinheit der Wahl und die Sicherung des Charakters der Wahl als eines Integrationsvorgangs bei der politischen Willensbildung des Volkes zum Ausgleich bringt. Gründe dafür, § 13 Nr. 2 BWahlG bis zu einer Entscheidung des Gesetzgebers ausnahmsweise für anwendbar zu erklären (vgl. dazu BVerfGE 93, 121 <148>; 105, 73 <134>; 117, 1 <70>; 126, 400 <431 f.>), liegen nicht vor.

b) § 13 Nr. 3 BWahlG ist demgegenüber wegen des Verstoßes gegen Art. 38 Abs. 1 Satz 1 und Art. 3 Abs. 3 Satz 2 GG nichtig. Durch den ersatzlosen Wegfall des Wahlrechtsausschlusses schuldunfähiger, in der Psychiatrie untergebrachter Personen entsteht kein Zustand, der von der verfassungsmäßigen Ordnung weiter entfernt wäre als die gegenwärtige Lage. Zugleich wird durch die Feststellung der Nichtigkeit der Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers nicht verkürzt. Eine dem Grundsatz der Allgemeinheit der Wahl und dem Diskriminierungsverbot des Art. 3 Abs. 3 Satz 2 GG genügende Neuregelung von Wahlrechtsausschlüssen unter Beibehaltung des Ausschlusses jeder Person, die sich „auf Grund einer Anordnung nach § 63 in Verbindung mit § 20 des Strafgesetzbuches in einem psychiatrischen Krankenhaus befindet“, scheidet aus, weil dieser Tatbestand nicht den Rückschluss auf das regelmäßige Fehlen der für die Ausübung des Wahlrechts erforderlichen Einsichtsfähigkeit erlaubt.

IV.

Da die Beschwerdeführer zu 1., 2. und 4. bis 8. aufgrund von § 13 Nr. 2 und 3 BWahlG von der Bundestagswahl 2013 ausgeschlossen waren, sind sie in ihrem grundrechtsgleichen Recht aus Art. 38 Abs. 1 Satz 1 GG und in ihrem Grundrecht aus Art. 3 Abs. 3 Satz 2 GG verletzt.

D.

Die Entscheidung über die Auslagenerstattung beruht auf § 34a Abs. 3 BVerfGG in Verbindung mit §§ 18, 19 WahlPrüfG.

Voßkuhle	Huber	Hermanns
Müller	Kessal-Wulf	König
Maidowski		Langenfeld

Corte Suprema de Justicia de la Nación

Causa: Defensor del Pueblo de la Nación c/ Estado Nacional y otro s/ proceso de conocimiento

Buenos Aires, 26 de diciembre de 2018

Autos y Vistos;
Considerando:
1°) Que a fs. 2658/2666 se presenta el señor Orlando Charole, por derecho propio, en su condición de integrante de la etnia Qom y actual presidente de la "Fundación América Originaria", a solicitar que se admita su inmediata intervención como litisconsorte en este proceso (artículo 90, inciso 2° del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación) y, en tal carácter, pide -en lo sustancial- la ampliación territorial de la medida cautelar dictada en este proceso "en materia alimentaria y sanitaria al pueblo Wichi principalmente, cuyas comunidades se encuentran en el Departamento Güemes" en las "localidades Miraflores, Techat, Nueva Pompeya, Nueva Población, Comandancia Frías, Las Hacheras, Wichi El Pintado, Sauzal, Sauzalito, Vizcacheral, Tartagal, •Cevilar, Tres Pozos y Fortín Belgrano", mediante efectivas acciones positivas del Estado Nacional y la Provincia del Chaco. en forma concurrente.

Agrega nota de los presidentes de asociaciones Y referentes del Pueblo Wichi.
Explica que la medida vigente en esta causa alcanza a localidades habitadas por comunidades Qom y que la ampliación pretendida se refiere a las comunidades Wichi, ya que son estos los pueblos que residen -principalmente- en la región norte del departamento de General Güemes.

EL ESTADO COMO GARANTE DE LOS DERECHOS DE LOS PUEBLOS ORIGINARIOS EN ARGENTINA

THE ARGENTINIAN STATE AS GUARANTOR OF ABORIGINAL'S RIGHTS

María Florencia Blanco Pighi[1]

RESUMEN:
Los derechos humanos de los pueblos originarios, entre ellos, el derecho a la salud, son reconocidos por la Constitución Argentina, por tratados internacionales ratificados por nuestro país, por la normativa interna y por las constituciones provinciales. La Corte Suprema de Justicia de la Nación, mediante el fallo en análisis, establece que la protección de estos derechos debe asegurarse por la vía más idónea, y que, al existir una acción de amparo en curso, la medida cautelar de interposición más reciente, debe ser rechazada.

1 Abogada y Profesora en Ciencias Jurídicas, egresada de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Córdoba. Docente tutor de la Facultad de Derecho U.N.C. en el marco del programa: "Acompañamiento a las trayectorias estudiantiles" de la Secretaría de Asuntos Estudiantiles, U.N.C. Adscripta de la Cátedra "B" de Privado VII, Facultad de Derecho U.N.C. Docente de Política y Derecho Educacional del Profesorado en ciencias jurídicas (UNC). Jefa de Trabajos prácticos de la Cat. "A" en la materia Privado VIII, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales en la U.C.C. – Mail: florblancopighi@gmail.com / ORCID iD: https://orcid.org/0000-0001-9324-4036.

Señala que el pronunciamiento dictado en estos autos tuvo el propósito de "garantizar a las comunidades indígenas ubicadas en el sudeste del Departamento General Güemes y noroeste del Departamento Libertador General San Martín una real y efectiva calidad de vida digna que les garantice el ejercicio de los derechos a la vida, salud, asistencia médico-social, alimentación, . agua potable, educación, vivienda, bienestar general, trabajo, inclusión social, entre otros, y que tales derechos sean satisfechos de manera continua y permanente". Sin embargo -continúa-, su instrumentación no habría logrado contener la tuberculosis en un gran porcentaje de la población a su vez -según afirma-, habrían aumentado los casos de desnutrición crónica infantil de grado I (uno), persistiendo además el Mal de Chagas.

Luego de denunciar que los habitantes del impenetrable chaqueño están padeciendo una grave situación sanitaria, alimentaria y hospitalaria, informa que en el año 2015, en su carácter de diputado de la Provincia del Chaco presentó el proyecto de ley n° 45 declarando "El estado de emergencia hospitalaria y sanitaria de las comunidades indígenas del pueblo Qom y Wichi ubicadas en la regiones sanitarias n° 5 y n° 6 del Chaco (Villa Río Bermejito, El Espinillo, Miraflores, Pampa del Indio, Misión Nueva Pompeya, El Sauzalito y Comandancia Frías)", el cual -sostiene- se encuentra actualmente en la Comisión de Desarrollo Humano y Salud de la Legislatura Provincial.

Asimismo, pone de resalto que ya en el cargo de Presidente del Instituto del Aborigen Chaqueño (IDACH) que actualmente ocupa, dictó la resolución n° 16 del 22 de enero de 2018 por la cual se declaró "La emergencia sanitaria de los pueblos indígenas del Departamento General Güemes de la Provincia del Chaco".

Aduce que pese a la adopción de dichas medidas y a la cautelar dictada por esta Corte, las necesidades básicas de las comunidades del impenetrable chaqueño aún no habrían sido satisfechas

Solicita, en definitiva, que se restablezca la asistencia de la que resultaron en su momento beneficiarios los miembros de las comunidades indígenas del sudeste del Departamento General Güemes y el noroeste del Departamento de General San Martín como sus zonas aledañas, ya que, afirma, nunca se reanudó y el estado

ABSTRACT:
The Argentinian Constitution, the international human rights treaties ratified by Argentina, the argentine internal regulations and the constitution of several provinces, recognize the aboriginal´s human rights, including the right to health. In the judgment in analysis, the Argentinian Supreme Court of Justice, states that the protection of those rights needs to be accomplish by the most suitable way. When a legal protection action is in curse, the most recently filed action must be rejected.

Palabras Claves: Pueblos originarios; derecho a la salud; protección constitucional; acción de amparo.

Key Words: Aboriginal people; right to health; constitutional protection; legal protection action.

Introducción

El 26 de diciembre de 2018 nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación resolvió no hacer lugar a una acción de amparo interpuesta por el Defensor del Pueblo en contra del Estado Nacional Argentino y del Estado Provincial Chaco por existir otra causa, en etapa de ejecución, en la que se había hecho lugar a un pedido cautelar similar.

La diferencia entre ambos procesos, radica en el territorio comprendido, ya que la petición de amparo que nos ocupa, solicitaba la ampliación territorial de la medida cautelar dictada en este proceso "en materia alimentaria y sanitaria al pueblo Wichi, principalmente, cuyas comunidades se encuentran en el Departamento Güemes" en las localidades de: Miraflores, Techat, Nueva Pompeya, Nueva Población, Comandancia Frías, Las

de vulnerabilidad, indefensión y ausencia de alimentos en dichas comunidades persiste.
2°) Que sin entrar a considerar la admisibilidad de la intervención pretendida por el peticionario, los términos de la presentación que antecede imponen destacar que paralelamente al trámite de este proceso cautelar, en jurisdicción de la Provincia del Chaco se sustanció la causa "Instituto del Aborigen Chaqueño (I.D.A.CH.) y pueblos indígenas Qom, Wichi y Mocoví c/ Gobierno de la Provincia del Chaco y/o quien resulte responsable s/ acción de amparo" (expediente N° 454, año 2007), del registro del Juzgado Civil y Comercial n° 6, de la Primera Circunscripción Judicial.
De los antecedentes que obran en este expediente (fs. 1028/1029) puede extraerse que en la causa mencionada recayó pronunciamiento definitivo que hizo lugar a la acción de amparo promovida por el Instituto del Aborigen Chaqueño (I.D.A.CH.) y los pueblos indígenas Qom, Wichi y Mocoví, en virtud del cual se ordenó a la Provincia del Chaco a que, a través de sus órganos pertinentes, de conformidad con la distribución constitucional y legal de organización y ejercicio del poder público, arbitre los recaudos a fin de dar estricto e inmediato cumplimiento a lo prescripto por el artículo 37 de la Constitución provincial, 75 inciso 17 de la Constitución Nacional, Convenio 169 de la O.I.T. y el Acta Acuerdo celebrada con la demandante con fecha 19 de agosto de 2006, como así también el deber de informar de manera documentada cada una de las medidas que a tal fin se adopten. Las normas referidas coinciden -en lo sustancial- con el derecho invocado por el peticionario en el punto 3 de su presentación.
De acuerdo a lo que surge del sistema de consultas de expedientes del Poder Judicial de la Provincia del Chaco, el referido fallo fue confirmado por la Sala Primera de la Cámara de Apelaciones Civil y Comercial y por el Superior Tribunal de Justicia de la Provincia (sentencia N° 599 del 20 de diciembre de 2012), y actualmente se encuentra en etapa de ejecución.

3°) Que tal antecedente permite considerar que la cuestión que hace al fundamento del pedido en examen

---

Hacheras, Wichi El Pintado, Sauzal, Sauzalito, Vizcacheral, Tartagal, Cevilar, Tres Pozos y Fortín Belgrano, mediante efectivas acciones positivas del Estado Nacional y la Provincia del Chaco, en forma concurrente.
Que, sin perjuicio del rechazo de la medida cautelar interpuesta, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, procedió a requerirles al Estado Provincial y Nacional que en el plazo de treinta días hábiles actualicen, de conformidad con el programa marco presentado, en forma concreta y precisa, el estado de ejecución de los programas de salud, alimentación, asistencia sanitaria, provisión de agua potable, fumigación y desinfección de las regiones alcanzadas.
Cabe preguntarse entonces, si la resolución del más alto tribunal argentino, vulnera los derechos humanos de los pueblos originarios de, en este caso, el territorio de la Provincia de Chaco.

I. La Población indígena en Argentina

Resulta necesario, conocer, en primera medida, cuales son los pueblos originarios que habitan el suelo argentino, cuyos derechos humanos, entre ellos, el acceso a la salud, queremos proteger.
En este sentido, resulta imperioso poner de manifiesto que la nómina de pueblos aborígenes se construye en el marco del proceso dinámico de auto reconocimiento que viven los Pueblos Indígenas en nuestro país, y por ello, no son un número cerrado, es decir, varía constantemente, para lo cual el Estado Argentino, y los distintos estados provinciales, realizan estudios y censos, para así determinar la cantidad de población y las problemáticas que sufren, entre otras cuestiones de interés.

está comprendida en la que ha sido sometida a juzgamiento por el Instituto del Aborigen Chaqueño -ente autárquico gubernamental encargado de velar por las necesidades de los pueblos Originarios de la Provincia del Chaco (arts. 22 y ss. ley 3258) y del cual es presidente en la actualidad el peticionario- y los pueblos indígenas Qom, Wichi y Mocoví ante la jurisdicción local, y que el objeto de la causa citada abarca de manera sustancial la pretensión cautelar formulada en la presentación que antecede.
De modo que la tutela de los derechos de los pueblos indígenas que habitan las localidades referidas de la región norte del territorio chaqueño, debería procurarse y encauzarse contra el Estado provincial en el marco de la ejecución de la citada sentencia dictada por la jurisdicción local.
En tanto no se ha hecho mención del referido proceso, ni tampoco se han expresado los motivos por los cuales la petición no se ha canalizado por esa vía, es dable concluir que no corresponde dar curso en estas actuaciones a la solicitud formulada.

4°) Que sin perjuicio de ello, en relación a la afirmación de que se habría discontinuado la asistencia dispuesta por decisión de este Tribunal en el pronunciamiento de fs. 52/55 (Fallos: 330:4134), y al tiempo transcurrido desde los informes presentados a fs. 2460/2461 (Provincia del Chaco) y 2501, 2503/2504 (Estado Nacional), ordenados por resolución del Tribunal de fecha 3 de octubre de 2017, con carácter previo a la decisión atinente a la competencia que pronunciará el Tribunal, requiéraseles a la Provincia del Chaco y al Estado Nacional que en el plazo de 30 días hábiles actualicen, de conformidad con el programa marco presentado a fs. 1102, en forma concreta y precisa, el estado de ejecución de los programas de salud, alimentación, asistencia sanitaria, provisión de agua potable, fumigación y desinfección de las regiones alcanzadas por la medida cautelar decretada en el citado decisorio de fs. 52/55.
Por ello, se resuelve: 1) No hacer lugar a la solicitud formulada. 2) Requerir a la Provincia del Chaco y al Estado Nacional, con carácter previo a la decisión atinente a la competencia que pronunciará el Tribunal, que en el

EL Registro Nacional de Comunidades Indígenas (RENACI) que se construye bajo el criterio de auto reconocimiento en el Instituto Nacional de Asuntos Indígenas (INAI), ha publicado que en Argentina, se han establecido los siguientes Pueblos Originarios: Atacama, Chané, Charrúa, Chorote, Chulupí, Comechingón, Diaguita, Diaguita Calchaquí, Guaraní, Huarpe, Kolla, Lule, Mapuche, Mocoví, Selk´nam (Ona), Ocloya, Omaguaca, Pilagá, Rankulche, Tapiete, Tehuelche, Tilián, Toba, Tonocoté, Vilela y Wichí.
La mayoría de estos pueblos se distribuyen en las provincias de Chaco y Misiones, razón por la cual, el fallo en análisis deviene de fundamental importancia.

II. Los pueblos originarios y la legislación argentina

Desde la conformación del Estado Argentino, existió una discusión sobre el lugar que debían ocupar los pueblos originarios. Durante mucho tiempo, se continuó con las políticas de exterminio y exclusión heredadas de la conquista, como por ejemplo la campaña al desierto y distintas estrategias militares que procuraban la apropiación de tierras para la conformación y delimitación del territorio argentino.
En coherencia con este tipo de políticas, existió durante muchos años, una marcada ausencia normativa en nuestro país, en torno a los pueblos originarios.
La reforma constitucional de 1994, modifica sustancialmente esta mirada, incorporando en el art. 75 inc. 17 de nuestra Carta Magna una normativa muy clara: *"Reconocer la preexistencia étnica y cultural de los pueblos indígenas argentinos. Garantizar el respeto a su identidad y el derecho a una educación bilingüe e intercultural; reconocer la personería Jurídica de sus comunidades, y la posesión y propiedad comunitarias de las tierras que tradicionalmente ocupan; y regular la entrega de otras aptas y suficientes para el*

plazo de 30 días hábiles actualicen, de conformidad con el programa marco presentado a fs. 1102, en forma concreta y precisa, el estado de ejecución de los programas de salud, alimentación, asistencia sanitaria, provisión de agua potable, fumigación y desinfección de las regiones alcanzadas por la medida cautelar decretada en el decisorio de fs. 52/55, a cuyo fin cúrsense las correspondientes notificaciones por Secretaría.

Parte actora: Defensor del Pueblo de la Nación, representado por los doctores Daniel Bugallo Olano, Horacio Eduardo Esber y Anselmo Agustín Sella.

Parte demandada: Estado Nacional, representado por los doctores Sonia Haydeé Donati, María Alicia Gramajo, Fernando Zuberbuhler, Alejandro Enrique Scarano.

Provincia del Chaco, representada por los doctores Eduardo Aníbal Fernández Floriani y José Miguel Braceras, con el patrocinio letrado del señor Fiscal de Estado, doctor Luis Alberto Meza.

Instituto del Aborigen Chaqueño (presentado como tercero), representado por los señores Orlando Charole y Eigidio Luis Roberto García, con el patrocinio de la doctora María Lorena Gutiérrez Villar.

Orlando Charole (presentado como tercero), por sus propios derechos, con el patrocinio letrado del doctor Juan Carlos Baldomero Pérez.

desarrollo humano; ninguna de ellas será enajenable, transmisible ni susceptible de gravámenes o embargos. Asegurar su participación en la gestión referida a sus recursos naturales y a los demás intereses que los afecten. Las provincias pueden ejercer concurrentemente estas atribuciones."

Esta norma constitucional, es ampliada y complementada por el art. 18 del Código Civil y Comercial de la Nación, que entró en vigencia el primero de agosto del año 2015, que reconoce, en idéntico sentido, estos derechos de los pueblos originarios.

Dentro de nuestro ordenamiento interno, asimismo, se sancionaron varias normas en relación a esta temática, entre ellas: la ley 23.302 sobre Política Indígena y Apoyo a las Comunidades Aborígenes (modificada por ley 25.799), la Ley 24.956 que establece el autoreconocimiento de la identidad indígena en el Censo de 2001 y la ley 26.160 declara la emergencia en materia de posesión y propiedad comunitaria indígena (prorrogada por ley 26.554).

En el caso de la primera ley mencionada, que fue el primer triunfo legislativo en materia de derechos de los aborígenes, sancionada en el año 1985, se regula, en su capítulo VI, el derecho a la salud de las poblaciones indígenas, en los arts. 18, 19, 20 y 21. A su vez, resulta de vital importancia, porque dicha norma crea el Instituto Nacional de Asuntos Indígenas (INAI).

A su vez, algunas provincias también regulan las cuestiones relacionadas a los pueblos originarios en sus constituciones locales, siguiendo esa línea, la constitución provincial chaqueña establece en su art. 37: *"La Provincia reconoce la preexistencia de los pueblos indígenas, su identidad étnica y cultural; la personería jurídica de sus comunidades y organizaciones; y promueve su protagonismo a través de sus propias instituciones; la propiedad comunitaria inmediata de la tierra que tradicionalmente ocupan y las otorgadas*

en reserva. Dispondrá la entrega de otras aptas y suficientes para su desarrollo humano, que serán adjudicadas como reparación histórica, en forma gratuita, exentas de todo gravamen. Serán inembargables, imprescriptibles, indivisibles e intransferibles a terceros. El Estado les asegurará: a) La educación bilingüe e intercultural. b) La participación en la protección, preservación, recuperación de los recursos naturales y de los demás intereses que los afecten y en el desarrollo sustentable. c) Su elevación socio-económica con planes adecuados. d) La creación de un registro especial de comunidades y organizaciones indígenas."[2]

III. La normativa internacional

Nuestro país ha ratificado una gran cantidad de tratados internacionales que protegen los derechos humanos para todas las personas, a varios de ellos les ha dado incluso jerarquía constitucional en el año 1994 a través del art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional. Sin dudas, al ser vulnerado cualquier derecho humano de cualquier persona, sin distinción alguna de su origen étnico ni cultural, los mecanismos de protección internacional entran en acción.

Sin perjuicio de ello, Argentina ha ratificado normas internacionales específicas en relación a los pueblos originarios, entre las cuales se puede mencionar: el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes (ratificado por ley 24.071 en el año 1992), el Convenio sobre Diversidad Biológica (ratificado por ley 24.375)y el Convenio Constitutivo del Fondo para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas en América Latina y el Caribe (aprobado por ley 24.544).

En idéntico sentido, la Organización de Naciones Unidas (O.N.U.) en el año 2007 proclama la Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, la que implica un compromiso político internacional de derechos humanos para la protección de los derechos individuales y colectivos de los pueblos indígenas.

La propia O.N.U. ha establecido que esta declaración *"Es un documento exhaustivo que aborda temas como los derechos colectivos, los derechos culturales y la identidad, y los derechos a la salud, la educación, la salud, y el empleo entre otros. La Declaración enfatiza el derecho de los pueblos indígenas de preservar y fortalecer sus propias instituciones, culturas y tradiciones y de trabajar por su desarrollo de acuerdo a sus aspiraciones y necesidades. La Declaración sin duda favorecerá a los pueblos indígenas en sus esfuerzos por combatir la discriminación y el racismo."*

En el artículo 24 de dicha Declaración se reconoce el derecho de los pueblos indígenas a sus propias medicinas tradicionales y a mantener sus prácticas de salud. Las medicinas tradicionales de los pueblos indígenas fueron, durante mucho tiempo, consideradas sin valor científico.[3]

IV. La protección del derecho a la salud de los pueblos originarios de Argentina

El derecho a la salud es un derecho humano universalmente reconocido, que no admite ninguna distinción de género, origen étnico y racial, edad, orientación sexual, etc. Es decir, que para que sea efectivamente gozado por cualquier habitante, los servicios sociales y de salud no deben discriminar el acceso de los indígenas, y sí ofrecerles por lo

2 https://www.un.org/development/desa/indigenous-peoples-es/declaracion-sobre-los-derechos-de-los-pueblos-indigenas.html.

3 Garay, Oscar E. El derecho a la salud de los pueblos originarios o indígenas. Disponible en: http://www.salud.gob.ar/dels/entradas/el-derecho-la-salud-de-los-pueblos-originarios-o-indigenas.

menos el mismo servicio que a cualquier otra persona de la población.
Argentina tiene una vasta trayectoria en la defensa de los derechos humanos, no solo desde la reforma constitucional de 1994, con la incorporación de tratados internacionales sobre esta temática, los que han adquirido jerarquía constitucional. En cuanto a los pueblos originarios, nuestro país, al menos normativamente, los ha protegido, ratificando instrumentos internacionales y también mediante su normativa interna.
En el año 2016, se creó el Programa Nacional de Salud para los Pueblos Indígenas, a través de la Resolución 1036-E/2016, que tiene como objetivo mejorar la cobertura de salud y las condiciones de accesibilidad al Sistema Público de Salud de las Comunidades Indígenas de todo el país, desde una perspectiva intercultural.[4]
En este orden de políticas públicas, en el año 2017, el Ministerio de Salud, dependiente del Poder Ejecutivo Nacional, lanzó una publicación denominada "Interculturalidad y Salud"[5], pensada para capacitar a los trabajadores en el servicio primario de atención de salud, en torno a cómo garantizar su derecho de acceso a la salud. En este documento se plantea que:
"Para considerar la situación de salud de los pueblos originarios no basta con conocer los datos duros de población, modos de vida, accesibilidad al sistema y enfermedades (datos incompletos, por cierto), sino que se hace necesario comprender que estas comunidades manejan un concepto propio de salud, que define su modo de cuidarla y que, muchas veces, colisiona con medicina tradicional. (...) La concepción de los pueblos indígenas respecto a la salud, está ligada a una perspectiva integral del mundo, se entiende entonces como el bienestar biológico, psicológico, social y espiritual del individuo y de su comunidad en condiciones de equidad. Es decir que desde la perspectiva de los pueblos indígenas la salud se concibe como un bienestar integral que incluye no solo la dimensión física, psicológica y social, sino también la espiritual."[6]
En este orden de ideas, se ha dicho que la interculturalidad es concebida como proceso de democratización y reorganización del Estado, para una nueva relación con los Pueblos Originarios. Se deriva de esto que no se trata únicamente de un programa de elementos culturales a tener en cuenta para no discriminar o para tolerar, sino de la construcción política de estas nuevas relaciones.[7]
Cabe preguntarnos si, en materia de protección de derechos, la mera existencia de normativa aplicable, alcanza a los fines de su efectiva concreción. La práctica nos ha demostrado que no, que las normas, en muchos casos no son respetadas, no solo por los particulares sino, también, en ocasiones, por el propio estado. Es en esas oportunidades en las que entra a tallar el Poder Judicial.
En el caso en cuestión, la Corte Suprema de Justicia de la Nación evalúa la procedencia de una acción de amparo, a los fines de ampliar el territorio afectado a la emergencia sanitaria y alimentaria de los pueblos originarios de la Provincia de Chaco. Estableciendo que, al existir otra acción similar (casi idéntica) en etapa de ejecución, correspondía rechazar la acción de amparo interpuesta, sin perjuicio de un pedido de informes sobre el estado de situación.

4 https://www.argentina.gob.ar/salud/pueblosindigenas.

5 Disponible en: http://www.msal.gob.ar/images/stories/bes/graficos/0000001067cnt-eps-interculturalidad-salud_2017.pdf.

6 Interculturalidad y salud. Programa Médicos Comunitarios Equipos de Salud del Primer Nivel de Atención. Ministerio de Salud. Presidencia de la Nación. Año 2017.

7 Díaz, H.: Interculturalidad, pueblos originarios y salud: reflexiones para un debate pendiente. Manuscrito, 2011.

Conclusiones

Para finalizar, es necesario retomar el planteo inicialmente esbozado: ¿la resolución del más alto tribunal argentino, vulnera los derechos humanos de los pueblos originarios de la Provincia de Chaco?

La respuesta que surge de todo lo analizado con anterioridad, es negativa. La Corte Suprema de Justicia de la Nación, rechaza la acción de amparo, por existir en etapa de ejecución otra acción de amparo, con un objeto casi idéntico e interpuesta por las mismas partes, resultando esta última la vía más idónea a la que hace alusión el art. 43 de la Constitución Nacional.

Que, sin embargo, la Corte, sin deslindarse del problema, planteando únicamente el rechazo de la medida cautelar interpuesta, le exige al estado provincial y nacional, en un plazo de treinta días hábiles, que se le informe de forma concreta y precisa, el estado de ejecución de los programas de salud, alimentación, asistencia sanitaria, provisión de agua potable, fumigación y desinfección de las regiones alcanzadas por la medida cautelar decretada en el decisorio invocado (Fallos: 330:4134).

La decisión del más alto tribunal argentino resulta relevante porque, respetando el mandado constitucional de protección a los pueblos originarios y la función del Estado de ser garante de sus derechos, establece cuales son las vías procesales idóneas y adecuadas para esta defensa.

Al existir otra acción de amparo ya admitida, con su etapa de ejecución en curso, cualquier planteo, entre las mismas partes, tendiente a la ampliación territorial de la emergencia sanitaria y alimentaria, debe ser canalizada por esta vía.

Resulta necesario puntualizar que, los derechos humanos de los pueblos originarios, quedan garantizados mediante este fallo, no solo al derivar el reclamo a la vía correspondiente, sino también con la exigencia de informes al Estado Nacional Argentino y al Estado Provincial de Chaco.

Corte Suprema de Justicia de la Nación

Causa: Olivo, Pablo Ezequiel y otra c/ Buenos Aires, Provincia de y otros s/ daños y perjuicios

Buenos Aires, 11 de diciembre de 2018

Autos y Vistos;
Considerando:

1°) Que a fs. 17/57 Pablo Ezequiel Olivo y Lucrecia Ester Erique, en nombre propio y en representación de su hija Camila Leila Olivo -por entonces menor de edad-, deducen demanda contra la Provincia de Buenos Aires (Poder Ejecutivo Ministerio de Salud), el Estado Nacional (Poder Ejecutivo - Ministerio de Salud), el "Hospital de Alta Complejidad en Red El Cruce - Dr. Néstor Carlos Kirchner" y el Dr. Nicolás Bacaloni, a fin de obtener el pago de una indemnización por los daños y perjuicios derivados de la mala praxis médica en que habría incurrido el equipo de profesionales que le efectuó una intervención quirúrgica a su hija.
Asimismo, solicitan la declaración de inconstitucionalidad del art. 51 de la ley 12.008, Código Contencioso Administrativo de la Provincia de Buenos Aires, (modificado por la ley 13.101), de modo subsidiario, y arts. 7 y 10 de la ley nacional 23.928, de Convertibilidad (modificados por el art. 40 de la ley 25.561).
También en forma subsidiaria pretenden que se declare la inconstitucionalidad de la ley nacional 26.944 de Responsabilidad del Estado, y de los arts. 1720, 1764 y 1765 del Código Civil y Comercial de la Nación, en cuanto prevén una eximente de responsabilidad civil, tanto para los profesionales de la salud que han intervenido en la operación de la menor, como de los Estados demandados.

LA INELUDIBLE TUTELA PREVENTIVA EN MATERIA DE DISCAPACIDAD

THE UNAVOIDABLE PREVENTIVE GUARDIANSHIP REGARDING DISABILITY

VALERIA DE LAS MERCEDES SOLA[1]

RESUMEN:
En el siguiente artículo se analiza la causa "O.P.E. y otra c/ Buenos Aires, Provincia de y otros s/ daños y prejudicios", en la cual el día 11 de diciembre de 2018, la Corte Suprema de la Justicia de la Nación, si bien se declaró incompetente para entender en el caso en instancia originaria, hizo lugar –por mayoría de votos– a la medida cautelar innovativa consistente en la provisión de una silla de ruedas motorizada. Dicha medida fue solicitada en el marco de un reclamo de indemnización por daños y perjuicios derivados de una supuesta mala praxis donde se encontraba involucrada una persona con discapacidad.

1 Abogada (UNC); Escribana (US21); Diplomada en Derecho Procesal Civil (UBP); Especialista en Derecho Tributario (UNC); Especializanda en Derecho Judicial y de Judicatura (UCC); Adscripta a la cátedra de Teoría General del Proceso (UNC); Adcripta a la materia Sip VI (UBP). Se desempeña como Prosecretaria Letrada del Boletín Judicial, área dependiente del Tribunal Superior de Justicia de la de la Provincia de Córdoba, con funciones de Coordinadora. Tutora civil del BJ. Mail: valeria_sola@hotmail.com – ORCID iD: https://orcid.org/0000-0002-8195-6471.

2°) Que de conformidad con lo decidido por esta Corte en las causas "Barreto" (Fallos: 329:759) y "Castelucci" (Fallos: 332:1528), entre muchas otras, corresponde declarar la incompetencia del Tribunal para entender en el caso, ya que, por los fundamentos y conclusiones expuestos en esas oportunidades a los que corresponde remitir a fin de evitar repeticiones innecesarias, la causa no debe tramitar en la instancia prevista en el art. 117 de la Constitución Nacional.
3°) Que no es un óbice a lo expuesto el hecho de que se demande al Estado Nacional, ya que de conformidad con. lo resuelto por esta Corte resulta inadmisible la acumulación subjetiva de pretensiones contra estados que, en causas como la presente, únicamente están sometidos a sus propias jurisdicciones (cfr. causa "Mendoza", Fallos: 329:2316).
4°) Que en su mérito, la acción dirigida contra el Estado provincial deberá seguir su trámite ante la justicia local. A esos efectos, se remitirán fotocopias certificadas de estas actuaciones a la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, a fin de que decida lo concerniente al tribunal que entenderá en la causa, con arreglo a las disposiciones locales de aplicación (arg. Fallos: 323:3991, considerando 7°, y arg. causa CSJ 915/2016 (42-L)/CS1 "Ledezma, Juan Carlos y otros c/ Buenos Aires, Provincia de y otros s/ acción de amparo", pronunciamiento del 3 de julio de 2007).
5°) Que, asimismo, en relación a las restantes pretensiones efectuadas en autos, y con arreglo a lo decidido en Fallos: 294:25; 305:2001 y 307:852, este proceso deberá continuar su trámite ante la Justicia Nacional en lo Civil Y Comercial Federal (art. 116 de la Constitución Nacional).
6°) Que sin perjuicio de ello, las excepcionalísimas circunstancias que rodean al presente caso, habilitan que este Tribunal examine la medida cautelar solicitada a fs. 85/91 (art. 196, del código citado, cfr. causa CSJ 1690/2003 (39-P)/CS1 "Podestá, Leila Grisel c/ Buenos Aires, Provincia de y otro s/ acción de amparo", pronunciamiento del 18 de diciembre de 2003).
7°) Que, en ese sentido, esta Corte ha considerado a la medida cautelar innovativa como una decisión excep-

.....

ABSTRACT:
The following article analyzes the cause “O.P.E. and another c / Buenos Aires, Province of and other s / damages and prejudices ”, in which on December 11, 2018 the Supreme Court of Justice of the Nation, although it declared itself incompetent to understand in the case in instance originally, it took place - by majority vote - to the innovative precautionary measure consisting of the provision of a motorized wheelchair. This measure was requested in the context of a claim for compensation for damages arising from an alleged malpractice where a person with disabilities was involved.

Palabras Claves: Daños y perjuicios; Medida cautelar innovativa; Derecho a la salud; Personas con discapacidad; Tutela judicial efectiva.

Key Words: Damages; Innovative precautionary measure; Right to health; People with disabilities; Effective judicial protection.

I. Introducción

El derecho a la salud es un derecho personalísimo y fundamental que tiene toda persona por su condición de tal; y se encuentra reconocido en nuestra Constitución Nacional y en numerosos tratados internacionales con poseen idéntica jerarquía. Este reconocimiento normativo denota, por un lado, la importancia que tiene este derecho y, por el otro, su inescindible relación con el derecho a la vida.

cional porque altera el estado de hecho o de derecho existente al tiempo de su dictado, y que por configurar un anticipo de jurisdicción favorable respecto del fallo final de la causa, resulta justificada una mayor prudencia en la apreciación de los recaudos que hacen a su admisión (cfr. Fallos: 331:2889 y sus citas, entre otros).
8°) Que, asimismo, es de la esencia de esos institutos procesales de orden excepcional enfocar sus proyecciones -en tanto dure el litigio- sobre el fondo mismo de la controversia, ya sea para impedir un acto o para llevarlo a cabo, porque dichas medidas precautorias se encuentran enderezadas a evitar la producción de perjuicios que se podrían producir en caso de inactividad del magistrado y podrían tornarse de muy dificultosa o imposible reparación en la oportunidad del dictado de la sentencia definitiva (Fallos: 330:1261).
9°) Que el mencionado anticipo de jurisdicción que incumbe a los tribunales en el examen de ese tipo de medidas cautelares, no importa una decisión definitiva sobre la pretensión concreta del demandante y lleva ínsita una evaluación del peligro de permanencia en la situación actual a fin de habilitar una resolución que concilie -según el grado de verosimilitud- los probados intereses de aquel y el derecho constitucional de defensa del demandado (Fallos: 334:1691).
Que, en tales condiciones, corresponde acceder a la medida cautelar innovativa solicitada. En efecto, en el estrecho marco de conocimiento que ofrece el estudio de la cuestión, aparece con suficiente claridad que el mantenimiento de la situación padecida por la actora sin el correspondiente equipamiento ortopédico de ayuda motriz, podría generar, en las excepcionales y particulares circunstancias que se verifican en virtud de su condición, mayores daños, que deben ser evitados. Asimismo, el peligro en la demora aparece en forma objetiva en tanto la situación de discapacidad y la necesidad de cuidados que la peticionaria padece requiere el dictado de decisiones que resguarden los derechos por ella invocados hasta tanto exista la posibilidad de dirimir los puntos debatidos y de esclarecer los derechos que cada una de las partes aduce (cfr. Fallos: 320:1633 y 334:1691).
Por ello y habiendo tenido intervención la Procuración General de la Nación, se resuelve: I.- Hacer lugar a la medida cautelar requerida y, en consecuencia, ordenar a los demandados que le provean a Camila Leila Olivo

.....

En ese sentido, se ha señalado que "el derecho a la vida es el primer derecho natural de la persona humana preexistente a toda legislación positiva que resulta garantizado por la CN[2].

Por su parte, la Convención Interamericana para la Eliminación de todas las formas de discriminación contra las personas con discapacidad, Ley 25.280, dispone que las personas con discapacidad tienen derecho a gozar del más alto nivel posible de salud sin discriminación por motivos de discapacidad (art. 25).

De ello se deriva que el derecho constitucional a la salud, asume una mayor dimensión cuando debe garantizarse y hacerse efectivo en un sujeto en condiciones de vulnerabilidad, particularmente, en el caso bajo estudio, una persona en situación de discapacidad.

En consecuencia, los derechos comprometidos en el caso que nos convoca se encuentran inescindiblemente unidos con el derecho a la vida, pues todo ser humano tiene garantizado –al menos normativamente–el disfrute del más alto nivel posible de salud que le permita vivir su vida dignamente.

Partiendo de la importancia transcendental que tienen estos derechos fundamentales, y de la necesidad de herramientas que otorguen celeridad y seguridad jurídica para su protección, es que podemos vislumbrar la importancia que presenta la tutela preventiva en casos como el presente.

Así, la tutela judicial efectiva se presenta, como una herramienta para hacer efectiva la defensa de los derechos de las personas, en especial de las que se encuentran en condiciones de vulnerabilidad en razón de los mayores obstáculos que tienen que afrontar

2 CSJN en autos "Cisilotto, María del Carmen Baricalla de c/ Estado Nacional (Ministerio de Salud y Acción Social), resolucion de fecha 27/01/1987. Fallo: 310:112, entre otros.

una silla de ruedas motorizada, de las características descriptas en la documentación agregada con la presentación de fs. 85/91, en el término de veinte días. A tal fin, practíquense las notificaciones respectivas; II. Declarar la incompetencia de esta Corte para conocer en el caso por vía de su jurisdicción originaria; III.- Remitir a la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires copias certificadas del expediente, a fin de que decida lo concerniente al tribunal que entenderá en la causa en lo que respecta a la responsabilidad que se atribuye a la Provincia de Buenos Aires; IV.- Remitir las presentes actuaciones a la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal para que efectúe el sorteo correspondiente. Notifíquese, comuníquese a la Procuración General de la Nación y confecciónense los oficios por Secretaría para cumplir con lo resuelto.

CSJ 467/2016
ORIGINARIO
Olivo, Pablo Ezequiel y otra c/ Buenos Aires,'
Provincia de y otros s/ daños y perjuicios.

DICIDENCIA PARCIAL DEL SEÑOR PRESIDENTE DOCTOR DON CARLOS FERNANDO ROSENKRANTZ

Considerando:
Que el infrascripto coincide con los considerandos 1° a 5° del voto que encabeza el presente pronunciamiento. 60) Que el Tribunal carece de jurisdicción para pronunciarse sobre la medida cautelar solicitada. El art. 196, primer párrafo, del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación establece que los jueces deben abstenerse de decretar medidas precautorias cuando el conocimiento de la causa no fuese de su competencia, situación que es el caso, dado que en esta misma resolución se declara que la causa no corresponde a la competencia originaria de la Corte Suprema.

.....

para acceder al proceso y hacer efectivos derechos tan fundamentales.
La Corte Suprema de Justicia de la Nación valorando las excepcionalísimas circunstancias que el caso presentaba, recepta –a través de una cautelar innovativa– la tutela preventiva del daño en materia de derecho a la salud, y en ello reside la importancia de la resolución en análisis.

II. Reseña del caso

En el caso que nos involucra[3], los actores por derecho propio y en representación de su hija menor de edad C.L.O, interpusieron demanda en contra de Provincia de Buenos Aires (Poder Ejecutivo Ministerio de Salud), el Estado Nacional (Poder Ejecutivo - Ministerio de Salud), el "Hospital de Alta Complejidad en Red El Cruce - Dr. Néstor Carlos Kirchner" y el Dr. Nicolás Bacaloni, a fin de obtener el pago de una indemnización por los daños y perjuicios derivados de la mala praxis médica en que habría incurrido el equipo de profesionales que le efectuó una intervención quirúrgica a su hija.
Invocaron a los fines de fundar su pretensión que, al llegar a la edad de 11 años la menor comenzó a padecer escoliosis idiopática juvenil, pero sin registrar ningún daño en la médula espinal. El 17/02/2014 fue derivada al Hospital de Alta Complejidad en Red El Cruce, donde fue intervenida quirúrgicamente, momento en el que, invocan, sufrió una lesión medular intraoperatoria que le habría ocasionado paraplejía y pérdida de sensibilidad con un nivel T9. En definitiva, indican que a raíz de la lesión generada en la operación sufre una paraplejía espástica, incontinencia fecal, incontinencia urinaria, pérdida

3 CSJN en autos "O.P.E. y otra c/ Buenos Aires, Provincia de y otros s/ daños y prejudicios", sentencia de fecha 11/12/2018.

La disposición legal citada responde al manifiesto propósito de evitar la posibilidad de que el interesado pueda seleccionar el tribunal que resolverá el pedido cautelar y sortear de esa manera al que resulte competente de acuerdo con el orden preestablecido por la ley, con severo compromiso del principio de imparcialidad que debe presidir el funcionamiento del sistema judicial en su totalidad, incluida la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

Por lo demás, no se ha alegado ni probado que las afecciones crónicas en la salud de la solicitante, con toda su gravedad, puedan verse agravadas durante el breve tiempo que media entre esta declaración de incompetencia y el momento en que el tribunal competente estará en condiciones de examinar la procedencia de una medida cautelar anticipatoria y, llegado el caso, en cuál habrá de ser su alcance. Por esta razón, tampoco se ve configurada la excepcionalísima situación prevista en la segunda parte del ya citado art. 196 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación.

A los efectos de que la interesada pueda obtener sin dilaciones un pronunciamiento judicial sobre su pedido, las comunicaciones a los tribunales competentes deberán practicarse de manera inmediata.

Por ello y habiendo tenido intervención la Procuración General de la Nación, se resuelve: I.- Declarar la incompetencia de esta Corte para conocer en el caso por vía de su jurisdicción originaria; II.- Remitir a la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires copias certificadas del expediente, a fin de que decida lo concerniente al tribunal que entenderá en la causa en lo que respecta a la responsabilidad que se atribuye a la Provincia de Buenos Aires; III.- Remitir las presentes actuaciones a la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal para que efectúe el sorteo correspondiente. Notifíquese, comuníquese a la Procuración General de la Nación y confecciónense los oficios por Secretaría de conformidad con lo expuesto en el último párrafo del considerando 6°.

.....

de sensibilidad y pérdida de movilidad, por lo que ha quedado en condición de "persona discapacitada" y con "gran invalidez".
Sobre la base de tales imputaciones, los actores solicitaron como tutela preventiva de daños, una medida cautelar innovativa con carácter urgente, que imponga a las demandadas el pago del equipamiento ortopédico de ayuda motriz consistente en una silla de ruedas motorizada.
La Corte Suprema de Justicia, sin entrar a analizar los argumentos esgrimidos por la actora, al valorar la plataforma fáctica de la causa entendió que no debía tramitar en la instancia prevista en el art. 117 de la CN. Aplicó lo dispuesto en la causa "Mendoza" donde dijo que es inadmisible "la acumulación subjetiva de pretensiones contra Estados que, en causas como la presente, únicamente están sometidos a sus propias jurisdicciones[4].
Seguidamente, dispuso que la acción dirigida contra el Estado provincial se sustanciara ante la justicia local, y a esos efectos mandó a remitir fotocopias certificadas de las actuaciones a la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, a fin de zanjar el tribunal que deberá entender en la causa. Al mismo tiempo, y en relación a las restantes pretensiones, estableció la competencia de la Justicia Nacional en lo Civil y Comercial Federal, de conformidad con el art. 116 de la CN, lo cual generó la consecuente derivación del trámite.
Sin embargo, el alto tribunal contemplando las excepcionalísimas circunstancias que rodeaban el caso, examinó la cautelar requerida y –por mayoría– hizo lugar a la medida solicitada y ordenó a los demandados el cumplimiento de la manda impuesta.

4 CSJN en autos "Mendoza, Beatriz Silvia y otros c/ Estado Nacional y otros s/daños y perjuicios (daños derivados del contaminación ambiental del Río Matanza - Riachuelo)"de fecha 20/6/2006. Fallos 329:2316..

DICIDENCIA PARCIAL DEL SEÑOR MINISTRO DOCTOR DON HORACIO ROSATTI

Considerando:
1°) Que a fs. 17/57 Pablo Ezequiel Olivo y Lucrecia Ester Enrique, en nombre propio y en representación de Camila Leila Olivo -por entonces menor de edad-, deducen demanda contra la Provincia de Buenos Aires (Poder Ejecutivo - Ministerio de Salud), el Estado Nacional (Poder Ejecutivo - Ministerio de Salud), el "Hospital de Alta Complejidad en Red El Cruce - Dr. Néstor Carlos Kirchner" y el Dr. Nicolás Bacaloni, a fin de obtener el pago de una indemnización por los daños y perjuicios derivados de la mala praxis médica en que habría incurrido el equipo de profesionales que le efectuó una intervención quirúrgica a su hija.

Para fundar su pretensión, los demandantes sostienen que, al llegar a la edad de 11 años, Camila Leila Olivo comenzó a padecer escoliosis idiopática juvenil, si bien no registraba ningún daño, lesión o alteración de la médula espinal. En fecha 17/02/2014 fue derivada al Hospital de Alta Complejidad en Red El Cruce, donde fue intervenida quirúrgicamente, momento en el que, invocan, sufrió una lesión medular intraoperatoria que le habría ocasionado paraplejía y pérdida de sensibilidad con un nivel T9. En síntesis, sostienen que a raíz de la lesión generada en la operación sufre una paraplejía espástica, incontinencia fecal, incontinencia urinaria, pérdida de sensibilidad y pérdida de movilidad, por lo que ha quedado en condición de persona discapacitada y con gran invalidez.
Sobre esa base, invocan responsabilidad profesional del equipo médico a cargo de la intervención quirúrgica, responsabilidad directa de la entidad asistencial demandada (Hospital de Alta Complejidad en Red El Cruce, Dr. Néstor Carlos Kirchner) y responsabilidad civil de los Estados Provincial y Nacional demandados.

Asimismo, solicitan la declaración de inconstitucionalidad de los arts. 51 de la ley 12.008, Código Contencioso

.....

Por otra parte, y sin desmerito de lo dispuesto por la mayoría, resulta interesante el voto en disidencia parcial del Dr. Horacio Rosatti, ya que con un criterio progresista atendió específicamente la condición de discapacitada de quien se presentó como damnificada. Consideró que "la conexidad objetiva de las pretensiones deducidas, permitían concluir que en el sub examine se verificaban motivos de raigambre constitucional suficientes para que este Tribunal se aparte de su jurisprudencia que señala que "la acumulación subjetiva de pretensiones resulta inadmisible si las partes demandadas no son aforadas en forma autónoma a la instancia originaria de la Corte"[5].
En tanto que el Dr. Fernando Rosenkrantz, también en disidencia parcial, postulo el rechazo de la cautelar, fundando su voto en que los jueces deben abstenerse de decretar medidas precautorias cuando el conocimiento de la causa no fuese de su competencia. Esta postura tiene como finalidad evitar la posibilidad de que el interesado pueda seleccionar el tribunal que resolverá la medida que se peticiona.

III. Los derechos involucrados en el análisis de la cautelar innominada: Reconocimiento normativo

En el decisorio bajo análisis, la Corte Suprema de Justicia ordena a las demandadas que suministren a la persona con discapacidad el correspondiente equipo ortopédico de ayuda motriz, el cual consiste, específicamente, en la provisión de una silla de ruedas motorizada. De la valoración efectuada por el tribunal al analizar la medida cautelar peticionada, quedan evidenciados los derechos constitucionales implicados en la cuestión:

5 Fallos 329:2316 y otros.

Administrativo de la Provincia de Buenos Aires (modificado por la ley 13.101) y, de modo subsidiario, de los arts. 7 y 10 de la ley nacional 23.928, de Convertibilidad (modificados por el art. 40 de la ley 25.561).

En forma subsidiaria pretenden que se declare la inconstitucionalidad de la ley nacional 26.944 de Responsabilidad del Estado, y de los arts. 1720, 1764 y 1765 del Código Civil y Comercial de la Nación, en cuanto prevén una eximente de responsabilidad civil tanto para los profesionales de la salud que han intervenido en la operación de la menor, como de los Estados demandados.

Por último, estando la causa a resolver de este Tribunal, a fs. 85/91 la actora solicita se dicte, como tutela preventiva de daños, una medida cautelar innovativa, con carácter urgente, imponiendo a las demandadas el pago del Equipamiento Ortopédico de ayuda motriz consistente en una silla de ruedas motorizada. Basa su pretensión cautelar en su condición de discapacitada por padecimiento de una paraplejía espástica que atribuye a la intervención quirúrgica a la que fue sometida en fecha 12 de septiembre de 2014, cuya verosimilitud manifiesta acreditar mediante la EPICRISIS que, como prueba documental, adjuntara a la demanda. Fundamenta su petición en los términos de los arts. 1710 y 1711 del Código Civil y Comercial de la Nación y la jurisprudencia de este Tribunal adoptada en "Camacho Acosta" (Fallos: 320:1633) y "Pardo" (Fallos: 334:1691).

2°) Que las particulares circunstancias que rodean al presente caso y, específicamente, la condición de discapacitada de quien se presenta como damnificada, así como la conexidad objetiva de las pretensiones deducidas, permiten concluir que en el sub examine se verifican motivos de raigambre constitucional suficientes para que este Tribunal se aparte de su jurisprudencia conforme a la cual la acumulación subjetiva de pretensiones resulta inadmisible si las partes demandadas no son aforadas en forma autónoma a la instancia originaria de la Corte (Fallos: 329:2316 y otros).

---

la “salud” y la “dignidad de la persona con discapacidad”.

En relación a la garantía normativa de protección de los mencionados derechos, nuestro máximo Tribunal ha señalado “que la vida de los individuos y su protección –en especial el derecho a la salud- constituye un bien fundamental en sí mismo que, a su vez, resulta imprescindible para el ejercicio de la autonomía personal. El derecho a la vida, más que un derecho no enumerado en los términos del art. 33 de la ley fundamental, es un “derecho implícito”, ya que el ejercicio de los derechos reconocidos expresamente requiere necesariamente de él y, a su vez, el derecho a la salud –especialmente cuando se trata de enfermedades graves- está íntimamente relacionado con el primero y con el principio de autonomía personal[6].

En consecuencia, los derechos comprometidos en el caso que nos convoca se encuentran inescindiblemente unidos con el derecho a la vida, pues todo ser humano tiene derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud que le permita vivir su vida dignamente.

Al mismo tiempo, el derecho a la salud encuentra reconocimiento normativo en diversos tratados internacionales que tienen jerarquía constitucional (art. 75 inc. 22 de la CN), entre ellos, Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (art. 11); Declaración Universal de los Derechos Humanos (art. 25); Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales (art. 12, ap. 1); Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (art. 12); Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 6, inc. 1). En suma, todos estos tratados están destinados a proteger la vida, la salud y la dignidad de la persona discapacidad.

6 CS, 18/12/2003, “Asociación de Esclerosis Múltiple de Salta c. Ministerio de Salud”, DJ 2004-2-173, LA LEY 2004-D-30.

3°) Que, en el orden constitucional argentino, la reforma introducida en 1994 dio un nuevo impulso al desarrollo del principio de igualdad sustancial, mediante la adopción de discriminaciones inversas para el logro de una tutela efectiva de colectivos de personas en situación de vulnerabilidad. El art. 75, inc. 23 ha dotado a las personas con discapacidad con preferente tutela, al disponer que corresponde al 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 los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discápacidad".

En ese marco, la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, instrumento con jerarquía constitucional conforme el art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional, refiere a su derecho de acceso a la justicia, y enfatiza que "los Estados Partes asegurarán que las personas con discápacidad tengan acceso a la justicia en igualdad de condiciones con las demás, incluso mediante ajustes de procedimiento y adecuados a la edad, para facilitar el desempeño de las funciones efectivas de esas personas como participantes directos e indirectos, incluida la declaración como testigos, en todos los procedimientos judiciales, con inclusión de la etapa de investigación y otras etapas preliminares" (art. 13 inc. 1).

Por su parte, con relación a la amplitud de este derecho, esta Corte ha expresado que "el derecho de ocurrir ante un órgano judicial en procura de justicia, consagrado en el artículo 18 de la Constitución Nacional, requiere que la tutela judicial de los derechos en cuestión resulte efectiva; esto es, que sea oportuna y posea virtualidad de resolver definitivamente la cuestión sometida a su conocimiento, tal como lo reconocen los tratados internacionales con jerarquía constitucional a partir de 1994 (artículo 75, inciso 22) entre los cuales cabe citar a la Convención Americana sobre Derechos Humanos (artículos 8 y 25.2 a) y al Pacto Internacional de

.....

Por otro costado, y en procura de la consecución de los fines señalados, el art. 75 inc. 23 de la CN establece entre las atribuciones del Congreso, legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por la Constitución Nacional y por los tratados internacionales vigentes sobre los derechos humanos, en particular respecto de los niños, las mujeres, los ancianos y las "personas con discapacidad". En efecto, con la incorporación de los mencionados tratados internacionales se ha definido en mayor medida la obligación que tiene el Estado de asumir acciones positivas destinadas a la preservación de la salud como sustento del principio de la dignidad inherente a la persona humana.

En consonancia con lo señalado, debemos mencionar que la Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad, Ley 25.280, dispone que las personas con discapacidad incluyen a aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás (art. 1, párrafo 2°).

La nombrada Convención tiene como propósito: "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"*. Este objetivo que se pretende alcanzar se vislumbra, además, del art. 25 que prescribe "las personas con discapacidad tienen derecho a gozar del más alto nivel posible de salud sin discriminación por motivos de discapacidad".

En el caso que motiva nuestro análisis, la actora es una persona con discapacidad motriz que requiere una silla de ruedas motorizada que le permita movilizarse en forma inde-

Derechos Civiles y Políticos (artículo 14.1)" (Fallos: 339:740). Asimismo, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha enfatizado que el debido acceso a la justicia juega un rol fundamental para enfrentar las diversas formas de discriminación padecidas por las personas con discapacidad (CorteIDH, "Furlán y Familiares vs. Argentina", sentencia del 31 de agosto de 2012, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, serie C, nro. 246, párr. 135 y ss.). Específicamente, en el caso citado consideró "relevante recordar que el ... proceso civil por daños y perjuicios involucraba un menor de edad, y posteriormente un adulto, en condición de discapacidad, lo cual implicaba una obligación reforzada de respeto y garantía de sus derechos"

(párr. 201). Así, señaló que "en casos de personas vulnerables, como lo es una persona con discapacidad, es imperante tomar las medidas pertinentes, como por ejemplo la priorización en la atención y resolución del procedimiento por parte de las autoridades a su cargo, con el fin de evitar retrasos en la tramitación de los procesos, de manera que se garantice la pronta resolución y ejecución de los mismos" (párr. 196).

En ese marco, así como esta Corte resolvió la inconstitucionalidad de la ampliación de su competencia apelada ordinaria en miras a la tutela judicial efectiva de un colectivo sujeto de preferente tutela constitucional (Fallos: 328:566), tales principios exigen, en el presente, una interpretación armónica entre el art. 75 inc. 23 y el 117 de la Constitución Nacional.
En síntesis, los argumentos desarrollados en el presente considerando son de aplicación en el sub examine, por cuanto no cabe imponer a la persona con discapacidad una mayor mortificación que la que su propio estado le ocasiona (ver causa CCF 12922/2006/CA2/CS1 "S., J. L. c/ Comisión Nac. Asesora para la Int. de Personas Discapac. y otro s/ amparo", pronunciamiento de fecha 5 de diciembre de 2017, disidencia del juez Rosatti), compeliéndola a acudir a procedimientos jurisdiccionales distintos ante diversos tribunales sobre el mismo hecho, máxime cuando tal desdoblamiento en el tratamiento de una causa representa un dispendio de fondos

pendiente. En consecuencia, tiene derecho a que se le reconozca -al igual que todas las demás personas- su derecho a la salud y a la dignidad sin ningún tipo de discriminación.

IV. Derechos involucrados en el análisis de la acción de daños y perjuicios: Acceso a la justicia

Respecto de la acción de daños y perjuicios deducida por los actores, en el caso analizado, la Corte Suprema de Justicia resolvió conforme lo ya decidido en varios precedentes[7]. De este modo, sin entrar a analizar los argumentos esgrimidos por los peticionantes, se declaró incompetente para entender en la causa (art. 117 de la CN). En esta dirección, sostuvo que "no era óbice para ello, el hecho de que se demande al Estado Nacional, ya que de conformidad con lo resuelto por esta Corte resulta inadmisible la acumulación subjetiva de pretensiones contra estados que, en causas como la presente, únicamente están sometidos a sus propias jurisdicciones"[8].
Sin embargo, más allá de lo resuelto por la mayoría, resulta novedoso el voto de la disidencia parcial del Dr. Rosatti, quién con un criterio progresista de los derechos de las personas en condiciones de vulnerabilidad, resalta la necesidad de garantizar el acceso a la justicia de las personas con discapacidad como un derecho esencial que –también- debe ser reconocido.
Por este motivo, el magistrado teniendo en cuenta las circunstancias que rodeaban el

7 CSJN en autos "Barreto, Alberto Damián y otra c/ Buenos Aires, Provincia de y otro s/ daños y perjuicios" de fecha 21/6/2006 (Fallos 329:759); CSJN en autos "Castelucci, Oscar Jorge y otra c/ Buenos aires, Provincia de y otros s/daños y perjuicios", de fecha 23/6/2009 (Fallos: 332:1528).

8 Cfr. Fallos 329:2316.

y recursos humanos, a la par de la potencial existencia de pronunciamientos contradictorios.

40) Que, por su parte, las razones de conexidad de las pretensiones deducidas por los actores resultan evidentes en el caso si se tiene en cuenta que sus elementos objetivos son los mismos: esto es, el daño generado en la intervención quirúrgica a la que fue sometida la actora.

En el marco de lo expuesto, toma especial predicamento el criterio del Tribunal conforme al cual la acumulación se puede admitir cuando se evidencia la posibilidad de fallos contradictorios y el consiguiente escándalo jurídico que originaría el tratamiento autónomo de pretensiones que se encuentran vinculadas por la causa o por el objeto (Fallos: 322:2023, considerando 5°; causa CSJ 903/2010 (46-S)/CS1 "San Luis, Provincia de c/ Estado Nacional", sentencia de fecha 18 de noviembre de 2014, causa CSJ 1173/2005 (41-P)/CS1 "Panontín, Jorge c/ Santiago del Estero, Provincia de y otro s/ daños y perjuicios", pronunciamiento del 27 de diciembre de 2005).
5°) Que, en consecuencia, los argumentos expuestos en los considerandos anteriores son suficientes para que este Tribunal se aparte en el presente caso de su jurisprudencia conforme a la cual es inadmisible la acumulación subjetiva de pretensiones contra estados que únicamente están sometidos a sus propias jurisdicciones (conf. causa "Mendoza", Fallos: 329: 2316).
Ahora bien, en virtud de la composición del litisconsorcio pasivo generado en el marco de la acumulación de pretensiones señalada, y ante la naturaleza prorrogable de la competencia en razón de la persona (Fallos: 315:2157; 321:2170; 329:218; 332:1430, entre otros) y la particular relevancia que en este caso corresponde reconocer al acceso a justicia de la actora en virtud de su condición, se estima prematuro pronunciarse en el presente estadio procesal sobre la competencia, debiendo continuar la causa según su estado, a sus efectos.

6°) Que, finalmente, con relación a la pretensión cautelar deducida por la actora, cabe en principio recordar

.....

caso, la conexidad objetiva de las pretensiones y, específicamente, la condición de discapacitada de quien se presentó como damnificada, concluyo que en el caso se verificaban motivos de raigambre constitucional suficientes para que el Tribunal se apartara de la jurisprudencia conforme a la cual "la acumulación subjetiva de pretensiones resulta inadmisible si las partes demandadas no son aforadas en forma autónoma a la instancia originaria de la Corte"[9].
Para decidir en tal sentido, señaló que no cabe imponer a la persona con discapacidad una mayor mortificación que la que su propio estado le ocasiona[10], compeliéndola a acudir a procedimientos jurisdiccionales distintos ante diversos tribunales sobre el mismo hecho, máxime cuando tal desdoblamiento en el tratamiento de una causa representa un dispendio de fondos y recursos humanos, a la par de la potencial existencia de pronunciamientos contradictorios.
Además, precisó que el art. 75 inc. 23 de la CN ha dotado a las personas con discapacidad con "preferente tutela", pues ha impuesto al imponer al Congreso Nacional la obligación de legislar medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos no solo en la Constitución Nacional sino también por los tratados internacionales de derechos humanos, en particular respecto de personas con discapacidad.
Refirió también que la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapaci-

9 Cf. Fallos 329:2316 y otros.

10 CSJN, en autos "S., J. L. c/ Comisión Nac. Asesora para la Int. de Personas Discapac. y otro s/ amparo", sentencia de fecha 5/12/2017, disidencia del juez Rosatti.

que es de la esencia de estos institutos procesales de índole excepcional enfocar sus proyecciones -en tanto dure el litigio-sobre el fondo mismo de la controversia, ya sea para impedir un acto o para llevarlo a cabo, porque dichas medidas precautorias se encuentran enderezadas a evitar la producción de situaciones que podrían tornarse de muy dificultosa o imposible reparación en la oportunidad del dictado de la sentencia definitiva (Fallos: 326:3210 y disidencia de los jueces Maqueda y Rosatti en Fallos: 341:169).

En ese marco, si bien esta Corte ha considerado a la medida cautelar innovativa como una decisión excepcional, por configurar un anticipo de jurisdicción favorable respecto del fallo final de la causa (conf. Fallos: 316:1833 y 319:1069), las ha acogido cuando existen fundamentos de hecho y de derecho que exigen una evaluación del peligro de permanencia en la situación actual, a fin de habilitar una resolución que concilie -según el grado de verosimilitud- los intereses en juego (Fallos: 326:3210 y disidencia de los jueces Maqueda y Rosatti en Fallos: 341:169).

Tal situación se verifica en los presentes, por lo que corresponde hacer lugar a la medida cautelar innovativa solicitada. En efecto, en el estrecho marco de conocimiento que ofrece el estudio de la cuestión, aparece con suficiente claridad que el mantenimiento de la situación padecida por la actora sin el correspondiente equipamiento ortopédico de ayuda motriz podría generar, en las excepcionales y particulares circunstancias que se verifican en virtud de su condición, mayores daños, que deben ser evitados. Asimismo, el peligro en la demora aparece en forma objetiva en tanto la situación de discapacidad y la necesidad de cuidados que la peticionante padece requiere el dictado de decisiones que resguarden los derechos por ella invocados hasta tanto exista la posibilidad de dirimir los puntos debatidos y de esclarecer los derechos que cada una de las partes aduce.

Por ello, SE RESUELVE:

.....

dad[11] alude a la obligación que pesa sobre los Estados de asegurar a las personas con discapacidad el acceso a la justicia en iguales condiciones que a las demás personas (art. 13 inc. 1).
Por último, mencionó que la Corte interamericana de Derechos Humanos ha enfatizado que el debido acceso a la justicia juega un rol fundamental para enfrentar las diversas formas de discriminación padecidas por las personas con discapacidad[12].

V. La tutela judicial efectiva en materia de salud

A partir de lo reseñado, vemos que el Estado resulta ser el principal obligado a garantizar el derecho a preservar la salud, la dignidad e incluso el acceso a la justicia de todas las personas y, especialmente, de los sujetos más vulnerables[13].
En búsqueda de ese fin, el Estado debe brindar una "tutela judicial efectiva" para que los enunciados normativos, que procuran el reconocimiento y protección de tales derechos, no sean solo una mera expresión formal de declaración de derechos. De ahí la necesidad de que el justiciable cuento con las vías procesales que le permitan obtener una respuesta rápida y efectiva para prevenir o mitigar los derechos que se encuentren vulnerados.
Indiscutiblemente, cuando se encuentran involucrados -como en el caso bajo estudio-

11 Instrumento que posee jerarquía constitucional conforme el art. 75 inc. 22 de la CN.

12 CorteIDH, "Furlan y Familiares vs. Argentina", sent. del 31/8/2012, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, n°. 246, párr. 135 y ss.

13 La Corte Interamericana de Derechos Humanos en autos "Furlan, Sebastián y Familiares c. Argentina" del 31/8/2012, sostuvo que… "Toda persona que se encuentre en una situación de vulnerabilidad es titular de una protección especial…".

I. Correr traslado de la demanda interpuesta, la que se sustanciará por la vía del proceso ordinario, a la Provincia de Buenos Aires, al Estado Nacional y al Hospital de Alta Complejidad en Red El Cruce, por el plazo de sesenta días (arts. 338 y concs., Código Procesal Civil y Comercial de la Nación). Para su comunicación a la señora Gobernadora y al señor Fiscal de Estado, líbrese oficio al señor juez federal en turno de la ciudad de La Plata. Asimismo, líbrense sendos oficios al Ministerio de Salud y Desarrollo Social de la Nación y al señor Presidente del Consejo de Administración del Hospital El Cruce. Con relación al codemandado Nicolás Bacaloni el plazo conferido para la contestación del traslado será de quince días. Para su notificación por cédula, líbrese oficio al señor juez federal de Quilmes. II. Hacer lugar a la medida cautelar innovativa solicitada a fs. 85/91. Notifíquese en la persona de la señora Gobernadora de la Provincia de Buenos Aires, de la señora Ministra de Salud y Desarrollo Social y del Presidente del Consejo de Administración del Hospital El Cruce. Notifíquese y comuníquese a la Procuración General de la Nación.

HORACIO ROSATTI

Profesionales intervinientes:
Parte actora: Pablo Ezequiel Olivo, Lucrecia Ester Enrique y Camila Leila Olivo.
Letrados patrocinantes: Dres. Ernesto Rodolfo Azorin y Daniel Sergio Sala.
Parte demandada: Provincia de Buenos Aires, Estado Nacional, Hospital de Alta Complejidad en Red El Cruce Dr. Néstor Carlos Kirchner y Dr. Nicolás Bacaloni (no presentados en autos).

Para acceder al dictamen de la Procuración General de la Nación ingrese a:
http://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verDocumento.html?idAnalisis=749552&interno=1

derechos tan fundamentales, como los son el derecho a la salud, a la dignidad y al acceso a la justicia de las personas con discapacidad, el factor tiempo resulta de trascendental importancia para la real efectivización de tales derechos.

A continuación vislumbraremos la eficiente forma utilizada por nuestro máximo Tribunal para hacer efectiva la tutela judicial -de algunos- de los derechos comprometidos en la cuestión.

1. El despacho de la tutela cautelar anticipada

Es necesario en primer lugar, brindar una definición de medida cautelar innominada. En este sentido, la Dra. Claudia Zalazar indica que "es aquella que tiende a alterar el estado de hecho existente antes de la petición de su dictado. Es decir que la misma, efectivamente altera la situación imperante y en otros casos va más allá "creando" una situación nueva o distinta a la existente"[14].

El caso bajo estudio, se trató –justamente– de un pedido de cautelar innominada configurativa de "tutela anticipada parcial", por quién invocó y acreditó la calidad de persona discapacitada.

Pero, cabe precisar a tal fin que "...las medidas cautelares como la que aquí nos ocupa cumplen la función de significar un anticipo asegurativo de la garantía jurisdiccional, para impedir que el derecho cuyo reconocimiento se pretende obtener por medio del proceso pierda virtualidad o eficacia hasta el pronunciamiento de la sentencia definitiva..."[15].

14 Zalazar, Claudia E. "Guía práctica para el ejercicio del derecho: Civil y Comercial", Tomo I, año 2011, Ed. Advocatus.

15 CNCiv., Sala A, 12/1/00, JA, fasc. n°. 6176, pág. 73 citado por Pablo Oscar Gallegos Fedriani en "Derecho Procesal Administrativo, Tomo I, pág. 730, Ed. Hammurabi SRL, Bs. As., año 2004

Al respecto, prestigiosa doctrina ha señalado que "la referida tutela anticipada se motoriza mediante el despacho de una cautelar innovativa a la que se le reconoce idoneidad para adelantar –siempre y cuando concurran plurales y exigentes recaudos–, la satisfacción de lo pretendido por la actora sin que ésta todavía hubiera obtenido una cosa juzgada favorable"[16].

En consecuencia, podemos decir que existe una íntima conexión entre el "proceso cautelar" y "la tutela anticipada", ya que, como se puede verificar en el caso, esta última se canalizó y se hizo efectiva, a través de una medida cautelar innovativa.

Por otro lado, sabido es que la tutela anticipada ha sido autorizada en el célebre caso "Camacho Acosta"[17], donde se resaltó la necesidad de extremar los recaudos al valor la procedencia de la medida cautelar innominada. Así, la Corte precisó que es "una decisión excepcional[18] porque altera el estado de hecho o de derecho existente al tiempo de su dictado, y es configurativa de un anticipo de jurisdicción favorable respecto del fallo final de la causa[19].

Asimismo, puso de relieve que el anticipo de jurisdicción que le incumbe a los tribunales al examinar ese tipo de medidas cautelares, jamás importa una decisión definitiva sobre la pretensión concreta del demandante pero sí lleva ínsita una evaluación del peligro de permanencia en la situación actual que padece. En otras palabras, el otorgamiento del despacho cautelar requerido, en nada empece al fondo de la cuestión, cuya consideración en su totalidad solo podrá ser efectuada, una vez concluido con el proceso en su totalidad.

Ahora bien, en el caso analizado, el máximo tribunal entendió que frente a la situación de discapacidad padecida por la actora, la no concesión del correspondiente equipamiento ortopédico de ayuda motriz, hasta el dictado de la sentencia definitiva, podría ocasionarle mayores daños a los ya soportados.

En este sentido, comparto lo resuelto por la CSJN al conceder a la parte actora, el equipo ortopédico necesario para que la persona con discapacidad pueda movilizarse -en forma independiente- a través de una silla de ruedas motorizada. Lo cual implica, por un lado, garantizar la realización del principio de autonomía personal, y por el otro, el reconocimiento del derecho a la salud y la dignidad sin discriminación.

Ahora bien, y siguiendo con el análisis de la admisión de la medida cautelar, vemos cuales fueron recaudos que tuvo en cuenta el máximo tribunal para proveer su despacho de manera favorable a la peticionante.

2. Recaudos de procedencia del despacho cautelar anticipado

Para conceder la medida cautelar innovativa solicitada, la CSJN consideró que se encontraban configurados dos requisitos esenciales: la verosimilitud del derecho y el peligro en la demora.

a) Verosimilitud del derecho

Destacada jurisprudencia ha resulto "estando en juego derechos humanos fundamentales tales como el derecho a la vida y a la integridad física, la verosimilitud del derecho,

16 Peyrano, Jorge W., "Tendencias pretorianas en materia cautelar" en Peyrano, Jorge W. (Director), Medidas Cautelares, Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2010, T. I, pág. 68.

17 CSJN en autos "Camacho Acosta, Maximino c/ Grafi Graf SRL. y otros" de fecha 7/8/1997. Fallos 320:1633.

18 Refuerza el criterio de excepcionalidad en la procedencia de esta medida, al sostener que "es de la esencia de esos institutos procesales de orden excepcional enfocar sus proyecciones -en tanto dure el litigio- sobre el fondo mismo de la controversia, ya sea para impedir un acto o para llevarlo a cabo, porque dichas medidas precautorias se encuentran enderezadas a evitar la producción de perjuicios que se podrían producir en caso de inactividad del magistrado y podrían tornarse de muy dificultosa o imposible reparación en la oportunidad del dictado de la sentencia definitiva" (Fallos: 330:1261).

19 CSJN en autos "Obra Social Para La Actividad Docente (O.S.P. L.A.D.) C/ Buenos Aires, Provincia De S/Acción Declarativa De Inconstitucionalidad" de fecha 22/12/2008, Fallos: 331:2889, entre otros.

como requisito de la medida cautelar, se refiere a la posibilidad de que el derecho exista y no a una incontestable realidad que sólo se logrará al agotarse el trámite procesal del juicio respectivo. El análisis e interpretación de la pretensión debe ser flexible, en tanto no se trata de una cuestión crematística o patrimonial"[20].

Es decir, si bien estamos ante una medida cautelar de carácter excepcional -lo cual obliga al juez a ser más riguroso al analizar los requisitos de su procedencia- no debe perderse de vista que, en casos como el presente en donde el objeto último de la acción está dirigido a la protección de la salud de una persona con discapacidad, esa exigencia debe ser menos rigurosa que en otros, dadas las consecuencias dañosas que podría traer aparejada la demora en satisfacer la prestación como la que en el caso se reclama. Esto implica, también, que el juez deba ponderar el eventual perjuicio que podría generar para la persona con discapacidad la espera sin el correspondiente equipo ortopédico hasta el dictado de la sentencia definitiva.

Así lo resolvió el alto cuerpo al señalar que "...en el estrecho marco de conocimiento que ofrece el estudio de la cuestión, aparece con suficiente claridad que el mantenimiento de la situación padecida por la actora sin el correspondiente equipamiento ortopédico de ayuda motriz podría generar, en las excepcionales y particulares circunstancias que se verifican en virtud de su condición, mayores daños, que deben ser evitados".

b) Peligro en la demora

Respecto de este requisito, se ha señalado que se trata en realidad, del "periculum in damni", esto es, que con la demora se provoque o acentué un daño[21].

Sin embargo, entiendo que la naturaleza misma de los derechos involucrados –y que fueran relacionados precedentemente–, sumado a la trascendencia del aparato ortopédico para el mejor desarrollo de la persona con discapacidad en su ámbito familiar y social, y la demora que insumiría el desarrollo integral del proceso, constituían fundamento suficiente para que el tribunal tuviera por acreditado tal recaudo.

La CSJN en el caso preciso que "...el peligro en la demora aparece en forma objetiva en tanto la situación de discapacidad y la necesidad de cuidados que la peticionaria padece requiere el dictado de decisiones que resguarden los derechos por ella invocados hasta tanto exista la posibilidad de dirimir los puntos debatidos y de esclarecer los derechos que cada una de las partes aduce"[22].

Considero que este requisito, debe ser considerado con suma cautela en cada caso planteado, ya que se encuentra inescindiblemente unido a la posibilidad de reparación del daño causado. Por ello, entiendo que el anticipo de jurisdicción -en la mayoría de los casos- se agota en los supuestos en que la salud y por ende la vida, se encuentren en peligro cierto e inminente de ser vulnerados.

Conclusiones

De un estudio integral del resolutorio en análisis, surge que la persona con discapacidad se encontraba en situación de perjuicio irreparable si no se arbitraba la cautelar anticipatoria que ordenará la provisión del correspondiente equipo ortopédico. Con el fin de proteger su salud y su dignidad, el tribunal tuvo especialmente en mira su situación de "discapacidad" y "la necesidad de cuidados especiales" que la persona en la práctica demandaba.

20 CNFed. Civ. y Com., Sala III, 28/8/2008, "Stegman, Brian Gunther Oscar c/ Dirección de Ayuda Social para el Congreso de la Nación", DJ, 2003-3-1181.

21 Cámara Civil y Comercial de 4ta. Nominación, "P.B., G. T. C. Swiss Medical Groop – Amparo", sentencia nº. 157, de fecha 21/5/2019.

22 Cfr. Fallos 320:1633.

Por todo ello, entiendo que la sentencia analizada efectúa un gran aporte a la jurisprudencia, al reforzar la admisión de la tutela preventiva en materia de derecho a la salud de las personas en condiciones de vulnerabilidad.

De este modo, celebro y comparto la forma en que la Corte, ponderando esencialmente los intereses que se encontraban implicados, recepta la tutela anticipada como herramienta –necesaria y esencial– de prevención de mayores daños a los ya padecidos por la persona con discapacidad.

En otras palabras, el tribunal optó por la tutela judicial efectiva del derecho a la salud y la dignidad de la persona discapacitada, ya que el adelanto de jurisdicción en él caso tuvo como fin remediar el agravio padecido por la actora. Especialmente tuvo en cuenta que se trataba de una persona que había padecido graves daños en virtud de una supuesta mala praxis que le habría ocasionado su condición de discapacitada.

Así se pregona que "nuestros jueces deben hacer uso de estos medios a fin de conjurar rápidamente verdaderas situaciones de injusticia que, de tener que mantenerse durante el transcurso de un litigio, harían mucho más gravosa la situación de una de las partes, y eventualmente, volverían ilusoria la sentencia definitiva que debiera dictarse"[23].

Por otro lado, comparto lo dispuesto por la disidencia parcial del Dr. Rosatti al fundamentar su voto en la decisión comentada, pues con un criterio progresista de los derechos de las personas en condiciones de vulnerabilidad, resaltó la necesidad de garantizar el acceso a la justicia de las personas con discapacidad como un derecho esencial que –también– debe ser reconocido.

De esta forma, el juez deja abierto el debate para que en futuros pronunciamientos se replantee la posibilidad de que las personas en condiciones de vulnerabilidad, puedan acceder a un único tribunal para reclamar todo lo relativo al mismo hecho padecido, lo cual evitaría –entre otras cuestiones– una mayor mortificación que la que su propio estado ya le ocasiona.

Situándonos en este marco, se concluye que la sentencia analizada, aporta elementos significativos que nos permiten sostener que el fallo es un ejemplo de resolución que dicen más que otras o que tiene un mayor alcance. Ello en cuanto, el resolutorio tuvo especialmente en mira, por un lado, brindar al justiciable –persona con discapacidad– una respuesta rápida y efectiva que reconociera los derechos que se encontraban vulnerados –salud y dignidad–y, por el otro, prevenir o mitigar el daño irreparable que hubiera podido originar el paso del tiempo hasta el dictado de la resolución definitiva de la causa.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

• ARAZI, Roland (2016): "Hacia un nuevo Código Procesal Civil y Comercial", en La Ley Online, Cita Online: AR/DOC/2924/2016.

• BARACAT, Edgar J. (2015): "Herramientas procesales para la prevención del daño en el nuevo Código Civil y Comercial", en La Ley Online, Cita Online: AR/DOC/2143/2015.

• BERIZONCE, Roberto O. (2019): "Retardo de justicia. ¿Un mal que puede ser mitigado?, en La Ley Online, Cita Online: AR/DOC/761/2019.

23 Pezza, Mariela, "Reflexiones sobre el caso "Olivo" de la Corte Suprema", en La Ley Online, Cita Online: AR/DOC/939/2019, pág. 2.

• GALDÓS, Jorge M. (2017): “Responsabilidad civil preventiva. Aspectos sustanciales y procesales”, en La Ley Online, Cita Online: AR/DOC/2479/2017
• MARTÍ DE MINUTELLA, Estela R. (2019): “Bibliografías y Comentarios”, en RDLSS 2019-4, Cita Online: AR/DOC/1066/2019.
• PEYRANO, Jorge W., (2001): "El perfil deseable del juez civil del siglo XXI" en JA, 2001-IV-863.
• PEYRANO, Jorge W. (2004): "La acción preventiva", Bs. As., Editorial LexisNexis – AbeledoPerrot.
• PEYRANO, Jorge W. (2018): "Acerca de la autonomía de la tutela anticipada de urgencia", Bs. As., Editorial LexisNexis – AbeledoPerrot.
• PEYRANO, Jorge W., (2010) “Tendencias pretorianas en materia cautelar” en Peyrano, Jorge W. (Director), Medidas Cautelares, Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, T. I.
• PEYRANO, Jorge W., (2018): “Lo urgente y lo cautelar: diferencias y concidencias”, en SJA 13/2/2019, 3. JA 2019-I,3, Cita online: AR/DOC/3760/2018.
• PEZZA, Mariela (2019): “Reflexiones sobre el caso "Olivo" de la Corte Suprema”, en La Ley Online, Cita Online: AR/DOC/939/2019.
• TAWIL, Guido Santiago (2015): “Exigibilidad frente al Estado del deber de prevención del daño”, en La Ley Online, Cita Online: AR/DOC/3280/2015.
• URBINA, Paola A. (2019): “El derecho a la prevención en materia de discapacidad”, en La Ley Online, Cita Online: AR/DOC/174/2019.
• ZALAZAR, Claudia E. (2011): “Guía práctica para el ejercicio del derecho: Civil y Comercial”, Tomo I, Córdoba, Ed. Advocatus.

Corte Suprema de Justicia de la Nación
Causa: Gómez, Lucía Nélida y otro s/ amparo.

Buenos Aires, 13 de noviembre de 2018

Vistos los autos: "Recurso de hecho deducido por Lucía Nélida Gómez y Braian Gabriel Flores en la causa Gómez, Lucía Nélida y otro s/ amparo", para decidir sobre su procedencia.

Considerando:
1°) Que Lucía Nélida Gómez y su nieto Braian Gabriel Flores, con el patrocinio letrado de la Defensora de Pobres y Ausentes, promovieron acción de amparo contra la Provincia de Río Negro, el Instituto de Planificación y Promoción de la Vivienda (en adelante, "el Instituto" o "I.P.P.V.") y la Municipalidad de Viedma, con el objeto de que se ordenara la realización urgente de las reparaciones necesarias en la unidad habitacional, la que ocupan como consecuencia del "riesgo cierto, actual e inminente" de colapso de techos y electrificación de paredes. Argumentaron que ocupan la vivienda en razón de ser la señora Flores adjudicataria de la unidad construida por el Instituto y que las gravísimas deficiencias que esta presenta comprometen el derecho a la vivienda digna y ponen en riesgo la salud y la vida de quienes la habitan (la señora Gómez y sus nietos a cargo Braian Gabriel Flores y Lucas Jesús Flores). Citaron el art. 14 bis de la Constitución Nacional, diversas disposiciones de tratados internacionales de derechos humanos con jerarquía constitucional (art. 75 inc. 22) e invocaron jurisprudencia de esta Corte y del Superior Tribunal de Justicia de la provincia.

RIESGO HABITACIONAL DE PERSONAS VULNERABLES Y SU IMPACTO EN EL DERECHO A LA SALUD: LA CONDUCTA OMISIVA DEL ESTADO PROVINCIAL

HOUSING RISK OF VULNERABLE PEOPLE AND THE IMPACT ON THE RIGHT TO HEALTH: THE OMISSIVE CONDUCT OF THE PROVINCIAL STATE

Andrés Oscar De Cicco[1]

RESUMEN:
La Corte Suprema de Justicia de la Nación revocó la sentencia dictada por el máximo tribunal de la provincia de Río Negro, que había desestimado una acción de amparo por improcedente, y que fuera oportunamente promovida por una abuela en representación de sus dos nietos a cargo, uno de ellos menor de edad y otro con discapacidad. El quid de la cuestión radica en la conducta omisiva por parte del Estado Provincial ante la existencia de un riesgo habitacional cierto de personas en situación de especial vulnera-

1 Abogado (Universidad Nacional de Córdoba, Argentina); Escribano (Universidad Empresarial Siglo 21, Argentina); Máster en Gobernanza y Derechos Humanos (Universidad Autónoma de Madrid, España); Adscripto de la cátedra de Derecho Internacional Público (Universidad Nacional de Córdoba, Argentina). Correo electrónico: andres_decicco@hotmail.com – ORCID iD: https://orcid.org/0000-0001-7833-6266.

2°) Que el juzgado de primera instancia hizo lugar a la acción y ordenó al Poder Ejecutivo que, a través del "I.P.P.V." o del organismo que correspondiese, realizara en el plazo de treinta días las reparaciones que fueran necesarias para que la vivienda reúna condiciones de habitabilidad suficientes para evitar "el riesgo en la vida y la salud de quienes en ella habitan" (fs. 111 vta.). Apelada la decisión por el Poder Ejecutivo local, el Superior Tribunal de Justicia la revocó por considerar que la vía del amparo no era procedente.
La corte local consideró decisivo para fundar el rechazo de la vía del amparo el hecho de que "idéntico objeto ya se encontraba planteado por los accionantes desde el año 2011 en las actuaciones caratuladas 'Gómez, Lucía Nélida s/ oposición a la ejecución de reparaciones urgentes' (Expte. N° 0259/11/J1) [...] donde también se reclamó la reparación de la vivienda" (fs. 176/176 vta.). Agregó que del informe técnico realizado en nombre del I.P.P.V. por el Ing. Claudio A. Diez en los autos recién referidos surgiría que "los plazos legales de garantía se encontrarían vencidos y que los problemas de mantenimiento de cada unidad funcional deberían ser solucionados por cuenta y cargo de los condóminos de la columna de departamentos, sumado a que de las constancias obrantes en aquellos autos (fs. 183/188) se alude [sic] a un eventual incumplimiento de las obligaciones asumidas por los propios accionantes, circunstancias todas ellas que merecen mayor amplitud de debate y prueba para su dilucidación en aquella causa [el expte. N° 0259/11/J1]" (fs. 176 vta., énfasis añadido).
Contra esa decisión los actores interpusieron recurso extraordinario federal (fs. 184/195 vta.) que, denegado por ausencia de sentencia definitiva (fs. 210/213), dio origen a la presente queja.
3°) Que el recurso extraordinario ha sido mal denegado. En efecto, si bien como principio las resoluciones que rechazan la vía del amparo no constituyen sentencia definitiva (Fallos: 311:1357; 330:1076, 4606; entre muchos otros), en el caso la sentencia apelada resulta equiparable a definitiva en tanto resolvió la cuestión de fondo de un modo que impide su replanteo en un proceso ulterior (Fallos: 330:3836; 335:361; entre otros).
4°) Que el análisis de la causa n° 0259/11/J1, a la que se refirió el Superior Tribunal para fundar el rechazo de la acción, muestra que ella tenía por finalidad hacer cesar la oposición de los ocupantes de dos departamentos adyacentes a que se realizaran las reparaciones necesarias para evitar daños a la unidad que ocupan los actores

.....

bilidad, violando derechos básicos consagrados constitucionalmente y normativa internacionalmente ratificada por nuestro país, como son el derecho a una vivienda digna, el derecho a la salud y a la integridad física.

ABSTRACT:
The Supreme Court revoked the sentence passed by the highest court of the province of Río Negro, which had dismissed an appeal of protection, promoted by a grandmother on behalf of her grandchildren in charge, one of them minor and another with a disability. The heart of the matter lies in the omission imputable to the Provincial State in the presence of a certain housing risk of people in a situation of special vulnerability, violating basic rights constitutionally established and internationally ratified by our country, such as the right to decent housing, the right to Health and physical integrity.

Palabras Claves: Conducta omisiva del Estado; derechos humanos; derecho a la vivienda digna; derecho a la salud; discapacidad.

Key Words: State´s omission; Human rights; Right to decent housing; Right to health; disability.

I. Introducción

A continuación se procederá a realizar el análisis concreto del fallo *"Gómez Lucía Nélida y otro s/ amparo"* dictado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación el día 13 de noviembre de 2018.
Los derechos humanos que nuestra Constitución Nacional ha reconocido y receptado

y que ha sido tenida por finalizada por el juez interviniente, sin que se haya podido obtener resultado práctico alguno (fs. 198/199).
De este modo, la sentencia apelada en la presente causa considera que se requiere mayor amplitud de debate y prueba respecto de circunstancias que, según se afirma, deben ser dilucidadas en una causa que ya ha finalizado, en la que no fueron parte —ni podían serlo, a estar a los términos del art. 623 ter del Código Procesal local— el Estado provincial ni el I.P.P.V. y que no tenía —ni podía tener— por objeto dilucidar el alcance de las obligaciones de estos últimos respecto del derecho que los actores invocan en estos autos. De este modo, nada hay que pueda ser objeto de "dilucidación" en la causa a la que remite, en definitiva, la sentencia apelada como fundamento para rechazar el amparo.
5°) Que en lo que hace a la cuestión de fondo la sentencia apelada resulta descalificable en los términos de la doctrina sobre arbitrariedad de sentencias. En primer lugar, la decisión se apoya en la existencia de otra causa —que persigue técnicamente un objeto diverso y que involucra sujetos procesales distintos— para considerar que existen vías alternativas al amparo y, por ello, excluir su procedencia, sin advertir que dicha causa (que tramitó como "oposición a la ejecución de reparaciones urgentes") no es un cauce procesal apto para debatir los derechos aquí invocados (derecho a la vivienda digna, a la salud y a la vida de los actores). Así, según la norma local citada (art. 623 ter del Código Procesal) ese tipo de causa solamente puede ser iniciada contra el "ocupante" de un inmueble cuyos deterioros o averías dañan a otro, carácter que obviamente no revestían ni el Estado provincial ni el Instituto, no tiene forma de juicio y solamente busca vencer la oposición que pueda haber a que se efectúen reparaciones urgentes.
Asimismo, la sentencia del Tribunal Superior se funda en el informe técnico de un ingeniero del Instituto, acompañado a la otra causa, que considera la hipótesis de un eventual vencimiento de los plazos legales de garantía. No obstante, a fs. 97 el Instituto expresamente invocó encontrarse exceptuado de las normas del Código Civil y Comercial de la Nación en materia de responsabilidad civil, sin mencionar norma local alguna que lo eximiera de responsabilidad o limitara SU responsabilidad por los vicios o la ruina de la vivienda que

de los instrumentos internacionales, han sido con el fin de lograr su plena efectividad y aplicabilidad, es decir que sean operativos y no queden como meras declaraciones.
El presente artículo tiene como finalidad arrojar un tanto de luz sobre los fundamentos utilizados por la Corte para fallar de la forma en que lo hizo, como así también, determinar el alcance de las diferentes fuentes aplicables que regulan el derecho de acceso a una vivienda digna y adecuada, y el deber de protección de los grupos o sectores especialmente vulnerables, como lo son los menores o las personas con alguna discapacidad, por parte del Estado nacional o provincial y que repercuten directamente en el ejercicio y goce de otros derechos fundamentales, como es el derecho a la salud.

II. Reseña del fallo

A raíz del deterioro y las gravísimas deficiencias que presentaba ediliciamente la vivienda ocupada por la Sra. Gómez y sus dos nietos a cargo, uno menor de edad y otro con una incapacidad laboral parcial y permanente del 76% de la total, decidieron recurrir a la justicia a los fines de que se ordenara la reparación urgente de la unidad habitacional atento a un riesgo cierto e inminente de derrumbe del techo y electrificación de paredes, afectando el derecho a la vivienda digna y poniendo en riesgo la salud y la vida de quienes la habitan. Por tal motivo, interpusieron una acción de amparo en contra de la Provincia de Río Negro, el Instituto de Planificación y Promoción de la Vivienda (en sus siglas I.P.P.V, encargado de la construcción de la vivienda), y la Municipalidad de Viedma.
En primera instancia, los actores obtuvieron un pronunciamiento favorable a su reclamo, donde se condena al Poder Ejecutivo Provincial, a través del I.P.P.V o quien correspon-

construyera el Instituto y habita la actora. Tampoco invocó norma alguna que fijara un plazo de garantía distinto al de la normativa nacional. Además, cabe señalar —tal como lo hizo la jueza de primera instancia— el comportamiento contradictorio que observó el Instituto en la causa, entidad que no resistió la pretensión de la actora en sus presentaciones iniciales —en las que incluso efectuó propuestas de planes de trabajo para realizar las reparaciones requeridas (fs. 42, 67, 73, 79/80)— pero luego pretendió cuestionar la procedencia de la acción al cambiar sus autoridades (fs. 96/99 y 101).

En tales condiciones, las garantías constitucionales invocadas guardan relación directa e inmediata con lo resuelto por el a quo (art. 15, ley 48) y corresponde descalificar la sentencia apelada como acto jurisdiccional válido.

6°) Que, finalmente, corresponde que esta Corte se aboque a la resolución del fondo del asunto (art. 16, ley 48) en tanto la causa presenta una honda problemática social, ha transcurrido ya un largo tiempo desde el inicio de las acciones y se encuentran en juego los derechos a la integridad física, a la salud y a la vivienda digna, cuya tutela no admite —en las particulares circunstancias de la causa— demoras adicionales.

Los actores son una mujer separada, de 62 años de edad a la fecha de la promoción de la acción, de ocupación empleada doméstica, y su nieto discapacitado, quien padece un tipo de "retardo mental" con "aislamiento social" y "trastornos de conducta" que determinan una incapacidad laboral parcial y permanente del setenta y seis por ciento (76%) de la total (certificado médico oficial a fs. 3). El grupo familiar que reside en la vivienda se integra, además, con otro nieto de la actora (a su cargo también por fallecimiento prematuro de Sandra Noemí Flores, hija de la señora Gómez y madre del coactor Braian Gabriel Flores y de Lucas Jesús Flores; certificado de defunción a fs. 5) y cuenta con recursos económicos muy escasos (informes a fs. 38/39 y 53). Ante este cuadro de situación, la postergación de la resolución de fondo podría comprometer de modo irreparable los derechos constitucionales en juego.

7°) Que de las constancias de la causa surge que la unidad que habitan los actores es de propiedad del Instituto, en tanto la señora Gómez es únicamente preadjudicataria de la vivienda (fs. 42 de estos autos y fs. 183 de la

---

diese, a llevar a cabo las reparaciones pertinentes para recuperar la condición de habitabilidad de la vivienda. Al ser apelada la sentencia, el Superior Tribunal de Justicia de Rio Negro revoca la decisión del a quo considerando que la vía del amparo no era procedente, atento a existir una causa iniciada con anterioridad, con idéntico objeto y en la cual la Sra. Gómez era parte; el Máximo Tribunal Provincial consideró que se necesitaba de "mayor amplitud de debate y prueba" que deben ser dilucidadas, teniendo en cuenta la causa anterior para resolver el conflicto. Esta decisión motiva la interposición por parte de los actores de Recurso Extraordinario Federal, que denegado atento a la ausencia de sentencia definitiva, dio origen al recurso de queja, generando la intervención de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la resolución de la controversia.

Finalmente, el Máximo Tribunal de nuestro país declaró procedente la queja y el recurso extraordinario, y decide sobre el fondo revocando la sentencia apelada y haciendo lugar a la demanda inicial. Por un lado, la Corte expresó que el recurso extraordinario fue mal denegado en virtud de que pese a que la sentencia que rechaza una acción de amparo no configura sentencia definitiva, en este caso si lo es ya que el Superior Tribunal de Río Negro resolvió la cuestión de fondo causando un agravio directo a los actores imposibilitando un proceso ulterior. Asimismo, la Corte calificó de arbitraria la sentencia del Superior Tribunal, ya que la causa anterior alegada como sustento del rechazo de la acción de amparo se encontraba finalizada y perseguía otro objeto con pretensiones totalmente diferentes y los sujetos procesales eran distintos.

Por el otro lado, y para finalizar, la Corte Suprema de Justicia de la Nación lejos de devolver la causa para que sea nuevamente juzgada, resolvió sobre el fondo, y entendió que atento a la problemática social que el caso representa; dado el tiempo transcurrido

causa n° 0259/11/J1), y que existe un, riesgo habitacional cierto. Los informes técnicos obrantes tanto en estos autos como en la causa n° 0259/11/J1 dan cuenta del estado de inhabitabilidad del inmueble, con peligro para la integridad física de las personas ante la posible "electrificación" de las paredes en razón de los deterioros que fundan el reclamo y el riesgo cierto de colapso de techo (fs. 11, 16 y 56 de estos autos y 11 y 106/112 de los autos n° 0259/11/J1). En tales condiciones, la conducta omisiva del Estado provincial vulnera los derechos constitucionales invocados por los recurrentes.
Por ello, se declaran procedentes la queja y el recurso extraordinario, se revoca la sentencia apelada y se hace lugar a la demanda (art. 16, ley 48). Con costas. Notifíquese, agréguese la queja al principal y, oportunamente, devuélvase.

Recurso de queja interpuesto por Lucía Nélida Gómez y Braian Gabriel Flores, con el patrocinio letrado de la Dra. Marta G. Ghianni.
Tribunal de origen: Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Río Negro.
Tribunal que intervino con anterioridad: Juzgado Civil, Comercial y de Minería n° 3 de la Primera Circunscripción Judicial de la Provincia de Río Negro.

desde el inicio de las actuaciones; teniendo en cuenta los derechos que están en juego (derecho a la integridad física, a la salud y a la vivienda digna); y considerando que el riesgo habitacional para los moradores es cierto conforme así constataba en los informes técnicos obrantes en autos, no se puede incurrir en mayores dilaciones. Al respecto, la Corte sostuvo expresamente "(..) Ante este cuadro de situación, la postergación de la resolución de fondo podría comprometer de modo irreparable los derechos constitucionales en juego (..)".

III. El vínculo entre el derecho a una vivienda digna y adecuada y el derecho a la salud

Tanto el derecho a una vivienda digna y adecuada como el derecho a la salud constituyen ambos derechos humanos fundamentales, entendidos como aquellos que son inherentes a todos los seres humanos por su condición de tal, sin distinción y discriminación alguna. Estos derechos se caracterizan por estar interrelacionados, ser interdependientes e indivisibles.
El derecho a una vivienda digna y adecuada configura un derecho humano, que más allá de tener su expreso reconocimiento en nuestra Carta Magna, en el art. 14 bis, aparece plasmado en el art. 25 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948[2] , en el art. 11.1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) de 1966[3], ratificado por nuestro país en el año 1986, y en el art. XI de la Declaración

2 "Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios; tiene asimismo derecho a los seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, viudez, vejez u otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad".

3 "Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia, incluso alimentación,

Americana de los Derechos y Deberes del Hombre[4]. El derecho internacional de los derechos humanos contempla el derecho que tiene toda persona a tener un nivel de vida adecuado y, en ese marco, a disponer de una vivienda adecuada. Por su parte, el Comité de las Naciones Unidas de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (de ahora en más "el Comité") plantea claramente que se debe tener en cuenta ciertos factores a los fines de considerar una vivienda como "adecuada", y entre ellos menciona la condición de "habitabilidad". Al respecto dice:

> *"Una vivienda adecuada debe ser habitable, en el sentido de poder ofrecer espacio adecuado a sus ocupantes y de protegerlos del frío, la humedad, el calor, la lluvia, el viento u otras amenazas para la salud, de riesgos estructurales y de vectores de enfermedad. Debe garantizar también la seguridad física de los ocupantes"*.

Y sigue,

> *"el Comité exhorta a los Estados Partes a que apliquen ampliamente los Principios de Higiene de la Vivienda, preparados por la OMS (Organización Mundial de la Salud), que consideran la vivienda como el factor ambiental que con más frecuencia está relacionado con las condiciones que favorecen las enfermedades en los análisis epidemiológicos; (...) una vivienda y unas condiciones de vida inadecuadas y deficientes se asocian invariablemente a tasas de mortalidad y morbilidad más elevadas"*[5].

El derecho a la salud, por su parte, configura otro derecho humano con raigambre constitucional en nuestro país, que a partir de la última reforma del año 1994 ha sido receptado en diferentes articulados de nuestra Carta Magna[6], en algunos de forma indirecta; también en los tratados internacionales de derechos humanos que fueron incorporados a la Constitución[7]; y en los diferentes fallos que la Corte Suprema de Justicia de la Nación se ha pronunciado[8].

Como expresé anteriormente, los derechos humanos guardan una suerte de conexión e interdependencia, de modo tal que vulnerar un derecho humano determinado puede acarrear consecuencias en el goce y disfrute de otro y viceversa. Siguiendo esta línea de pensamiento, el Comité interpreta el derecho a la salud como un "derecho inclusivo" que abarca no sólo la atención de la salud oportuna y apropiada sino los principales fac-

vestido y vivienda adecuados, y a una mejora continua de las condiciones de existencia. Los Estados Partes tomarán medidas apropiadas para asegurar la efectividad de este derecho, reconociendo a este efecto la importancia esencial de la cooperación internacional fundada en el libre consentimiento.

4 "Toda persona tiene derecho a que su salud sea preservada por medidas sanitarias y sociales, relativas a la alimentación, el vestido, la vivienda y la asistencia médica, correspondientes al nivel que permitan los recursos públicos y los de la comunidad.

5 OFICINA DEL ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS – OACNUDH (1991): "Observación general Nro. 4: El derecho a una vivienda adecuada (párrafo 1 del art. 11 del Pacto)", Comité de las Naciones Unidas de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Tomado de: https://www.ohchr.org/SP/HRBodies/CESCR/Pages/CESCRIntro.aspx, fecha de consulta: 26.07.2019.

6 Art. 14 bis: "(…)El Estado otorgará los beneficios de la seguridad social, que tendrá carácter de integral e irrenunciable. En especial, la ley establecerá: el seguro social obligatorio(…)".

Art. 33: "Las declaraciones, derechos y garantías que enumera la Constitución no serán entendidos como negación de otros derechos y garantías no enumerados; pero que nacen del principio de la soberanía del pueblo y de la forma republicana de gobierno".

Art. 41: "Todos los habitantes gozan del derecho a un ambiente sano, equilibrado, apto para el desarrollo humano y para que las actividades productivas satisfagan las necesidades presentes sin comprometer las de las generaciones futuras; y tienen el deber de preservarlo(…)".

Art. 42: "Los consumidores y usuarios de bienes y servicios tienen derecho, en la relación de consumo, a la protección de su salud,(…). Las autoridades proveerán a la protección de esos derechos(…)"

Art. 75, inc. 19: "Corresponde al Congreso… Proveer lo conducente al desarrollo humano, al progreso económico con justicia social(…)".

7 Art. 75, inc. 22. Otorga jerarquía constitucional al PIDESC que configura el derecho a la salud con un contenido y alcance más específico, Art. 12.

8 Como para mencionar algunos: Fallo 321:1684, 11/06/1998 "Policlínica Privada de Medicina y Cirugía S.A. c. Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires – Recurso de hecho s/ amparo"; Fallo 323:229, 24/10/2000 "Campodónico de Beviacqua, Ana Carina c/ Ministerio de Salud y Acción Social - Secretaría de Programas de Salud y Banco de Drogas Neoplásica s/ amparo"; Fallo 324:3571, 16/10/2001 "Monteserin, Marcelino c/ Estado Nacional - Ministerio de Salud y Acción Social - Comisión Nacional Asesora para la Integración de Personas Discapacitadas - Servicio Nacional de Rehabilitación y Promoción de la Persona con Discapacidad s/ amparo".

tores que determinan la salud como, entre otros, la vivienda adecuada[9]. De modo que la restricción del acceso a una vivienda digna y adecuada pude repercutir en el derecho a la salud y a la integridad física de forma directa; en contraposición, es imposible pensar un adecuado ejercicio y desarrollo del derecho a la salud si una persona no cuenta con derechos básicos satisfechos, entre ellos el de vivienda. Como ya sostuvo la Corte Suprema de Justicia de la Nación en fallos anteriores *"(...)un individuo que no tiene un lugar donde instalarse para pasar sus días y sus noches y debe deambular por las calles no sólo carece de una vivienda, sino que también ve afectadas su dignidad, su integridad y su salud, a punto tal que no está en condiciones de crear y desarrollar un proyecto de vida, tal como lo hace el resto de los habitantes"*[10].

IV. El derecho a una vivienda digna y los grupos vulnerables. Recepción nacional e internacional

A nivel local, la Constitución de la Nación es contundente cuando trata de tutelar derechos de grupos en situación de vulnerabilidad. En este sentido, el art. 75 inc. 23 en su primer párrafo establece que el Congreso Nacional deberá legislar y promover medidas de acción positiva a los fines de garantizar el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por la Constitución y los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos, en particular respecto de los niños y las personas con discapacidad, entre otros[11].
En el plano internacional, la Convención sobre los Derechos del Niño establece que los Estados Partes deberán adoptar las medidas que sean necesarias para asistir a padres u otras personas que estuvieran a cargo de ellos a los fines de que puedan tener un adecuado nivel de vida y, en el caso que sea necesario, proporcionarán asistencia material y programas de apoyo, particularmente en materia de nutrición, vestuario y vivienda[12].
En cuanto a personas con discapacidad, la Convención sobre los Derechos de Personas con Discapacidad es clara al considerar que los Estados Partes deben reconocer el derecho de las personas con discapacidad a un nivel de vida adecuado, no sólo para ellas sino para sus familias, lo que incluye alimentación, vestido y vivienda adecuados, y a la mejora continua de sus condiciones de vida; y deberán adoptar las medidas pertinentes para salvaguardar y promover el ejercicio de este derecho sin discriminación por motivos de discapacidad[13]. Asimismo, la Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad conmina a los Estados a adoptar medidas con el objetivo de eliminar progresivamente la discriminación y promover la integración por parte de las autoridades gubernamentales y/o entidades privadas en la prestación o suministro de bienes, servicios, instalaciones, programas y actividades, tales como la vivienda[14].

V. Obligación de los Estados a garantizar el derecho a una vivienda digna y adecuada

Los Estados a través de las ratificaciones de los tratados internacionales de derechos humanos están compelidos en cumplir y garantizar el pleno goce y ejercicio de los de-

9 OFICINA DEL ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS – OACNUDH (1991): "Observación general Nro. 14: El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (art. 12 del Pacto)", Comité de las Naciones Unidas de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Tomado de: https://www.ohchr.org/SP/HRBodies/CESCR/Pages/CESCRIntro.aspx, fecha de consulta: 26.07.2019.

10 CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, "Q.C.S.Y c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires y otro s/ Amparo" - Fallo: 335:453. 24/04/2012.

11 CONSTITUCIÓN DE LA NACIÓN ARGENTINA (1994). Art. 75, inc. 23.

12 CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO (1989). Art. 27.3. Aprobada por nuestro país mediante Ley 23.849 del 27 de septiembre de 1990.

13 CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD (2006). Art. 28.1. Aprobada por nuestro país mediante ley 26.378 del 21 de mayo de 2008.

14 CONVENCIÓN INTERAMERICANA PARA LA ELIMINACIÓN DE TODAS LAS FORMAS DE DISCRIMINACIÓN CONTRA LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD (1999). Art. 3.1. Aprobada por nuestro país mediante Ley 25.280 del 6 de julio de 2000.

rechos fundamentales en sus territorios. Cuando me refiero al derecho a una vivienda digna y adecuada, no quiero decir con ello que el Estado tenga la obligación de llevar a cabo un proyecto de construcción habitacional para toda la población, sino más bien, su obligación reside en concretar un plan que garantice las medidas necesarias para prevenir la falta de un techo teniendo en cuenta diferentes factores, y más aún, cuando se trata de personas en situación de vulnerabilidad.

De acuerdo al fallo detallado *supra*, nos encontramos frente a un caso de una mujer de 65 años, única preadjudicataria de una vivienda propiedad del I.P.P.V., con un riesgo habitacional cierto producto de la electrificación de paredes y posible colapso del techo, que a su vez cuenta con recursos económicos escasos, y con dos nietos a su cargo dado el fallecimiento de su hija: uno menor de edad y otro mayor de edad, quien cuenta con una discapacidad mental que determina una incapacidad laboral parcial y permanente del 76% de la total. Dicha situación nos muestra a las claras el estado de necesidad y vulnerabilidad en que viven los moradores. Frente a ello, la Corte Suprema de Justicia de la Nación fue terminante al considerar que hay una vulneración de derechos reconocidos constitucionalmente por parte del Estado Provincial como consecuencia de su conducta omisiva. La decisión arribada por el máximo tribunal provincial deja sin contenido a las normas constitucionales e internacionales que regulan el derecho humano a una vivienda digna y adecuada, el derecho a la salud y el derecho a la vida e integridad física; por ello se precisa de su actuación de manera inmediata, ya que de modo contrario, demoras adicionales o dilatar en el tiempo una posible solución es poner en peligro los derechos anteriormente mencionados.

Al momento de fallar, el Superior Tribunal de Río Negro toma en consideración lo alegado (en otra causa) por la empresa encargada de llevar adelante el proyecto habitacional en cuestión, que afirmaba que los plazos legales de garantía de las viviendas se encontrarían vencidos y que los problemas de mantenimiento deben ser soportados a cuanta y cargo de los dueños de las unidades. Al respecto cabe hacer una aclaración: es el Estado, nacional o provincial, quien debe amparar a aquellas personas que se encuentran en una situación de extrema necesidad ya que recae sobre éste una obligación positiva tanto de proteger como de realizar. En este sentido, el PIDESC expresamente establece que los Estados Partes se comprometen en adoptar, en la medida de recursos de que disponga, todas las medidas necesarias para asegurar la efectividad de los derechos reconocidos en el Pacto[15]. Por su parte, el Informe del Programa de Naciones Unidas para los Asentamientos Humanos (UN-HABITAT)[16] revela que los Estados tienen el deber no solo de evitar la injerencia de terceros que obstaculizan el ejercicio del derecho a una vivienda digna y adecuada (deber de protección), sino también de implementar medidas legislativas, administrativas, presupuestarias, judiciales o de promoción para la realización plena del derecho a una vivienda (deber de realizar); y agrega,

"los Estados también deben progresivamente y en la medida en que se lo permitan los recursos de que disponen … proporcionar la infraestructura física necesaria para que la vivienda sea considerada adecuada (este requisito abarca la adopción de medidas para asegurar el acceso universal y no discriminatorio a la electricidad, el agua potable, un saneamiento adecuado, la recogida de basuras y otros servicios esenciales); y asegurar … una vivienda adecuada a las personas o grupos que, por motivos fuera de su control, no pueden disfrutar del derecho a una vivienda adecuada"[17].

15 Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1966), Art.2.1.

16 OFICINA DEL ALTO COMISIONADO PARA LOS DERECHOS HUMANOS (2010): "El derecho a una vivienda adecuada", en Folleto Informativo Nro.21 (Rev.1), Ginebra.

17 Ibídem. pp. 35-36.

El Comité, en el marco del protocolo facultativo del PIDESC, fue claro al manifestar que la falta o escasez de recursos que puedan condicionar la adopción de medidas por parte del Estado, no modifica de ninguna manera el carácter inmediato de la obligación, de la misma forma que el hecho de que los recursos sean limitados no es justificación para directamente no adoptar medidas al respecto[18]; *"(...)los Estados Partes tienen el deber de proteger a los miembros o grupos más desfavorecidos y marginados de la sociedad aún en momentos de limitaciones graves de recursos, adoptando programas específicos de un costo relativamente bajo"*[19].
Con ello quiero decir que tanto las carencias presupuestarias como la finalización de los plazos legales de garantía, no constituyen presupuestos válidos a la hora de justificar el incumplimiento de la Constitución Nacional como de los tratados internacionales que fueron incorporados, más aún cuando están en juego derechos humanos de personas en clara situación de vulnerabilidad.

VI. A modo de conclusión

Resulta evidente el obrar omisivo por parte Estado provincial, sobre quien recae el deber de garantizar y efectivizar el derecho que tiene toda persona en acceder a una vivienda digna y que se encuentre en plenas condiciones para su habitabilidad, y que en relación al fallo analizado, está íntimamente vinculado con el derecho a la salud y la integridad física de las personas que allí viven, en especial, un menor y una persona con discapacidad. Resulta también claro, la situación de desamparo en que quedan los amparistas como consecuencia de que las autoridades provinciales omitieran cumplir con expresos mandatos de índole constitucional de derecho social, como con convenciones y tratados internacionales receptados por nuestro país. Atento los derechos fundamentales que están en juego y las evidencias que dan cuenta del estado de peligro e inhabitabilidad del inmueble, es preciso que se adopte una solución jurídica a las pretensiones de los actores lo antes posible.
Es necesario una colaboración activa por parte del Estado Provincial, es decir, la ejecución de acciones positivas en pos de garantizar la efectividad de los derechos humanos. Al respecto, considero importante remarcar lo que plantea el Comité en una de sus Observaciones Generales: *"(...)La obligación de los Estados Partes en el Pacto (es la) de promover la realización progresiva de los derechos correspondientes en toda la medida que lo permitan sus recursos disponibles exige claramente de los gobiernos que hagan mucho más que abstenerse sencillamente de adoptar medidas que pudieran tener repercusiones negativas para las personas con discapacidad"*. Y termina, *"(...)En el caso de un grupo tan vulnerable y desfavorecido, la obligación consiste en adoptar medidas positivas para reducir las desventajas estructurales y para dar el trato preferente apropiado a las personas con discapacidad, a fin de conseguir los objetivos de la plena participación e igualdad dentro de la sociedad para todas ellas. Esto significa en la casi totalidad de los casos que se necesitarán recursos adicionales para esa finalidad, y que se requerirá la adopción de una extensa gama de medidas elaboradas especialmente"*[20].

18 "Evaluación de la obligación de adoptar medidas hasta el "máximo de los recursos de que disponga" de conformidad con un protocolo facultativo del Pacto", del 21 de septiembre de 2007. Doc. ONU E/C.12/2007/1. DECLARACION DEL COMITÉ DE DERECHOS ECONOMICOS, SOCIALES Y CULTURALES DE LAS NACIONES UNIDAS, Sesión Nro. 38. Párr.4.

19 Ibídem.

20 Ibídem.

Corte Suprema de Justicia de la Nación
Causa: Y., M. V. y otro c/ IOSE s/ amparo de salud.

Buenos Aires, 14 de Agosto de 2018

Vistos los autos: "Y., M. V. y otro c/ IOSE s/ amparo de salud"

Considerando
1º) Que la sentencia de primera instancia hizo lugar a la acción de amparo interpuesta y condenó al IOSE a brindar a los actores la cobertura integral del tratamiento de fertiliza¬ción asistida (ICSI), incluyendo el 100% de los procedimientos y la criopreservación de embriones, de acuerdo con lo prescripto por el médico tratante hasta la consecución del embarazo (fs. 217/221)
2º) Que, apelada esa decisión por la demandada, a su turno, la Sala I de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Ci¬vil y Comercial Federal la confirmó en lo sustancial pero limitó a tres los procedimientos puestos a cargo del IOSE y a 18 meses el plazo para la crioconservación de embriones (fs. 251/252). Para resolver de esa forma el a quo consideró, en lo que interesa, que 1) el art.' 8°/ Anexo I, del decreto 956/2013 establece que "En los términos que marca la Ley N° 26.862, una persona podrá acceder a un máximo de CUATRO (4) tratamientos anuales con técnicas de reproducción médicamente asistida de baja complejidad, y hasta TRES (3) tratamientos de reproducción médicamente asistida con técnicas 'de.' alta complejidad, con in¬tervalos mínimos de TRES (3) meses entre cada uno de .ellos"; 2) la interpretación que proponía la actora, esto es que la norma¬tiva autoriza tres tratamientos anuales de alta complejidad, implicaba en la práctica dar un alcance

DERECHO A LA SALUD REPRODUCTIVA

RIGTH TO REPRODUCTIVE HEALTH

NADIA VIRGINIA COPELLO[1]

RESUMEN:
El derecho a la salud reproductiva tiene una relación directa con el derecho a la vida, encontrándose amparado por los tratados internacionales de derechos humanos. Es razonable que existan limitaciones a estos derechos, puesto que no son absolutos, pero estas restricciones deben ser razonables. En el caso que analizaremos, la Corte Suprema de Justicia de la Nación adopta una posición intermedia respecto del derecho a la salud reproductiva. Para ello, partiendo de la finalidad de la ley 26.862, esto es: *"garantizar el acceso integral a los procedimientos y técnicas médico-asistenciales de reproducción médicamente asistida"*[2] y, teniendo en cuenta los derechos en juego, resolvió en favor de la vigencia del derecho dentro de parámetros razonables.

1 Abogada, Universidad Nacional de Córdoba. Auxiliar Administrativo de la Defensoría Pública Oficial ante los Tribunales Federales de Primera y Segunda Instancia 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
Ley 26.862 de reproducción médicamente asistida, art. 1.

2 Ley 26.862 de reproducción médicamente asistida, art. 1.

casi ilimitado a la obli¬gación lo cual no resultaba compatible con el texto del decreto, con la naturaleza de la prestación y con la extensión reconocida anteriormente en otras jurisdicciones; 3) la demandada, pues, debía asumir un tratamiento, "toda vez que no existe controver¬sia en cuanto a que los actores se realizaron uno a cargo de la accionada con anterioridad a la promoción del amparo y otro como consecuencia de la medida cautelar". En cuanto a la cobertura de la criopreservación de embriones entendió que la demandada no podía eludir su cumplimiento ya que se trata de una práctica que la norma -cuya constitucionalidad no habia sido objetada- inclu¬ye en las "técnicas de alta complejidad". En cambio, advirtió que resultaba procedente el agravio relativo al alcance indeter¬minado de la cobertura por lo que, ante la ausencia de previsión legal, juzgó prudente establecer que la asunción de esa obliga¬ción no podía exceder de dieciocho meses en función de la natu¬raleza del tratamiento.

3o) Que, contra tal pronunciamiento la parte actora interpuso el recurso extraordinario de fs. 259/272, que fue par¬cialmente concedido a fs. 291/291 vta. y que, en esa medida, re¬sulta procedente en cuanto se ha puesto en tela de juicio la in¬terpretación de normas de carácter federal y la decisión apelada es contraria al derecho que la recurrente fundó en ellas (art. 14 de la ley 48).

Es apropiado recordar que, como lo ha puesto de re¬lieve en repetidas oportunidades, en la tarea de esclarecer la inteligencia de las normas federales, esta Corte no se encuentra limitada por los argumentos de las partes o del a quo, sino que le incumbe realizar una declaratoria sobre el punto disputado (Fallos: 307:1457; 315:1492; 330:2416, entre muchos otros) sin necesidad de abordar todos los temás propuestos sino aquellos que, sean conducentes para una correcta solución del caso (Fa¬llos: 301:970; 303:135; 307:951, entre muchos otros).

4°) Que, con arreglo a lo establecido en su primer artículo, la ley 26.862 "tiene por objeto garantizar el acceso integral- a -los procedimientos y técnicas médico-asistenciales de reproducción médicamente asistida". Á tal efecto, según el art. 2° de la norma, "se entiende por reproducción médicamente asis¬tida a los procedimientos y técnicas realizados con asistencia médica para la consecución de un embarazo. Quedan comprendidas las técnicas de baja y alta complejidad, que incluyan o no la donación de gametos y/o embriones...". La ley pone

ABSTRACT:

The right to reproductive health is directly related to the right to life, being protected by international human rights treaties. It is reasonable that there are limitations to these rights, since they are not absolute, but these restrictions must be reasonable. In the case we will analyze, the Supreme Court of Justice of the Nation adopts an intermediate position regarding the right to reproductive health. To do this, based on the purpose of Law 26.862, this is: “guaranteeing comprehensive access to medico-assistance procedures and techniques of medically assisted reproduction” and, taking into account the rights at stake, resolved in favor of the validity of the right within reasonable parameters.

Palabras Claves: Derecho a la salud; derechos sexuales y reproductivos; técnicas de reproducción humana asistida; cobertura médica integral; criopreservación de embriones.

Key Words: Rigth to heath; sexual and reproductive rights; assisted human reproduction techniques; comprehensive medical coverage; embryo cryopreservation.

I. Breve reseña del fallo

Ante el Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil y Comercial Federal N°7 se inició una acción de amparo con el objeto de requerir la cobertura integral del tratamiento de fertilización asistida (ICSI), a cargo de la obra social -en este caso IOSE- al 100%. Incluyendo los procedimientos y la criopreservación de embriones. En esta primera instancia, el juez condenó a la obra social a cubrir la totalidad de los procedimientos hasta la consecución del embarazo.

En contra de ella, la demandada apeló dicha resolución. La Cámara Nacional de Apela-

a cargo de un vasto- número de- agentes de salud que brindan a sus afiliados servicios médico-asistenciales, independientemente de la figura jurídica que posean,, "la cobertura integral e interdisciplinaria del abordaje, el diagnóstico, los medicamentos y las terapias de apoyo y los procedimientos y las .técnicas que la Organización Mundial de la Salud define como de reproducción médicamente asistida, los cuales incluyen: a la inducción de ovulación; la estimulación ovárica controlada; el desencadenamiento de' la ovu¬lación; las técnicas de reproducción asistida (TRA); y la inse¬minación intrauterina, intracervical o intravaginal, con gametos del cónyuge, pareja conviviente o no, o de un donante, según los criterios, que establezca la autoridad de aplicación...", e incluye "en el Programa Médico Obligatorio (PMO) estos procedimientos, así como los de diagnóstico, medicamentos y terapias de apoyo, con los criterios y modalidades de cobertura que establezca la autoridad de aplicación, la cual no podrá introducir requisitos o limitaciones que impliquen la exclusión debido a la orienta¬ción sexual o el estado civil de los destinatarios" (cfr. art. 8o).

Las expresiones transcriptas son suficientemente elo¬cuentes acerca del amplio alcance que el legislador ha querido otorgar a la cobertura de las prestaciones que aseguren el pleno ejercicio del derecho a la salud reproductiva al que esta Corte ha reconocido carácter fundamental por su íntima vinculación con el derecho a la vida (Fallos: 329:2552; 333:690; 338:779, entre otros). El único límite que la ley impone al respecto se vincula con aquellos procedimientos o técnicas no especificados en el propio texto normativo (conf. doctrina de Fallos: 338:779) o con aquellos que ' no hubieran sido aprobados por la autoridad de aplicación (art. 2o, último párrafo de la ley).

5o) Que, frente a esa conceptualización, y por las razones que a continuación se expondrán, resulta inconveniente la interpretación que la cámara efectuó de las disposiciones re¬glamentarias sobre cuya base concluyó que el acceso a las técni¬cas de reproducción asistida de alta complejidad se restringe a tres intervenciones en total. Convalidar tal inteligencia impor¬tarla admitir la validez de una reglamentación que conspira con¬tra los propósitos establecidos en la propia ley reglamentada al punto de desnaturalizar el derecho que ella consagra y que, como se ha mencionado líneas más arriba, tienen carácter fundamental.

ciones en lo Civil y Comercial Federal, confirmó parcialmente el resolutorio. Estableció dos límites a la cobertura dispuesta por el magistrado de la anterior instancia: 1) a un total de tres la cantidad de procedimientos de alta complejidad que debía asumir la obra social y, 2) a 18 meses el plazo para la crioconservación de los embriones.

No conforme con ello, la parte actora interpuso un recurso extraordinario federal abriendo la instancia ante el máximo tribunal de la Nación. La Corte, en su turno, adoptó una posición intermedia. Resaltó la importancia del derecho a la vida y su íntima relación con el derecho a la salud reproductiva, la finalidad de la normativa en cuestión e indicó que la reglamentación del ejercicio de derechos no puede, de manera alguna, ir contra el mismo derecho. En esta línea de ideas, entendió que adoptar una postura como la de la Cámara, limitando la cantidad de tratamientos a cargo de la Obra Social y estableciendo un plazo exiguo para la crioconservación de embriones, implicaría oponerse a la finalidad de la norma.

Es por ello que, la Corte Suprema decidió que la única interpretación admisible es la que habilita a los interesados a acceder a tres tratamientos “anuales” de reproducción médicamente asistida con técnicas de alta complejidad. Y con relación al plazo para la criopreservación entendió que la limitación temporal de 18 meses no era razonable, presentándose como insuficiente conforme el tratamiento médico prescripto.

En conclusión, el máximo tribunal revocó la resolución impugnada y remitió el caso al juzgado de origen a fin de que dicte una nueva sentencia conforme a sus consideraciones.

II. Técnicas de reproducción humana asistida

La reproducción asistida o fecundación artificial es el conjunto de técnicas o métodos biomédicos que facilitan o sustituyen los procesos naturales para concretar un embarazo.

El art. 8° del decreto 956/2013 prescribe -en lo per¬tinente- que "...En los términos que marca la Ley N° 26.862, una persona podrá acceder a un máximo 'de CUATRO (4) tratamientos anuales con técnicas de reproducción médicamente asistida de ba¬ja complejidad, y hasta TRES (3) tratamientos de reproducción médicamente asistida con técnicas de alta complejidad, con in¬tervalos mínimos de TRES (3) meses entre cada uno de ellos" Como surge de su texto, la única precisión que esta¬blece la norma reglamentaria con respecto a las técnicas de alta complejidad es 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 com-pleta del precepto posibilita despejar esa incógnita pues permi¬te 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 compleji¬dad 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 complejidad es solo producto de la utilización de un giro o recurso idiomàtico para evitar una in¬necesaria repetición de la palabra "anual".

6o) Que es oportuno mencionar que la autoridad de aplicación dictó el 2 de enero de 2017 la resolución MSN l-E/2017 mediante la cual definió varios aspectos reglados por el decreto 956/2013. En su art. 1º esa resolución prescribe que "para cada uno del total de TRES (3) TRATAMIENTOS DE REPRODUC¬CIÓN MÉDICAMENTE ASISTIDA CON TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN MÉDICAMENTE ASISTIDA DE ALTA COMPLEJIDAD (TRHA/AC) a los cuales cada paciente tiene derecho, quedarán incluidos los procedimientos médicos y etapas contempladas en (los anexos) … que forman parte integrante de la presente, a los efectos de lo dispuesto por el art, 8o, tercer párrafo, del Anexo al Decreto Reglamentario N° 956/13".

Dada la fecha de su emisión, la disposición adminis¬trativa transcripta no ha podido ser invocada por las partes de esta causa ni tomada en cuenta por los jueces intervinientes en sus pronunciamientos. Más allá de esa circunstancia, tampoco co¬rresponde hacer mérito de ella a los fines de desentrañar los alcances del decreto 956/2013 en orden a resolver la controver¬sia suscitada pues, en función de las razones expuestas en el

.....

Hay distintos tipos de reproducción asistida. En Argentina, la ley 26.862 regula el acceso a la reproducción humana médicamente asistida (RHMA), reconociendo dos tipos de tratamientos: los de baja (TRHA/BC) y de alta (TRHA/AC) complejidad. Para mayor entendimiento, el artículo 2 del decreto reglamentario define a las técnicas de baja complejidad como aquellas en las que la unión entre óvulo y espermatozoides se da en el interior del sistema reproductor femenino. Y en las de alta complejidad dicha unión se da por fuera del cuerpo de la mujer.

La ley 26.862 fue sancionada en el año 2013 y, junto a su decreto reglamentario Nº956/2013 y las resoluciones administrativas del Ministerio de Salud de la Nación, conforman un bloque normativo que tiene por objeto *"garantizar el acceso integral a los procedimientos y técnicas médico-asistenciales para lograr un embarazo"*[3].

Por su parte, el Código Civil y Comercial de la Nación reconoce como fuente de filiación aquellas que tienen lugar a raíz de técnicas de reproducción humana asistida en su artículo 558, para luego dedicarle un capítulo a reglas generales relativas a este tipo de filiación – artículos 560 a 564-[4].

La reglamentación prevé el "acceso integral" a estos procedimientos y los incluye dentro del Programa Médico Obligatorio (P.M.O.), quedando obligados a brindar dicha cobertura los agentes del sistema nacional, tales como las obras sociales, las empresas de medicina prepaga y todos aquellos agentes que brinden servicios médico asistenciales independientemente de la forma jurídica que posean. Asimismo, obliga al propio sistema de salud público a cubrir la prestación a quienes no posean otra cobertura de salud.

3 Ley 26.862 de reproducción médicamente asistida, art. 1.

4 Código Civil y Comercial de la Nación. Ley 26.994 (2014).

considerando anterior, si no resulta admisible bajo ningún punto de vista que la reglamentación desnaturalice los alcances del ejercicio de un derecho consagrado en la ley reglamentada, menos aún puede aceptarse que a ese resultado se llegue por aplicación de una regulación de rango inferior.
Se sigue de lo expuesto hasta aquí que la única in¬terpretación admisible de la reglamentación examinada, en conso¬nancia con los objetivos trazados por la ley 26.862, es la que habilita a los interesados a acceder a tres tratamientos "anua¬les" de reproducción médicamente asistida con técnicas de alta complejidad.
7o) Que, por lo demás, si bien es razonable que, ante la ausencia de previsiones legales, se determine judicialmente un plazo prudencial de subsistencia de la obligación de otorgar la cobertura de la crioconservación de embriones a cargo de los prestadores de servicios de salud -como juzgó la cámara-, esa determinación no puede constituir un obstáculo para la consecu¬ción del fin primordial que persigue el ordenamiento legal y su reglamentación -interpretados a la.luz del criterio expuesto an¬teriormente-, es decir, el pleno resguardo del ejercicio del de¬recho a la salud reproductiva. El exiguo lapso fijado por el a quo al efecto no satisface esa exigencia por lo que también la sentencia recurrida debe ser descalificada en este aspecto.
Por ello, habiendo dictaminado la señora Procuradora Fiscal subrogante, se declara procedente el recurso extraordinario y se deja sin efecto la sentencia apelada con el alcance indicado. Con costas. Vuelvan los autos al tribunal de origen para que, por quien corresponda, se dicte un nuevo fallo, con arreglo al presente. Hágase saber y, oportunamente, devuélvanse las actuaciones.

DISIDENCIA DEL SEÑOR MINISTRO DOCTOR DON CARLOS FERNANDO ROSENKRANTZ

Considerando:
Que los planteos de la recurrente encuentran adecuada respuesta en el dictamen de la señora Procuradora Fiscal subro¬gante, a cuyos fundamentos corresponde remitir en razón de la brevedad.
Por ello, de conformidad a lo dictaminado por la señora Procuradora Fiscal subrogante, se declara procedente

.....

Recordemos que, en Argentina dado su sistema federal de gobierno conviven dos órbitas de poder, por lo que debemos tener en cuenta que *"Estas normas son de aplicación en todo el país, pero no rigen de forma automática porque la salud es una atribución jurisdiccional no delegada a la nación, y requiere la sanción de leyes específicas. Diez provincias han adherido a la ley 26.862/2013 (Chubut, Santa Fe, La Rioja, La Pampa, San Luis, Entre Ríos, Buenos Aires, Chaco, Neuquén y Misiones)"*[5]. Por su parte, en aquellas provincias donde rige una ley específica *"la cobertura no es integral y solo contemplan los casos de infertilidad definidas como una enfermedad; afiliados a la obra social del estado provincial, mujeres dentro de un rango de edad, estado civil casado o en pareja, orientación sexual heterosexual y tratamientos con técnicas homologadas, es decir los que utilizan gametos de la propia pareja"*.[6]
Ahora bien, los hechos que motivaron la acción de amparo tuvieron lugar en 2014. Para ese entonces, tanto la ley como su decreto reglamentario tenían ciertos vacíos que dieron lugar distintas interpretaciones sobre el alcance de la "cobertura integral" en estos tratamientos. El artículo 8 del decreto 956/2013 establece que *"una persona podrá acceder a un máximo de CUATRO (4) tratamientos anuales con técnicas de reproducción médicamente asistida de baja complejidad, y hasta TRES (3) tratamientos de reproducción médicamente asistida con técnicas de alta complejidad, con intervalos mínimos de TRES (3) meses entre cada uno de ellos..."*.
En lo atinente a las TRHA/AC la norma no expresa si estos tres tratamientos son en total

5 Organización Mundial de la Salud, Organización Panamericana de la Salud, oficina regional para las Américas (2017): Acceso integral a los procedimientos y técnicas medico-asistenciales de técnicas de reproducción humana asistida, por Straw Cecilia. Tomado de: http://www.salud.gob.ar/dels/entradas/acceso-integral-los-procedimientos-y-tecnicas-medico-asistenciales-de-tecnicas-de, fecha de consulta 01.07.2019.

6 Op. Cit en nota anterior.

el recurso extraordinario y se confirma la sentencia apelada con el alcance indicado. Con costas (art. 68 del Código Procesal Civil y Comer¬cial de la Nación). Vuelvan los autos al tribunal de origen. Notifíquese y devuélvase.

Recurso extraordinario interpuesto por la Dra. M. V. 1., por derecho propio junto a C. G. A.
Traslado contestado por IOSE, representado por la Dra. Maria Fernanda Paulet.
Tribunal de origen: Sala I de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal.
Tribunal que intervino con anterioridad: Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil y Comercial Federal n° 7.
Para acceder al dictamen de la Procuración General de la Nación ingrese a: http://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verDocumento.html?idAnalisis=746922&interno=1

o si se trata de hasta tres dentro de un plazo determinado, a diferencia de las TRHA/BC que limita los cuatro tratamientos a un período anual.
Ya en el año 2017, el Ministerio de Salud de la Nación mediante la Resolución 1-E/2017 reguló algunos aspectos del decreto 956/2013. Y respecto de los TRHA/AC limitó la cobertura integral de estos tratamientos a un total de tres.
Sin embargo, la Corte Suprema adoptando un criterio armónico entendió que, si bien los derechos no son absolutos, y pueden ser pasibles de limitaciones y restricciones, de ninguna manera una reglamentación puede desnaturalizar los alcances del ejercicio de un derecho.
Con lo antes dicho, el máximo tribunal estimó que *"la única interpretación admisible de la reglamentación examinada, en consonancia con los objetivos trazados por la ley 26.862, es la que habilita a los interesados a acceder a tres tratamientos "anuales" de reproducción médicamente asistida con técnicas de alta complejidad."*[7]
Al decidir, la Corte tuvo en cuenta la íntima vinculación del derecho a la salud reproductiva con el derecho a la vida. Si bien no existe un derecho humano a "procrear" propiamente dicho, sí existe un derecho a que las condiciones en que éste se desarrolle, sea respetando la dignidad humana. Se encuentra relacionado además con otros derechos como la igualdad ante la ley, la no discriminación, a fundar una familia, a la salud sexual y reproductiva, a la intimidad y libertad de decidir libremente.[8]

7 Extracto del considerando 6º, último párrafo, del fallo de la Corte Suprema. CCF 4612/2014/CS1 " Y., M. V. y otro c/ IOSE s/ amparo de salud. Resolución de fecha 14.08.2018.

8 Rodríguez Iturburu, Mariana (2015): "Derechos reproductivos y reproducción asistida. Género, diversidad sexual y familias en plural." Tomado de: http://www.colectivoderechofamilia.com/wp-content/uploads/2015/05/TRHA-PERSPECTIVA-COMPARADA-AMERICA-LATINA-MARIANA-RODRIGUEZ-ITURBURU.pptx, fecha de consulta: 08.07.2019.

Desde la doctrina, Patricia Ceriani (2012) nos señala la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer dónde se reconocen derechos estrechamente vinculados al derecho de procrear, y enumera *"1) elegir "libre y responsablemente" el tamaño de la familia, 2) el derecho a la información y a los consejos relativos a la planificación de la familia, 3) el derecho a asistencia sanitaria adecuada antes, durante y después del embarazo y 4) el derecho a la salud que encierra todos los demás derechos."*[9]
Así, el derecho a la procreación y de formar una familia se constituyen como la base sobre la que se asienta tanto la normativa como las políticas públicas tendientes a mejorar las circunstancias que rodean a quienes deben o eligen recurrir a estas técnicas a fin de lograr un embarazo.

III. Crioconservación de embriones

La crioconservación es un procedimiento técnico, propio de criobiología, que se utiliza para congelar las células o tejidos a muy bajas temperaturas, disminuyendo sus funciones vitales, manteniéndolos en condiciones de vida suspendida por un tiempo prolongado.[10] Esta técnica permite maximizar las posibilidades de embarazo por cada extracción ovocitaria, al reservar los embriones sobrantes para ser utilizados en un siguiente ciclo, aumentando la eficiencia y seguridad en la aplicación de las técnicas de reproducción asistida.
En los hechos analizados, los distintos tribunales intervinientes se pronunciaron sobre el plazo de la criopreservación de embriones. La legislación argentina nada dice respecto del tiempo en que deben criopreservarse.
En este marco, la Corte expresó que *"si bien es razonable que, ante la ausencia de previsiones legales, se determine judicialmente un plazo prudencial de subsistencia de la obligación de otorgar la cobertura de la crioconservación de embriones a cargo de los prestadores de salud -como juzgó la Cámara-, esa determinación no puede constituir un obstáculo para la consecución del fin primordial que persigue el ordenamiento legal y su reglamentación -interpretados a la luz del criterio expuesto anteriormente-, es decir, el pleno resguardo del ejercicio del derecho a la salud reproductiva."*[11]
En este caso el planteo solo giró en torno a la aptitud del lapso de tiempo de la crioconservación de embriones en relación al propósito perseguido por la actora. Finalmente, se resolvió que el criterio a tener en cuenta para determinar el plazo debía estar fundado conforme a las prescripciones médicas de cada caso particular.
Ahora bien, en torno a la crioconservación de embriones giran numerosas discusiones éticas y jurídicas, a saber: ¿el embrión es persona desde la concepción? ¿Concepción dentro o fuera del seno materno? ¿Qué sucede con los embriones que no son utilizados? ¿Se los podrían dar a otros requirentes? ¿Y los embriones que mueren durante el descongelamiento? ¿Tienen protección en el derecho penal? No existe una única respuesta a estos interrogantes.
No obstante, en el sistema interamericano de protección de derechos humanos, la Corte Interamericana de Derechos Humanos se ha pronunciado sobre el estatus jurídico del embrión no implantado. En el leading case "Artavia Murillo vs. Costa Rica" sostuvo que *"sólo existe persona desde el momento de la anidación en el seno materno (...) acerca*

9 GHESSI, Carlos A. y WEINGARTEN, Celia (2012): "La procreación como derecho a la salud" en CERIANI, Patricia: Tratado del derecho a la salud. Tomo II. Editorial La Ley, Buenos Aires, 515-550.

10 POSETTO, PABLO C. (2014): "Un nuevo sí a la vida. El rechazo del pedido de cobertura de una práctica de diagnóstico preimplantatorio dispuesto por la Suprema Corte de Justicia de Mendoza.", en Microjuris.com, cita Online MJ-DOC-6927-AR /MJD6927.

11 Extracto del considerando 7º, del fallo de la Corte Suprema. CCF 4612/2014/CS1 " Y., M. V. y otro c/ IOSE s/ amparo de salud. Resolución de fecha 14.08.2018.

del comienzo de la vida humana, corresponde distinguir, dos momentos, el de 'fecundación' y el de 'implantación' (...) existe concepción recién después de la implantación que, por tanto, antes de ese momento aquel no es persona por lo que en relación al mismo no se le puede aplicar la protección a la vida contemplada en la CADH"[12].
Asimismo, el artículo 4 de la Convención Americana sobre los Derechos Humanos 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 (...)."*
Tal es así, que nuestro Código Civil y Comercial adopta dicha postura al decir que *"La existencia de la persona humana comienza con la concepción"* –artículo 19-, y en consonancia *"Los derechos y obligaciones del concebido o implantado en la mujer quedan irrevocablemente adquiridos si nace con vida. Si no nace con vida, se considera que la persona nunca existió. El nacimiento con vida se presume"* -artículo 21-.
Pero, de esta regulación quedan fuera ciertos interrogantes. Es válido afirmar que *"Al Código Civil y Comercial no le corresponde ahondar sobre una gran cantidad de cuestiones que encierra la práctica de las TRHA, tales como: los derechos y deberes de los centros de salud; las funciones de control de la autoridad de aplicación; el modo y limitaciones de las donaciones; el destino de los embriones sobrantes, sean o no viables, etc. Todas estas cuestiones deben ser reguladas en la ley especial."*[13]
Por otro lado, pero vinculado con esta técnica encontramos el diagnóstico genético preimplantacional, que lleva consigo importantes críticas al ser considerado como *"un paso peligroso hacia la programación de los llamados 'bebe de diseño' y 'bebe medicamento'"*[14], ya que a partir del análisis de los segmentos de ADN se pueden detectar la presencia de defectos genéticos, lo que permite la selección de los embriones "sanos" por sobre el resto.

IV. Conclusiones

Este fallo se erige como un importante antecedente en la materia al admitir una mayor cobertura a la prevista por la reglamentación dispuesta por el Ministerio de Salud de la Nación.
Si bien nuestro ordenamiento jurídico no sigue la tradición del common law, lo cierto es que los tribunales inferiores deben tener presente los precedentes de la Corte ante casos similares, teniendo en cuenta que este tribunal es el último intérprete de la Constitución Nacional y demás leyes. Asimismo, encuentra basamento en razones de seguridad jurídica, celeridad y economía procesal.
Otro punto a considerar, son los aspectos no regulados por la normativa al momento de iniciarse la acción de amparo. En el caso, cuando llegó a la Corte, ya existía una reglamentación de la autoridad de aplicación -más allá de que no fuera tenida en cuenta por tratarse de una reglamentación que desnaturalizaba el ejercicio de un derecho-. Sin embargo, aún quedan puntos sin regular.

Tal como se expusiera al tratar el tema de la criopreservación de embriones, existen vacíos legales en torno al estatus jurídico del embrión, que desencadenan varios interrogantes. La procreación artificial se enfrenta a cuestionamientos no solo jurídicos, sino también éticos, religiosos, culturales.
Consecuentemente es necesario que el Estado adopte políticas públicas y reglamente la materia mediante un abordaje interdisciplinario y teniendo en cuenta la evolución dada en el derecho comparado.

12 Op. Cit. Nota 10.

13 KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída; HERRERA, Marisa y LAMM, Eleonora (2014): "Hacia la ley especial de reproducción asistida Cuando la razón prima".En La Ley. ISSN 0024-1636.

14 CORTESI, María C. (2015): "Fertilización asistida y diagnóstico genético preimplantacional. Comentario al fallo 'L. E. H. y otros c/ OSEP s/ amparo". En Microjuris.com, cita: MJ-DOC.7442-AR/ MJD7442.

En la actualidad, es imprescindible que el derecho acompañe el constante avance de la ciencia para salvar las lagunas legales. Máxime por los derechos en juego.
El derecho a procrear y a elegir libremente el método para hacerlo no admite discriminación alguna. Muchas personas pueden estar utilizando estos métodos artificiales para la consecución de un embarazo, pero *"ante la falta de obligatoriedad de una cobertura en el marco del P.M.O. aquellas de pocos recursos no pueden acceder a la misma, lo que genera una inadmisible desigualdad, afectando sensiblemente a los sectores sociales más desprotegidos."*[15]
Lo antes dicho también aplica al diagnóstico genético preimplantatorio (DGP). Considerando los altos costos que implica y dado que permite la selección de embriones que tengan menos riesgos de padecer enfermedades; sólo unos pocos podrían acceder a este *"beneficio"* de elegir un *"bebé sano"*. ¿Estamos frente a un comercio de futuros niños?
El derecho a la salud debe ser garantizado en condiciones de igualdad, de manera integral y humanitariamente. Es necesario que el Estado asuma la responsabilidad de regular la utilización de estas técnicas de forma consciente, evitando la manipulación maleficiente de los embriones.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

• Código Civil y Comercial de la Nación. Ley 26.994 (2014).
• Convención Americana sobre Derechos Humanos (1978).
• CORTESI, María C. (2015): "Fertilización asistida y diagnóstico genético preimplantacional. Comentario al fallo 'L. E. H. y otros c/ OSEP s/ amparo". En Microjuris.com, cita: MJ-DOC.7442-AR/ MJD7442
• GHESSI, Carlos A. y WEINGARTEN, Celia (2012): "La procreación como derecho a la salud" en CERIANI, Patricia: Tratado del derecho a la salud. Tomo II. Editorial La Ley, Buenos Aires, 515-550.
• KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída; HERRERA, Marisa y LAMM, Eleonora (2014): "Hacia la ley especial de reproducción asistida Cuando la razón prima". En La Ley. ISSN 0024-1636.
• Ley 26.862 de reproducción médicamente asistida y su decreto reglamentario 956/2013.
• Organización Mundial de la Salud, Organización Panamericana de la Salud, oficina regional para las Américas (2017): Acceso integral a los procedimientos y técnicas médico-asistenciales de técnicas de reproducción humana asistida, por Straw Cecilia. Tomado de: http://www.salud.gob.ar/dels/entradas/acceso-integral-los-procedimientos-y-tecnicas-medico-asistenciales-de-tecnicas-de, fecha de consulta 01.07.2019.
• POSETTO, PABLO C. (2014): "Un nuevo sí a la vida. El rechazo del pedido de cobertura de una práctica de diagnóstico preimplantatorio dispuesto por la Suprema Corte de Justicia de Mendoza.", en Microjuris.com, cita Online MJ-DOC-6927-AR /MJD6927.
• Rodríguez Iturburu, Mariana (2015): "Derechos reproductivos y reproducción asistida. Género, diversidad sexual y familias en plural." Tomado de: http://www.colectivoderechofamilia.com/wp-content/uploads/2015/05/TRHA-PERSPECTIVA-COMPARADA-AMERICA-LATINA-MARIANA-RODRIGUEZ-ITURBURU.pptx, fecha de consulta: 08.07.2019.

15 Op. Cit nota 10

Corte Suprema de Justicia de la Nación
Causa: C. T., N. el OSDE sI amparo de salud.

Buenos Aires, 23 de agosto de 2018

Vistos los autos: "Recurso de hecho deducido por la demandada en la causa C. T., N. c/ OSDE s/ amparo de salud", para decidir sobre su procedencia.

Considerando:
1°) Que la Sala 11 de la. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal confirmó el pronunciamiento de la instancia anterior que admitió la acción de amparo y, en
consecuencia, condenó a OSDE a hacerse cargo de la cobertura integral de la escolaridad común en el Instituto Privado Milenio 111 del menor N. C. T., quien padece trastorno generalizado del desarrollo (fs. 356/357 de los autos principales a cuya foliatura se aludirá en lo sucesivo).
Para decidir de ese modo el a quo consideró que la circunstancia de que el niño ya no tuviera la necesidad de contar con apoyo a la integración escolar -prestación cuya cobertura
también se reclamó en la demanda y que OSDE afrontara bajo la modalidad de "reintegro"- carecí de relevancia pues el menor tenía otras necesidades derivadas de su condición: asistir a una escuela que cuente con gabinete psicopedagógico y en la que la cantidad de alumnos por curso fuera reducida. En orden a ello, citó la sentencia de esta Corte recaída en la causa CSJ 104/2011 (47-R)/CS1 "R., D.'y otros cl Obra Social del Personal

SENTENCIAS ARBITRARIAS: LA FALTA DE OBJETIVIDAD FRENTE A LA DEFENSA DE DERECHOS FUNDAMENTALES

ARBITRARY SENTENCES: THE LACK OF OBJECTIVITY AGAINST THE DEFENSE OF FUNDAMENTAL RIGHTS

ANTONELA BORDIGNON[1]

RESUMEN:
El presente artículo analizará el fallo dictado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, a través del cual, hacen lugar al recurso extraordinario y deja sin efecto la sentencia impugnada por la demandada en la causa "C.T., N c/OSDE s/amparo de Salud". El órgano supremo de Justicia de la Nación consideró que la alzada carecía de fundamentos que dieran sustento a su decisión; así como también existía una clara omisión en la valoración de las pruebas aportadas por la parte demandada, lo que la colocaba en una situación desventajosa. Entiende la Corte que se está frente a otra de las tantas sentencias arbitrarias. ¿Incide entonces que se trate de derechos fundamentales, como es el derecho a la salud? ¿Pierden objetividad los magistrados cuando se encuentran involucrados esta clase de derechos? Se intentará dilucidar a continuación.

1 Antonela Bordignon, Abogada (UES21); Cursando la Especialización en Derecho Procesal de las Ejecuciones (UBP); Se desempeña en el Departamento de Recupero de créditos del Banco Provincia de Tierra del Fuego. Mail: Antonela.bordignon@gmail.com – ORCID iD: https: //orcid.org/0000-0002-5066-2120.

de la Sanidad si amparo", del 27 de noviembre de 2012, en la que habían sido fijadas diversas pautas respecto de la carga probatoria que pesa sobre las partes en juicios de esta naturaleza, estableciéndose que el agente del servicio de salud es quien debe ocuparse concretamente de probar una alternativa entre sus prestadores que proporcione un servicio educativo análogo al que se persigue en la causa. En función de ello, la cámara destacó que en el caso no se encontraba acreditada la oferta de escuelas públicas que cumplieran con los requisitos expuestos y confirmó el acogimiento de la pretensión.
2º) Que, contra dicha decisión, la demandada dedujo el recurso extraordinario de fs. 363/382, cuya denegación originó la presente queja. La apelante manifiesta que, conforme con la ley 24.901, el decreto 762/97 y la resolución 428/99 del Ministerio de Salud de la Nación, las prestaciones que se imponen a OSDE solo deben ser provistas a los beneficiarios que no cuenten con una oferta educativa estatal adecuada a las características de la discapacidad, situación que -aduce- no se presenta en el caso. Tacha de arbitraria la sentencia por haber omitido considerar
pruebas conducentes y relevantes y valorar arbitrariamente otras.
3º) Que lo reseñado en los considerandos anteriores pone de manifiesto que la controversia suscitada guarda similitud con la planteada en la causa "M., F.. G. Y otro (Fallos: 340:1062) Allí se destacó, en términos perfectamente aplicables al presente, que aunque la apreciación de elementos de hecho y prueba constituye, como principio, facultad propia de los jueces de la causa y no es susceptible de revisión en la instancia extraordinaria, esta regla no es óbice para que el Tribunal conozca en los casos cuyas particularidades hacen excepción a ella cuando la decisión impugnada no se ajusta al principio que exige que las sentencias sean fundadas y sean una derivación razonada del derecho vigente con aplicación a las circunstancias comprobadas de la causa (Fallos: 321:2131, entre muchos otros).

Precisamente, tal situación se constata también en estas actuaciones pues, a fin de decidir que la empresa de medicina prepaga debía cubrir íntegramente la escolaridad común del niño -tal como sucedió en el antece-

ABSTRACT:
This article will analyze the sentence handed down by the Supreme Court of Justice of the Nation, through which, it leaves the sentence contested by the defendant in the case “CT, N c / OSDE s / amparo de Salud” without effect. The Supreme Court of Justice of the Nation considered that the elevation lacked grounds to support its decision; as well as there was a clear omission in the assessment of the evidence provided by the defendant, which placed it in a disadvantageous situation. The Court understands that it is facing another of the many arbitrary sentences. Does it imply that these are fundamental rights, such as the right to health? ¿Do magistrates lose objectivity when this kind of rights is involved? Attempts will be made to clarify below.

Palabras Claves: Amparo; Derechos Fundamentales; Valoración de la Prueba; Objetividad; Sentencias Arbitrarias.

Key Words: Amparo; Fundamental Rights; Assessment of the Evidence; Objectivity; Arbitrary Sentences.

I. Introducción

En el presente trabajo se analizará el fallo dictado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en el cual el máximo tribunal de Justicia hizo lugar al recurso extraordinario planteado por la parte demandada y dejó sin efecto la sentencia impugnada.
La causa se origina en la presentación de una acción de amparo de salud por parte de la familia del menor C.T.N., quien padece Trastorno Generalizado del Desarrollo (TGD), el objeto del amparo era la cobertura integral de la escolaridad del niño quien, según su médico tratante, necesitaba asistir a un colegio que contara con un gabinete psicope-

dente citado-, el a qua dio relevancia a algunos elementos que, aunque importantes, no son definitorios y, al propio tiempo ,relativizó la existencia de otros que resultan conducentes para demostrar la improcedencia de esa obligación y descartó sin fundamentación argumentos válidos de aquélla parte.
4°) Que, en este sentido; la cámara nada dijo respecto del ofrecimiento de la demandada a los padres del menor de trabajar en conjunto para la búsqueda de la escuela pública adecuada cerca de su domicilio a través de su Departamento de Psicología y Discapacidad, como tampoco sobre la posible utilización de los servicios de integración escolar por medio de los prestadores incluidos en su cartilla (fs. 23 y 24).
No ponderó el tribunal que la necesidad de que el establecimiento estatal contara con gabinete psicopedagógico solo había sido señalada por la médica neuróloga tratante y sin mayores fundamentos en oportunidad de efectuar su declaración testifical, más no lo había aconsejado en sus anteriores informes –en los que solo recomendaba escolaridad común y cursos con cantidad reducida de alumnos (fs. 11)- y tampoco lo hizo más de tres años después en oportunidad de indicar que el menor tenía un rendimiento escolar adecuado y que no necesitaba apoyo a la integración (fs. 258 y 263).
5°) Que, por lo demás, la alzada omitió toda consideración acerca de los informes emitidos por el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires en el sentido de que sus establecimientos escolares se encuentran orientados a la integración de los niños con discapacidad, que el promedio por curso en los barrios cercanos al hogar de N. (Palermo y Belgrano) es de 16 y 18 alumnos y que de ellos se desprendía aunque no en cada establecimiento, la existencia, bajo el ámbito de la Dirección de Escuelas de la ciudad, de gabinetes psicopedagógicos especiales para evaluar la condición del menor (fs. 61, 93/94 y 202).
En tales condiciones, dada la carencia de fundamentación que exhibe el fallo apelado, corresponde disponer su descalificación con arreglo a la conocida doctrina en materia de arbitrariedad de sentencias.
Por ello, se hace lugar a la queja, se declara procedente el recurso extraordinario y se deja sin efecto la sentencia impugnada. Costas por su orden en razón de la índole de la cuestión debatida. Vuelvan los autos al tribunal de origen para que, por quien corresponda, se dicte un nuevo pronunciamiento con arreglo al presente.

dagógico y una cantidad reducida de alumnos.
El amparo fue presentado en contra de la empresa de medicina prepaga OSDE, quien no quería cubrir los gastos del instituto privado que la familia eligió para que asistiera el menor. El Juzgado de Primera Instancia admitió el amparo y obligó a OSDE a dar cobertura a los requerimientos de la familia del niño. Frente a esta situación, la empresa presentó un recurso de hecho.
Este recurso fue presentado ante la Sala II de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal, quien confirmó el pronunciamiento de la instancia anterior y condenó a OSDE a cubrir la escolaridad integral común en el Instituto elegido por la familia del menor.
No conforme con esta resolución, la demandada deduce Recurso Extraordinario Federal y llega al máximo órgano de justicia de la Nación, logrando la admisión del recurso y obteniendo en dicha instancia, el resultado pretendido.
El 23 de agosto de 2018, la Corte Suprema de Justicia de la Nación entendió que existió por parte de las instancias anteriores un análisis precario de las pruebas aportadas por la demandada y un fallo carente de fundamentos. "Corresponde disponer su descalificación con arreglo a la conocida doctrina en materia de arbitrariedad de sentencias".[2]

II. Desarrollo del comentario

Luego de haber realizado la introducción del comentario de la sentencia en cuestión, es necesario hacer un análisis pormenorizado de los intereses que se encuentran involu-

2 Corte Suprema de Justicia de la Nación, "Recurso de Hecho. C.T.N. c/OSDE s/amparo de salud". 23 de agosto de 2018.

Agréguese la queja al principal. Reintégrese el depósito de fs. 44. Hágase saber y, oportunamente, devuélvase.

DISIDENCIA DEL SEÑOR MINISTRO DOCTOR DON HORACIO ROSATTI
Considerando:
Que el recurso Extraordinario, cuya denegación dio origen a esta queja, es inadmisible (art. 280 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación). Por ello, se desestima la queja. Declárase perdido el depósito 1e fs. 44. Hágase saber y, previa devolución de los autos principales, archívese.

Recurso de queja interpuesto por OSDE (Organización de Servicios Directos Empresarios), representada por la Dra. Rosana Silvia Rodríguez.

Tribunal de origen: Sala II de la Cámara Nacional de Apelaciones en 10 Civil y Comercial Federal.
Tribunal que intervino con anterioridad: Juzgado Nacional de Primera Instancia en 10 Civil y Comercial Federal n° 4.

crados en esta causa.
Por un lado, tenemos el objeto del reclamo que es la cobertura integral de la escolaridad del menor, que se encuentra dentro de la rama del derecho a la salud y por el otro, el derecho de defensa en juicio y el derecho a obtener una sentencia justa.
A continuación, se analizarán los derechos involucrados y la jerarquía que existe entre los mismos. Lo cierto es que cuando se trata de derechos fundamentales, como es el derecho a la salud, es difícil ser objetivo, aunque ambos sean derechos y se encuentren amparados en la Constitución Nacional, implícitamente existe un orden de prelación entre estos. Comencemos.
La Organización Mundial de la Salud (OMS) determinó ciertos principios que rigen su Constitución, ellos establecen que:

> *"La salud es un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades. El goce del grado máximo de salud que se pueda lograr es uno de los derechos fundamentales de todo ser humano sin distinción de raza, religión, ideología política o condición económica o social..."*.[3]

Estos principios consagrados en la Constitución de la OMS, establecen directrices que fijan pautas para determinar qué se entiende por Derecho a la Salud. No comprende entonces sólo la ausencia de afecciones o enfermedades, sino que comprende el goce de grado máximo de salud, que implica además de lo físico, la salud mental y las cuestiones vinculadas al ámbito social.

3 Constitución de la Organización Mundial de la Salud. Adoptada por la Conferencia Sanitaria Internacional, Nueva York. 19 de junio de 1946.

Con estas premisas, las obras sociales y las empresas de medicina prepaga han tenido que *aggiornarse*, es decir, han tenido que ampliar el espectro de sus coberturas, e ir más allá de lo convencional.

El caso que ocupa el presente análisis tiene como objeto, el pedido de la familia de un niño que padece Trastorno Generalizado del Desarrollo (TGD) para la cobertura integral de la educación del menor.

Los especialistas Sandoval, Angélica, Moyano, Andrea, & Barrera, Paula. (2012) Definen al Trastorno generalizado del desarrollo como: "entidades clínicas que tienen en común la presencia de alteraciones en la reciprocidad social; falencias a nivel de la comunicación y la existencia de intereses y actividades peculiares, restringidas y estereotipadas.

Tal como lo definen los especialistas en el párrafo anterior, estas alteraciones están relacionadas con la dificultad que posee el individuo para relacionarse y comunicarse con otras personas, por ende, todo tratamiento que intente mejorar su calidad de vida deberá estar orientado a optimizar ese tipo de vínculos.

La cobertura integral de la educación forma parte de las acciones tendientes a mejorar la relación del niño con su entorno, por lo que el reclamo de la familia no estuvo desacertado. Si el hecho de asistir a una escuela con características especiales ayuda al menor a fortalecer y estimular su desarrollo, entonces sería lo que considera "grado máximo de salud" (que implicada también la salud mental y las cuestiones sociales) tal como se mencionó *ut supra*.

La obligación de brindar la prestación existe, independientemente del plan que cada persona haya contratado. Lo cierto es que, desde la sanción de la Ley 24.901 del sistema de prestaciones básicas de atención integral a favor de las personas con discapacidad, las obras sociales y empresas de medicina prepaga tienen la obligación de brindar la cobertura total de las prestaciones que son enunciadas en la ley y que necesiten las personas con discapacidad.[4]

Esta ley, instituye un sistema de prestaciones básicas de atención integral, que contempla acciones de prevención, asistencia y promoción, con el objeto de brindarles una cobertura integral a las necesidades y los requerimientos planteados por las personas con discapacidad.[5]

Cabe destacar que en el capítulo V de la citada ley, enumeran al sólo efecto enunciativo, la prestación de servicios específicos, que integrarán las prestaciones básicas que deben brindarse a las personas con discapacidad, en concordancia con los criterios de patología (tipo y grado), edad y situación socio-familiar, pudiendo estos ser ampliados y modificados por la reglamentación.[6]

Entre estas prestaciones especificas se encuentra la educación general básica, que es:

> *"...el proceso educativo programado y sistematizado que se desarrolla entre los 6 y 14 años aproximadamente, o hasta la finalización del ciclo, dentro de un servicio escolar especial o común".* (Artículo N°22, Ley 24.901).

"Especial o común" expresa la ley, nada dice sobre "público o privado", por lo que se entiende que esta elección queda a cargo de los profesionales o la familia. No faculta a la obra social o prepaga a elegir el establecimiento al que debe concurrir la persona con capacidad diferente.

En referencia al requerimiento de la familia, no resulta antojadizo, más bien se encuentra relacionado al derecho que tienen los niños de tener el más alto nivel posible de salud y

4 Ley 24.901, Sistema de prestaciones básicas de atención integral a favor de las personas con discapacidad. Congreso de la Nación. 02 de diciembre de 1997.

5 Artículo N°1. Ley 24.901, Sistema de prestaciones básicas de atención integral a favor de las personas con discapacidad. Congreso de la Nación. 02 de diciembre de 1997.

6 Artículo N°19. Ley 24.901, Sistema de prestaciones básicas de atención integral a favor de las personas con discapacidad. Congreso de la Nación. 02 de diciembre de 1997.

a servicios por el tratamiento de las enfermedades y la rehabilitación, según lo establece la Convención sobre Derechos del niño.[7]

Según consta en el fallo analizado, la empresa de medicina prepaga ofreció a la familia trabajar en conjunto para encontrar una escuela pública adecuada cerca de su domicilio a través del Departamento de Psicología y Discapacidad; también ofreció la posibilidad de utilizar los servicios de integración escolar por medio de los prestadores incluidos en su cartilla. Ambos ofrecimientos no fueron valorados por el *a quo*, siendo que esta oferta es una clara intención por parte de la empresa de cubrir la necesidad del menor, buscando alternativas más económicas.

La demandada, frente a la falta de valoración de las pruebas aportadas citó la sentencia de la Corte en la causa "R., D. y otros c/Obra Social del Personal de la Sanidad s/amparo", oportunidad en la cual fijaron las pautas respecto del peso de la carga probatoria, en juicios de esta naturaleza. En la misma establecían que:

> *"el agente del servicio de salud es quien debe ocuparse concretamente de probar una alternativa entre sus prestadores que proporcione un servicio educativo análogo al que se persigue en la causa".*[8]

Con relación a la jurisprudencia citada, la demandada aportó informes del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires, en donde detallaba que los establecimientos escolares se encontraban orientados a la integración de niños con capacidades diferentes. Además, este informe aportaba datos certeros sobre establecimientos cercanos a la zona donde residía el menor con su familia y que, además, existían gabinetes psicopedagógicos que podían realizar una evaluación del menor. Nada dijo la alzada respecto de esta valiosa prueba aportada por la demandada.

Por último, la prepaga también aportó legislación, en donde comprobaba que la cobertura de la integración escolar debe ser satisfecha por la obra social y/o prepaga siempre y cuando no esté asegurada a través del sector público: Así lo dispone el Decreto 762/97,

> *"Se entiende por Prestaciones Terapéuticas-Educativas, a aquellas que implementan acciones de atención tendientes a promover la adquisición de adecuados niveles de auto valimiento e independencia, e incorporación de nuevos modelos de interacción, mediante el desarrollo coordinado de metodologías y técnicas de ámbito terapéutico, pedagógico y recreativo. Las prestaciones educativas recibirán cobertura en aquellos casos que la misma no esté asegurada a través del sector público".*[9]

También hace referencia a esta cuestión la Resolución del Ministerio de Salud 428/1999:

> *Las prestaciones de carácter educativo contempladas en este Nomenclador serán provistas a aquellos beneficiarios que no cuenten con oferta educacional estatal adecuada a las características de su discapacidad, conforme a lo que determine su reglamentación.*[10]

Habiendo la demandada aportado documentación respaldatoria – documentos, informes, legislación -no consiguió que la misma sea analizada por la alzada. A lo largo del fallo de la Corte, destacan la falta de valoración de estas, por lo que dejan a la vista, una clara y manifiesta vulneración al derecho de defensa en juicio. Por esta misma razón la Corte hace lugar a la Queja y desestima la sentencia impugnada, por considerar que la misma carece de fundamentos y por lo tanto deviene arbitraria.

---

7 Artículo 24, inc. 1. Convención sobre derechos del niño.

8 CSJN 104/2011. (47-R) / CS1 "R., D. y otros c/Obra Social del Personal de la Sanidad s/amparo" 27 de noviembre de 2012.

9 Artículo 15. Inc. D. Sistema único de prestaciones para personas con Discapacidad. Decreto 762/97. 11 de agosto 1997.

10 Resolución 428/1999 Ministerio de Salud de la Nación. 23 de junio de 1999.

Conclusiones

Luego de haber analizado el fallo de la Corte, y de haber hecho un repaso de los derechos e intereses que están involucrados en la causa, es necesario plantear una pregunta, en base de la cual arribaremos a las conclusiones. ¿Perdieron objetividad los magistrados de las instancias anteriores, teniendo en cuenta que se trata de derechos fundamentales -como es la salud- frente a otros derechos de menor jerarquía -como es el derecho de defensa en juicio-?
Cuando se dice "menor jerarquía" se hace referencia al orden de prelación que existe entre las distintas clases de derechos.

> *"El derecho a la vida es el primer derecho de la persona que resulta reconocido y garantizado por la Constitución Nacional. Ese derecho se vincula con el derecho a la salud, el cual a través de los años ha ido adquiriendo mayor importancia en el plano normativo."* (TANZI Silvia Y.- PAPILLÚ Juan M. (2018). P. 39).

Lo cierto es que existe una relación estrecha sobre estos dos derechos, no puede reconocerse uno sin tomar en cuenta el otro. En la Constitución Nacional Argentina, hasta el año 1994 no se encontraba regulado expresamente el derecho a la salud, si lo hacía de modo implícito (a través del artículo N°33). Con la reforma Constitucional, a través de la incorporación de los Tratados Internacionales (Art. 75 inc. 22), este derecho adquirió absoluta relevancia y en la actualidad existe vasta normativa respecto del derecho a la salud. Entorno a la importancia que tiene este derecho, resulta muy difícil mantener la objetividad a la hora de decidir, más aún cuando existe una manda constitucional de preservar estos derechos.
Ha dicho la CSJN que:

> *"Siempre que aparezca, en consecuencia, de modo claro y manifiesto, la ilegitimidad de una restricción cualquiera a alguno de los derechos esenciales de las personas así como el daño grave e irreparable que se causaría remitiendo el examen de la cuestión a los procedimientos ordinarios, administrativos o judiciales, corresponderá que los jueces restablezcan de inmediato el derecho restringido por la rápida vía del recurso de amparo".*[11]

En el caso que se analiza, el amparo fue la vía elegida por la familia para preservar los derechos del menor. Pero lo que no estuvo correcto fue el proceso.
En ambas instancias, los magistrados desestimaron pruebas que cambiaban el escenario que se estaba evaluando.
La demandada había ofrecido trabajar en conjunto con la familia para encontrar el establecimiento adecuado para el menor. Dato que no es menor. No existía una imposición de parte de la prepaga sobre la institución a elegir.
Por otro lado, la empresa había aportado un informe detallado de todos los colegios que eran similares a los sugeridas por la médica tratante. La omisión de análisis de las pruebas aportadas vulnera el derecho de defensa en juicio, amparado por la Constitución Nacional y los Tratados Internacionales. El artículo N°18 de la Constitución Nacional reza: "...Es inviolable la defensa en juicio de la persona y de los derechos...", Lo mismo refiere el artículo N° 8 de la Convención Americana sobre los Derechos Humanos cuando menciona las "garantías judiciales":

> *"Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de*

11 CSJN, "Samuel Kot S.R.L" 5/9/58, CSJN – Fallos, 241:291; LL 92-626.

> *cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter"*.

La Corte mencionó que se trataba de otra sentencia arbitraria, donde la subjetividad de los jueces nubló toda posibilidad de dictar una sentencia conforme a derecho. Respetando las garantías procesales y con relación a la sana crítica racional, que debe imperar en toda sentencia judicial.

El Superior Tribunal de Justicia de la Rioja en la causa "La Riojana C.C.I.S.A. s/ Casación" expresó:

> *"La arbitrariedad en la sentencia existe cuando en la misma no se expresan razones coordinadas y consecuentes, sino por el contrario se contradicen entre sí, lo que ha de concluir en el absurdo notorio en la motivación y especialmente en la estructura lógica y legal del fallo. La arbitrariedad en las reglas de la sana crítica aparece configurada, cuando en forma ostensible surge de la sentencia impugnada que el a quo ha incurrido en error de derecho en la apreciación de la prueba, como consecuencia de no haberla hecho de conformidad a las reglas de la sana crítica, esto es, a las normas de la lógica formal, que obligan a formular el silogismo sentencia con ajuste a los principios de identidad, de no contradicción, de tercero excluido y fundamentalmente el de "razón suficiente".*[12]

De esta forma, se entiende que el fallo analizado se ajusta a derecho, en cuanto se analizan cuestiones de procedimiento que no fueron analizadas por las instancias anteriores. Se considera que cuando están en juego derechos fundamentales, como la vida, la salud, la educación, los magistrados tienden a perder la objetividad en sus resoluciones, pues son derechos que trascienden incluso la barrera de la sana crítica racional.

Es necesario mantener la objetividad independientemente del derecho que se pretenda hacer valer, al fin y al cabo, todos merecemos justicia.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

• BROLA, Daniel Esteban (2018): Teoría y práctica del amparo en la Nación y Juzgados Federales. 1era. Edición, DyD, Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

• SANDOVAL, Angélica, MOYANO, Andrea, & BARRERA, Paula. (2012). Pervasive developmental disorder not otherwise specified: A reflection on the diagnosis. Revista chilena de neuro-psiquiatría, 50(3), 202-203. https://dx.doi.org/10.4067/S0717-92272012000300010

• TANZI Silvia Y.- PAPILLÚ Juan M. (2018): Juicio de Amparo en Salud, 2da. Edición, Hammurabi, Buenos Aires.

12 STJ. "La Riojana C.C.I.S.A. s/ Casación" http://www.saij.gob.ar/doctrina-arbitrariedad-sentencia-arbitraria-principio-congruencia-incongruencia-fundamentacion-sentencias-reglas-sana-critica-apreciacion-prueba-error-derecho-su90000106/123456789-0abc-defg6010-0009soiramus

Corte Suprema de Justicia de la Nación

Causa: T., X. H., en rep. U. E.G. T.T. c/ Obra Social del Poder Judicial de la Nación s/ leyes especiales (diabetes, cáncer, fertilidad).

Buenos Aires, 14 de agosto de 2018

Vistos los autos: "Recurso de hecho deducido por la deman¬dada en la causa T., I. H./ en rep. U. E.G. T.T. c/ Obra Social del Poder Judicial de la Nación s/ leyes especiales (diabetes, cáncer, fertilidad)", para decidir sobre su procedencia.

Considerando:
1°) Que la Sala II de la Cámara Federal de Apelacio¬nes de San Martin revocó la sentencia de la instancia anterior y, en consecuencia, hizo lugar a la acción de amparo entablada por I.H.T. para que la Obra Social del Poder Judicial de la Na¬ción cubra en su totalidad el costo que.irroga la participación de su hijo menor en el proyecto deportivo especial "Despertar" que se desarrolla en el Club Social y Deportivo El Progreso (Club* Estudiantil Porteño) de Ramos Mejia, Partido de La Matan¬za, Provincia de Buenos Aires.
2°) Que para decidir,, del modo indicado el a quo in¬vocó, además de las previsiones contempladas en la Constitución Nacional y las garantías establecidas en tratados internaciona¬les en materia de derechos humanos (especialmente los que hacen foco en la protección.del niño y de las personas con discapaci- _dad), las disposiciones de la ley 26.061 (de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes) y las conte¬nidas en las leyes 22.431 y 24.901 (Sistema de Protección Inte¬gral de los Discapacitados).

EN TORNO AL ALCANCE DE LAS PRESTACIONES DE SALUD QUE BRINDAN LAS OBRAS SOCIALES A PERSONAS CON DISCAPACIDAD DENTRO DEL MARCO DE LA LEGISLACIÓN NACIONAL E INTERNACIONAL

ON THE SCOPE OF HEALTH BENEFITS PROVIDED BY SOCIAL WORKS TO PEOPLE WITH DISABILITIES WITHIN THE FRAMEWORK OF NATIONAL AND INTERNATIONAL LEGISLATION

Valentina Ruiz de los Llanos[1]

RESUMEN:
El presente trabajo, tiene por finalidad el análisis de un nuevo fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, referido a los alcances de las prestaciones en materia de salud que las Obras Sociales deben brindar a las personas con discapacidad y qué debe entenderse por cobertura integral

1 Abogada (Universidad Nacional de Tucumán), Juez Civil en Documentos y Locaciones IX° Nominación, Centro Judicial Capital, Pcia. de Tucumán, Magister en Magistratura y Gestión Judicial (Universidad del Norte Santo Tomás de Aquino). Correo electrónico: valenacosta@hotmail.com – ORCID iD: https://orcid.org/0000-0001-9994-1625.

Sobre la base del principio de que la persona que su¬fre discapacidad tiene derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud y de servicios para el tratamiento de su enfer¬medad y su rehabilitación, la cámara valoró los informes socio- ambientales incorporados a la causa que daban cuenta, por un la¬do, del contexto de pobreza del hogar de la actora y, por otro, de la mejora experimentada por el menor en su integración e in¬clusión social a raíz de su asistencia al programa deportivo ya referido, como así también sus especiales condiciones de salud (padece, entre otras patologías, de síndrome de Down, cardiopatía e hipotiroidismo).
3o) Que contra dicha decisión la demandada dedujo el recurso extraordinario -cuya denegación origina la presente que¬ja- en el que alega ser ajena al marco de las leyes 23.660 (de Obras Sociales) y 23.661 (de Seguro de Salud) en el que resulta obligatorio el acatamiento de las disposiciones que implementan el Sistema de Protección de las Personas con Discapacidad. De todos modos, sostiene, ese régimen no obliga a las obras socia¬les ni a las empresas de medicina prepaga a financiar activida¬des deportivas o recreativas sino solamente las terapias y tra¬tamientos brindados por profesionales de la salud en institucio¬nes inscriptas en el Registro Nacional de Rehabilitación. Afir¬ma, asimismo, que el lugar al que concurre el menor es un club social que no está categorizado por el Ministerio de Salud ni figura en el registro referido como tampoco lo están las perso¬nas a cargo del proyecto "Despertar" que no son profesionales de la salud sino docentes de educación física. Plantea que jamás se ha desentendido de la especial situación del menor pues en la actualidad, además de cubrirle en su totalidad la cuota del co¬legio especial al que asiste, como así también el pertinente transporte, los tratamientos de psicopedagogía y fonoaudiología y los medicamentos que su salud requiere, ofreció a la actora brindarle hidroterapia mediante alguna de las instituciones prestadoras, propuesta que fue rechazada. Explica, por lo demás, que efectuó una excepción a las normas reglamentarias relativas a la atención de los afiliados con discapacidad y homologó al citado proyecto deportivo como centro de día categoría C, jorna¬da doble, una vez por semana y admitió parcialmente la cobertura bajo esa modalidad.
4o) Que existe en el caso materia federal suficiente que habilita el examen de los agravios por la vía elegida pues se ha puesto en cuestión la interpretación de normas federales y la decisión ha sido contraria al derecho

ABSTRACT:
The purpose of this work is to analyze a new ruling of the Supreme Court of Justice of the Nation, referring to the scope of health benefits that Social Works must provide to people with disabilities and to analyze what should be understood by comprehensive coverage.

Palabras Claves: Derecho a la salud; Discapacidad; Actividad recreacional; Obras Sociales; Tratados internacionales .

Key Words: Right to Health; Disability; Recreational activity; Social Works; International Deals.

I. Introducción

La Constitución Argentina de 1853, no contenía una mención expresa del derecho a la salud, tampoco el Código Civil Velezano contaba con disposiciones específicas sobre esta materia. A partir de la reforma de la Constitución Nacional de 1994, con la inclusión de los Tratados Internacionales con jerarquía superior a las leyes establecida en el art. 75 inc. 22, y que sirvieron de inspiración a las previsiones contenidas en las leyes argentinas en materia de salud, se incorpora de manera explícita a la Carta Magna este derecho.

> *"Es por esta razón, que las modificaciones introducidas por la Reforma de 1994, delimitaron dos grandes ámbitos: el orden de prelación de las normas y los espacios de integración regional, dado que las nuevas cláusulas contenidas en los dos incisos del art. 75 de la C.N., sobre las atribuciones del Congreso, introducen modificaciones a las disposiciones correlativas a los*

que la apelante fundó en ellas (art. 14 de la ley 48).
5°) Que corresponde, en primer lugar, precisar el marco jurídico de la contienda suscitada en esta causa. Las le¬yes 22.4-31 y 24.901, que establecen el Sistema. Único de Prestaciones Básicas para Personas con Discapacidad, obligan a las obras sociales comprendidas bajo la órbita de la ley 23.660 a suministrar los servicios asistenciales especificados en ellas. Ahora bien, no obstante que la Obra Social del Poder Judicial de - la Nación se halla excluida, expresamente del régimen de la ley 23.660 en razón de lo dispuesto por el art. 4o de la ley 23.890, esa entidad, a través de la resolución 1126/2004, se adhirió al referido sistema de prestaciones y reguló el alcance de la aten¬ción de sus afiliados discapacitados.
6°) Que de las constancias de autos surge que el pro¬yecto "Despertar" consiste en la realización de actividades de¬portivas, lúdicas y recreativas entre las que se encuentran na¬tación, tenis, fútbol, etc., que se desarrollan en el ámbito del club social El Progreso o Club Estudiantil Porteño, bajo la di¬rección de docentes de educación física (fs. 135/136, 147/153).
7o) Que la ley 24.901, como advierte la demandada, no contempla entre las prestaciones que las instituciones asistenciales deben cubrir obligatoriamente, la actividad cuyo costo la actora pretende que se le reembolse en su totalidad. Tampoco está incluida en el Programa Médico Obligatorio (P.M.O.) cuyo acatamiento se impone a las obras sociales que integran el sis¬tema de la ley 23.660 (resolución del Ministerio de Salud 201/2002) pues no se trata de un tratamiento médico asistencial sino de una actividad recreacional o deportiva que excede el marco reglamentario del sistema de protección general de la sa¬lud y el particular del de las personas con discapacidad. De ahí que la pretensión, en los términos en que ha sido deducida, ca¬rezca de respaldo legal. En ese sentido, cabe observar que el reclamo de autos no apunta a la cobertura de un servicio tera¬péutico concreto -sea de rehabilitación, de formación laboral, educativo o asistencial- que se brinde en algún centro de salud, educativo, terapéutico o de rehabilitación psicofísica o motora, sino que se dirige al desarrollo de una actividad de tipo socio- deportiva.
8o) Que la sola circunstancia de que la prestación requerida resulte beneficiosa para el menor, con miras a

arts. 27 y 31 de la CN. El constituyente siguió la corriente que se impone en el derecho constitucional tendiente a la internalización de los derechos humanos."[2]

La incorporación de los tratados internacionales al sistema jurídico nacional ha quedado completada con el reconocimiento explícito que de ellos realiza el Código Civil y Comercial de la Nación unificado, incluyendo en varios de sus artículos referencias atinentes a ellos.

En relación a las disposiciones contenidas en los instrumentos de derecho internacional este sentido, "...merece destacarse en primer lugar la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, adoptada en 1948, que en su artículo 11 refiere que toda persona tiene derecho a que su salud sea preservada por medidas sanitarias y sociales, relativas a la alimentación, el vestido, la vivienda y la asistencia médica, correspondientes al nivel que permitan los recursos públicos y los de la comunidad (...) el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas obliga a los Estados parte a reconocer el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental, deber que conlleva la adopción de medidas concretas a fin de asegurar la plena efectividad de este derecho, (...) En el ámbito del sistema interamericano, el Pacto de San José de Costa Rica no se ocupó específicamente de la regulación de derechos de naturaleza social, categoría donde se incluyó tradicionalmente al derecho a la salud. Dichas falencias debieron ser completadas por el Protocolo de San Salvador, el cual amplía y actualiza el contenido del Pacto de Naciones Unidas

2 PALACIO DE CAERIO, Silvia B., Tratado de Derechos Humanos y su influencia en el derecho argentino, 1ra ed. Ciudad Autónoma de Buenos Aires, La Ley, 2015.

su in¬tegración e inclusión, no justifica la imposición a la entidad prestadora de salud de la obligación de solventarla pues, con el mismo criterio, debería hacerse pesar sobre esta cualquier otra actividad de carácter social que tuviera esa misma finalidad (asistencia a espectáculos públicos o lugares de interés cultu¬ral, etc.) lo cual carece de toda, razonabilidad y no encuentra basamento normativo alguno. Máxime en este caso en el que, como se señaló anteriormente, la actividad en cuestión no constituye una terapia específica de carácter médico o educativo y los en-cargados de su implementación no son profesionales de la salud o especialistas en el tratamiento y rehabilitación de personas con discapacidad.

9o) Que tampoco da sustento a la procedencia de la prestación perseguida la constatación de una especial situación de vulnerabilidad en el hogar donde vive el menor, en tanto esa condición solo autorizaría a requerir la cobertura necesaria pa¬ra asegurar la atención especializada domiciliaria que requiera el discapacitado, conforme con la evaluación y orientación efec¬tuada por un equipo interdisciplinario capacitado a tales efec¬tos (arts. 11 y 34 de la ley 24.901).

Es correcto que la integración educacional, laboral, familiar y social de la persona que sufre discapacidad constitu¬ye un principio fundante y orientador del sistema instituido le¬galmente. Pero también lo es que ni las leyes 22.431 y 24.901 que lo consagran, ni el decreto reglamentario de esta última -1193/98- como tampoco la resolución 428/99 del Ministerio de Salud (nomenclador) exigen la provisión dé prestaciones de índo¬le deportivo o recreacionales como las reclamadas en la causa por lo que la resolución 1126/2004 de la obra social demandada que adopta idéntico criterio no merece reproche alguno.

10º) Que es pertinente recordar que el Tribunal ha re¬conocido en reiteradas ocasiones el carácter fundamental del de¬recho a la salud y la especial atención que merecen las personas con discapacidad. Sin perjuicio de ello, también ha señalado que en nuestro ordenamiento jurídico tales derechos de raigambre constitucional, así como los principios y garantías consagrados en la Constitución Nacional, no son absolutos sino que deben ser desplegados con arreglo a las leyes que reglamentan su ejerci¬cio, en la forma y extensión que el Congreso, en uso de sus fa¬cultades propias, lo estime conveniente a fin de asegurar el bienestar general (arts. 14 y 28

al reconocer la salud como un bien público, obligando a los Estados a adoptar medidas para la prevención y el tratamiento de las enfermedades endémicas, profesionales y de otra índole; la educación de la población sobre la prevención y tratamiento de los problemas de salud, y la satisfacción de las necesidades de salud de los grupos de más alto riesgo y que por sus condiciones de pobreza sean más vulnerables. No obstante estos instrumentos universales y regionales, otros tratados de derechos humanos contienen un particular reconocimiento del derecho a la salud y la necesidad de su especial protección en los niños, personas con discapacidad, etcétera".[3]

A ello corresponde agregar las "100 Reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de personas en condición de vulnerabilidad" (año 2009) y como dijimos, la sanción del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación (año 2015) que establece la constitucionalización del derecho privado.

De esta manera, la incorporación de los Tratados Internacionales con jerarquía constitucional, o para algunos autores supraconstitucional, ha venido a incidir en las decisiones judiciales de manera relevante, tal como se verá en el caso que motivó el fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación dictado en el marco de la causa T., I. H., en rep. U.E.G. T.T C/ Obra Social del Poder Judicial s/ leyes especiales, evidenciando la necesidad de efectuar una ponderación entre éstos y el derecho interno armonizando ambos en la búsqueda de un justo equilibrio.

3 ROSALES, Pablo Oscar, La Discapacidad en el Sistema de Obras Sociales Nacionales, la Emergencia Sanitaria y los derechos de los beneficiarios con discapacidad.(2011) https://es.scribd.com/doc/63600339/Ley-24901-LA-DISCAPACIDAD-EN-EL-SISTEMA-DE-OBRAS-SOCIALES-NACIONALES-Dr-Pablo-Oscar-Rosales.

de la Constitución Nacional), con la única condición de no ser alterados en su substancia (Fa¬llos : 257:275; 2 62:205; 283:98; 300:700; 303:1185; 305:831; 310:1045; 311:1132 y 1565; 314:225 y 1376; 315:952 y 1190; 319:1165; 320:196; 321:3542; 322:215; 325:11, entre muchos otros).

11º) Que en tal orden de ideas no se advierte que, en este caso, la Obra Social del Poder Judicial de la Nación haya exhibido una conducta arbitraria o ilegítima con respecto a la atención prestacional del menor involucrado. Ello es así pues, lejos de negarle cobertura, ha ofrecido a la actora asumir el costo de actividades alternativas a la requerida pero en el mar¬co de una prestación médico asistencial organizada, coordinada y dirigida conforme con las pautas que exige el Ministerio de Sa¬lud (hidroterapia) . Y no solo ello, sino que además, aun sin obligación legal y en forma excepcional, le otorgó al programa deportivo en cuestión una homologación equivalente a la de cen¬tro de día categoría C, jornada doble, una vez por semana (art. 24 de la ley 24.901), a los fines de solventar en parte el costo de la participación del menor.

En tales condiciones, corresponde hacer lugar a la queja, declarar procedente el recurso extraordinario, revocar el fallo recurrido y rechazar la demanda (art. 16 de la ley 48).

Por ello, se hace lugar a la queja, se declara procedente el recurso extraordinario, se revoca la sentencia apelada y se rechaza la demanda. Costas por su orden en atención a la índole de la materia debatida. Agréguese la queja al expediente principal. Notifíquese y remítase.

Recurso de queja interpuesto por el Estado Nacional (Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación), representado por los Dres. Juan Enrique Abre y Cecilia Mabel Ezcurra.

Tribunal de origen: Sala II de la Cámara Federal de Apelaciones de San Martín.

Tribunal que intervino con anterioridad: Juzgado Federal en lo Civil, Comer¬cial y Contencioso Administrativo nº 1 de San Martin.

II. El caso: sentencias de primera Instancia y de cámara

La Señora I.H.T, madre de un adolescente con síndrome de Down, solicitó a la Obra Social del Poder Judicial de la Nación de la cual es afiliado, la cobertura de los servicios que brinda el Proyecto Deportivo Especial Despertar consistente en educación física especial con natación correctiva y acompañamiento personalizado a cargo de profesores de Educación Física, a fin de que su hijo asista una vez por semana durante el período lectivo y cinco veces por semana durante los recesos por vacaciones tanto de invierno como de verano.

La Obra Social accedió parcialmente al requerimiento para lo cual homologó a la institución como centro de día categoría C, autorizando la cobertura para la concurrencia del adolescente una vez por semana. Ello motivó el reclamo de la requirente por no contemplar la totalidad del presupuesto presentado, a lo que la Obra Social respondió que el Proyecto Deportivo Despertar no se encuentra amparado por la Resolución Ministerial vigente, no obstante lo cual, y de manera excepcional, se lo homologó con el alcance antes descripto para que pueda concurrir una vez por semana. No conforme con lo decidido en el expediente administrativo, la Sra. I.H.T., interpuso acción de amparo y medida cautelar para obtener el 100% de la cobertura de la asistencia de su hijo al centro especial.

La sentencia de primera instancia rechazó la medida cautelar, resolución que fue apelada por el Ministerio Público de la Defensa con resultado adverso en la Alzada. A su turno, la sentencia de fondo rechazó la demanda con imposición de costas a la actora. Este decisorio, fue posteriormente revocado por la Cámara Federal de San Martín, Sala

II que accedió a lo solicitado en la demanda. Para así decidir, la Cámara tuvo en cuenta las disposiciones contenidas en los Tratados de Derechos Humanos, los arts. 1 y 2 del Cód. Civil y Com., la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (ley 26.378), la Convención sobre los Derechos del Niño, la Protección Integral de los Derechos de las niñas, niños y adolescentes (ley 26.061), el Sistema de Prestaciones básicas y rehabilitación integral a favor de las personas con discapacidad (ley 24.901), y el Sistema de Protección Integral de los Discapacitados (ley 22.431) por considerarlas aplicables al caso. Los pilares sobre los que se asentó este fallo fueron principalmente los principios pro homine, in dubio pro justicia, interés superior del niño, atención integral de las personas discapacitadas y el orden público de los derechos tutelados.
La Obra Social demandada, dedujo Recurso Extraordinario que le fue denegado, originando la queja que fue acogida por la Corte Suprema en el fallo que motiva este artículo y que revocó la decisión de la Alzada con los alcances que más adelante desarrollaremos.

III. El fallo de la Corte Suprema: su importancia

En un breve pero conciso fallo, nuestro Supremo Tribunal revocó la sentencia dictada por la Sala II° de la Cámara Federal de San Martín. Luego de reseñar los fundamentos del fallo de la Cámara, la Corte delimitó el marco jurídico de la causa, señalando que si bien la Obra Social demandada se encuentra expresamente excluida del régimen de la Ley 23.660, a través de la Resolución 1126/2004 se adhirió al sistema Único de Prestaciones Básicas para Personas con Discapacidad (leyes 22.431 y 24.901) determinando así el marco y alcance de atención a brindar a sus afiliados discapacitados.
Recordemos que la ley 22.431 incluye predominantemente obligaciones a cargo del Estado Nacional y la ley 24.901 establece obligaciones a cargo de las Obras Sociales, la mayoría de aspectos prestacionales y con carácter educativo.
Así, "mientras el art 1 de la ley 22.431 instituye un sistema de protección "integral" de las personas discapacitadas, la ley 24.901 lo menciona como sistemas de "prestaciones básicas de atención integral", aunque al final del artículo se refiere a la "cobertura integral a sus necesidades y requerimientos". El art 1 de la ley 24.901 contempla "acciones de prevención, asistencia, promoción y protección", ampliando en este sentido las obligaciones de los prestadores a dos áreas no incluidas en la ley anterior: prevención y promoción, resultando la ley 22.431 de corte más asistencialista que preventivo. El art 1 del decreto reglamentario 1193/98 garantiza la "universalidad de la atención de dichas personas (personas con discapacidad)"[4]
El argumento medular del fallo de la Corte residió en que, si bien no se desconoce que *"...la integración educacional, laboral, familiar y social de la persona que sufre discapacidad constituye un principio fundante y orientador del sistema instituido legalmente..."* y aun cuando la prestación podría resultar beneficiosa para el adolescente, ni las leyes 22.431 y 24.901 (Decreto Reglamentario 1193/98) ni la Resolución MS 428/99 "... exigen la provisión de prestaciones de índole deportivo o recreacionales como las reclamadas en la causa" y, por ello, consideró que atento a que las actividades que desarrolla el proyecto Despertar, (recreativas, deportivas etc.) con profesores de educación física, (que no son profesionales de la salud ni especialistas en rehabilitación o tratamiento de personas con discapacidad) exceden el marco reglamentario del sistema de protección de la salud, aun cuando el afiliado sea discapacitado, por no encontrarse previstas en el Programa Médico Obligatorio y que, como consecuencia de ello, la petición de la actora

4 ROSALES, Pablo Oscar, 2011 Op. Cit. Pág. 2

carece de marco legal.
A modo de cierre, concluyó el fallo recordando que el derecho a la salud y la especial atención que merece la discapacidad, así como la totalidad de los derechos y garantías de raigambre constitucional *"...no son absolutos sino que deben ser desplegados con arreglo a las leyes que reglamentan su ejercicio, en la forma y extensión que el Congreso, en uso de sus facultades propias, lo estime conveniente a fin de asegurar el bienestar general (arts. 14 y 20 de la Constitución Nacional) con la única condición de no ser alterados en su substancia"*.
Y en esa línea, consideró que la Obra Social demandada no exhibió en el caso una conducta arbitraria o ilegítima, ya que, por el contrario, ofreció a la actora cubrir el costo de actividades alternativas a la solicitada pero dentro del marco de una prestación médico asistencial organizada y de manera excepcional, homologando al programa deportivo como centro de día categoría C, cubrir el costo de la asistencia del menor al proyecto Despertar al menos una vez por semana.

IV. La interpretación de los Tratados Internacionales y los derechos contenidos en la Carta Magna

De lo expuesto surgen dos cuestiones fundamentales. La interpretación de los tratados en consonancia con los límites que tiene todo derecho de raigambre constitucional, y como corolario de ello, en el caso puntual, los límites a las prestaciones de las Obras Sociales a partir de la noción de cobertura integral.
En relación a la primera cuestión, se advierte que para receptar la petición, el fallo de la Cámara Federal de San Martín, como lo dijimos, se basó en las disposiciones atinentes a la materia contenidas en la multiplicidad de tratados internacionales que consideró automáticamente aplicables al caso en virtud de la interpretación que de ellos debe hacerse conforme la Constitución y los arts. 1 y 2 del Código Civil y Comercial, haciendo hincapié en la garantía de protección integral y la progresividad de los derechos de todas las personas y en especial de los niños discapacitados, concluyendo en que correspondía acceder a la petición más allá de las disposiciones legales o de la obligatoriedad o no del tipo de prestación solicitada, agregando que la accionada no acreditó el desequilibrio económico que le ocasionaría brindar tal prestación.
Por su parte, el fallo de la Corte, al revocar la sentencia de la Cámara Federal, pone sobre el tapete la problemática a la que se enfrentan los jueces nacionales en relación a la interpretación y aplicación de las disposiciones contenidas en los Tratados y demás documentos internacionales incorporados a nuestra Constitución como así también, la obligatoriedad y efectos erga omnes de los fallos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y las resoluciones de los organismos que conforman el Sistema Interamericano de Derechos Humanos.
Es notable la influencia que han ejercido en el derecho interno los tribunales internacionales y por ende la aplicación de los tratados y de los pronunciamientos de los órganos del Sistema de Protección Interamericano. Las resoluciones emitidas por la Comisión Interamericana y la Corte Interamericana de Derechos Humanos han influido tanto en el derecho positivo como en el ámbito doméstico. Esto se evidencia claramente en los argumentos del fallo de la Cámara Federal como vimos.
Un sector de la doctrina destaca que a partir del caso "Almonacid Arellano vs. Chile"[5] la Corte Interamericana de Derechos Humanos sentó jurisprudencia sobre el control de

5 CIDH: Caso "Almonacid Arellano y Otros c/ Chile" Sentencia del 26 de Setiembre de 2006. http://www.cidh.org/demandas/12.057%20Almonacid%20Arellano%20Chile%2011jul2005%20ESP.pdf

convencionalidad que deben efectuar los jueces en el ámbito interno de cada país y según lo expresado por la Corte, los jueces internos deben velar porque los efectos de la Convención Americana sobre Derechos Humanos no sean mermados por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin. El control de convencionalidad debe ser asimismo efectuado respecto del derecho interno frente a todos los tratados y documentos internacionales ratificados por nuestro país. A partir de este fallo, la Corte IDH fue delineando en sentencias posteriores el concepto de control de convencionalidad, ampliándolo progresivamente, a tal punto de sostener que no sólo deben efectuarlo los jueces sino cualquier autoridad administrativa que se encuentre frente a una disposición contraria a la Convención Interamericana de Derechos Humanos y cuya aplicación signifique vulnerar sus postulados.

Conviene liminarmente esclarecer que, en todo sistema jurisdiccional, existe un ámbito de libertad creadora para los jueces que en Latinoamérica tiene la característica de no condicionar las decisiones, desde que son muy pocas las aplicaciones del principio del precedente obligatorio (stare decisis). Esto significa que, cuando un juez debe resolver, aplica su ciencia y conciencia a los hechos que resuelve. Para formar su convicción es preciso desmenuzar con inteligencia la aplicación de normas contenidas en un contexto global, es decir que, debe observar la totalidad del sistema y ordenar para el caso los contenidos, alcances y efectos de cada disposición. Respecto a las decisiones de la Corte IDH no existen dudas sobre la obligatoriedad de respeto y seguimiento cuando ella proviene de la jurisdicción contenciosa, aun cuando sean necesarias efectuar algunas aclaraciones al respecto lo cual excede el ámbito de este trabajo.

Es decir que, si bien nuestro país ha incorporado los Tratados de Derechos Humanos y otros tratados y disposiciones internacionales a la Carta Magna otorgándoles jerarquía Constitucional ello no significa de manera alguna que sus disposiciones sean aplicadas de manera automática a los casos que se presenten y que involucren derechos tutelados por éstos. Entendemos que en su fallo, la Corte, pondera los principios previstos en los documentos internacionales en correspondencia con los contenidos en las leyes aplicables al caso y concluye en que los primeros, no se ven afectados por los segundos en el caso concreto sometido a decisión, ya que no se observa que haya existido conculcación por parte de la demandada al derecho a disfrutar del más alto nivel de salud por parte del afiliado toda vez que se encuentra acreditado que le brinda la cobertura necesaria para el tratamiento de su enfermedad y rehabilitación en su totalidad y que además, sin obligación legal, le otorgó la cobertura de la asistencia al centro recreacional una vez por semana.

Este análisis de la Corte culmina en la segunda cuestión a la que nos referimos ut supra, en tanto que los derechos y garantías contenidos en nuestra Constitución no son absolutos si no que deben ser desplegados conforme a las leyes que reglamentan su ejercicio en aras de asegurar el bienestar general. De esta manera, el Supremo Tribunal pone el énfasis en que la actividad que desarrolla el proyecto Despertar cuya participación del menor se pretende a cargo de la Obra Social, no consiste en un tratamiento médico asistencial contemplado en la ley 24.901 ni incluida en el PMO, si no que se trata de una actividad recreacional y por tanto no puede considerársela dentro de las prestaciones a cargo de la Obra Social del Poder Judicial, ya que admitirlo, conduciría al absurdo de tener que solventar los gastos que demande cualquier actividad de tipo social con finalidad de recreación que los afiliados quieran realizar.

V. La actividad recreacional y deportiva en caso de personas con discapacidad, ¿integra la cobertura de las prestaciones de salud?

La noción de cobertura integral se refiere a la atención de la multiplicidad de requerimientos que comprende el postulado del pleno disfrute del derecho a la salud y que se encuentran contenidas tanto en las leyes de derecho interno referidas a esta materia como en los tratados y demás documentos internacionales que lo contemplan.
En cuanto a la discapacidad, ésta se trata de desigualdades naturales entre las personas puesto que han nacido con alguna limitación de cualquier tipo sea física y/o mental, o bien que, sin ser de nacimiento, la han adquirido en algún momento del transcurso de sus vidas, diferencias que deben ser compensadas a través de la adopción de medidas positivas que les permitan desenvolverse con dignidad otorgándoles una protección especial.
Siguiendo a Rosales, tenemos que las prestaciones básicas contenidas en la Ley 24.901 pueden resumirse de la siguiente manera:
A) El Capítulo IV de la ley (artículos 14 a 18) titulado "Prestaciones Básicas" (que por otra parte sin duda exceden la definición de básicas) determina cinco tipos de prestaciones: a) preventivas, b) de rehabilitación, c) terapéuticas educativas, d) educativas y, e) asistenciales. B) El capítulo V de la ley (artículos 19 a 28) titulado "Servicios Específicos". Estos servicios son personales del discapacitado a diferencia de los del capítulo siguiente que incluyen al grupo familiar. Como primera norma, la ley establece en su artículo 19 que la enumeración de servicios es meramente enunciativa, pudiendo ser ampliados según algunos criterios concretos (edad, situación socio-familiar, etc.), que fueron reglamentados por la resolución 400/99 para el sistema de Obras Sociales. En forma resumida, estos servicios específicos incluyen: a) Estimulación temprana: para promover el desarrollo del niño con discapacidad. b) Educación inicial: Incluye la primera etapa de la escolaridad, entre los 3 y los 6 años, en escolaridad común o especial, si es posible. c) Educación general básica: Se desarrolla entre los 6 y los 14 años o hasta la finalización del ciclo, dentro de un servicio especial o común. d) Formación laboral: Su finalidad es la preparación adecuada de la persona con discapacidad para la inserción en el mundo laboral. e) Centro de día: Es un servicio que se brindará al niño, joven o adulto con discapacidad severa o profunda, con el objeto de posibilitar el más adecuado desempeño en su vida cotidiana. f) Centro educativo terapéutico: Este servicio tiene como objetivo la incorporación de conocimiento y aprendizaje de carácter educativo a través de enfoques, metodologías y técnicas de carácter terapéutico y está dirigido a niños y joven cuya discapacidad motriz, sensorial y mental, no les permita acceder a un sistema de educación especial sistemático y requieren este tipo de servicios para realizar un proceso educativo adecuado a sus posibilidades. g) Centro de rehabilitación psicofísica: El objeto es la estimulación de las capacidades remanentes de la persona con discapacidad través de rehabilitación en un centro especializado. h) Rehabilitación motora: Este servicio tiene por finalidad la prevención, diagnóstico y tratamiento de las enfermedades discapacitantes de orden predominantemente motriz (...) i) Atención odontológica integral: que abarcará desde atención primaria hasta técnicas quirúrgicas complejas y de rehabilitación.[6]
Como lo hemos señalado, el fallo de la Corte consideró que las actividades deportivas, lúdicas y recreativas no se encuentran incluidas dentro de las prescripciones de la ley 24.901 ni en el Programa Médico Obligatorio, estableciendo de esta manera una limitación a la cobertura por parte de la Obra Social demandada referida a este aspecto, aun cuando como en el caso, el desarrollo de tales actividades puedan ser beneficiosas para el adolescente discapacitado, y sin que ello signifique desatender a la circunstancia

6 ROSALES, Pablo Oscar, art. cit.

de especial vulnerabilidad configurada por el tipo de hogar en que aquél vive, lo que no resulta suficiente a criterio de la Corte, para imponer a la entidad la obligación de solventarlas.

> *"En definitiva, si bien la ley habla de cobertura integral, en la práctica, determinar el alcance de las prestaciones a brindar por las distintas entidades, se hace en cada caso concreto en base al parámetro axiológico de la racionalidad".*[7]

VI. Conclusiones

Si bien la normativa interna debe adecuarse a la normativa internacional, conforme a los compromisos asumidos por nuestro país al ratificar los tratados internacionales, los derechos de raigambre constitucional o si se quiere supra constitucional, no son absolutos, sino que deben desplegarse conforme a las leyes que reglamentan su ejercicio como reiteradamente lo ha puesto de manifiesto la Corte Suprema, (fallos: 257:275; 262:205; 283:98; 300:1185; 305:831; 311:1132; 314:225, 315:952; 319:1165 y muchos otros precedentes citados en el fallo objeto de comentario).

> "Analizar o intentar analizar los límites de los derechos fundamentales representa en buena medida abordar el problema de la fuerza vinculante de los enunciados constitucionales, toda vez que, consagrados éstos por el texto constitucional, cabe preguntarse en qué medida es admisible introducir limitaciones en posiciones subjetivas que han sido proclamadas al máximo nivel normativo, más aún si, como ha quedado antes indicado en frase ya tópica, tales derechos condensan los supremos valores de la comunidad."[8]

Frente a estos derechos, regular su ejercicio en cada caso particular significa que, en aras de ellos no se vea menoscabado el bienestar general ni que tales derechos sean alterados en su substancia. Particular importancia reviste el principio de razonabilidad y respetar el contenido esencial del derecho en cuestión, para que, adecuado éste a sus justos límites, no se vea de esta manera menoscabado. En el caso puntual que comentamos, la Corte denegó la petición de la actora, para lo cual efectuó un correcto análisis, a partir de la normativa aplicable y, teniendo en cuenta la totalidad de las prestaciones que la Obra Social demandada se encontraba brindando al menor discapacitado concluyó que en atención a éstas, no podía exigírsele solventar la nueva actividad requerida al ser de carácter recreacional y no médica o de rehabilitación. De allí que, con argumentos magistralmente sintetizados, precisos y concisos, el fallo resulta respetuoso del derecho a la salud y de manera alguna altera su substancia. Es que, siempre que se limite un derecho constitucional en consonancia con el art. 14 de la Carta Magna, debe existir una fundamentación adecuada la que se observa en el caso.

> "Por otra parte, conviene recordar que los principales textos supranacionales que contienen declaraciones de derechos y respecto a los que no parece que se pueda dudar acerca de su vocación garantista, también contemplan la posibilidad de que los derechos humanos puedan hallarse sometidos a límites. Así, el artículo 29.2 de la Declaración de la ONU señala que en el ejercicio de sus derechos y en el disfrute de sus libertades toda persona estará solamente sujeta a las limitaciones establecidas por la ley, con el único fin

7 GÁZQUEZ, María Yanina, "El principio de razonabilidad en la cobertura de las prestaciones de salud", Revista Derecho y Salud UBP, https://revistas.ubp.edu.ar/index.php/rdys/article/view/48.

8 AGUIAR DE LUQUE, Luis. "Límites de los Derechos Fundamentales" (1993) Tomado de https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/1051173.pdf "31.07.2019".

> de asegurar el reconocimiento y respeto de los derechos y libertades de los demás, y de satisfacer las justas exigencias de la moral, del orden público y del bienestar general en una sociedad democrática".[9]

Para finalizar, resulta adecuado destacar que en nuestro país, el derecho a la salud se halla correctamente tutelado, tanto constitucionalmente luego de la reforma de 1994 como en el Código Civil y Comercial que en varios artículos contempla este derecho y la dignidad de la persona humana, sumado a las numerosas leyes específicas sobre la materia y merced a la labor jurisprudencial que ha ido plasmándose en la sentencias.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

• AGUIAR DE LUQUE, Luis (1993): "Límites de los Derechos Fundamentales",.

• CIDH: Caso "Almonacid Arellano y Otros c/ Chile" Sentencia del 26 de Setiembre de 2006. http://www.cidh.org/demandas/12.057%20Almonacid%20Arellano%20Chile%2011jul2005%20ESP.pdf

• GÁZQUEZ, María Yanina (2018): "El principio de razonabilidad en la cobertura de las prestaciones de salud", Revista Derecho y Salud UBP, Nro. 2,

• PALACIO DE CAERIO, Silvia B. (2015): Tratado de Derechos Humanos y su influencia en el derecho argentino, 1ra ed. Ciudad Autónoma de Buenos Aires, La Ley.

• ROSALES, Pablo Oscar: "La Discapacidad en el Sistema de Obras Sociales Nacionales, la Emergencia Sanitaria y los derechos de los beneficiarios con discapacidad"v https://es.scribd.com/doc/63600339/Ley-24901-LA-DISCAPACIDAD-EN-EL-SISTEMA-DE-OBRAS-SOCIALES-NACIONALES-Dr-Pablo-Oscar-Rosales

9 AGUIAR DE Luque, Luis, (1993) Op. Cit. Pág. 10.

Juzgado Civil 7 (Poder Judicial de la Nación)

Causa: Bertolini, Lara Maria c/ EN-M. Interior OP y V s/ Información sumaria

AUTOS Y VISTOS:
I.- A fs. 2/11 se presenta Lara María Bertolini e inicia la presente información sumaria a fin de solicitar la rectificación de los datos consignados en su partida de nacimiento y en su documento nacional de identidad, requiriendo que en los mismos se refleje su real identidad de género, esto es: "femineidad travesti".
Explica que luego de la entrada en vigencia de la Ley26.743 de Identidad de Género, ante su solicitud en el Registro Civil se le expidió una nueva partida de nacimiento y un nuevo documento de identidad, modificándose su nombre y consignándose como sexo "femenino". Manifiesta que su verdadera identidad no es "masculina" ni "femenina", por lo que estas únicas opciones del sistema binario de identificación de sexo de las personas, no son representativas de su identidad de género autopercibida.

En su minucioso escrito de inicio, sostiene, entre otros argumentos, que "la identidad de género de una persona es la que ella misma autopercibe y por ende hace a su esfera más íntima. En virtud de ello debe ser respetada dicha identidad, ya que de no hacerse lugar a su petición se estaría violando ese derecho, lo que implica una restricción al ejercicio de un derecho personalísimo como lo es el derecho a la identidad".

Funda en derecho y ofrece prueba documental.
A fs. 42 obra la contestación de la vista conferida a la Dirección del Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas, en la que se acompaña testimonio actualizado del nacimiento de la requirente, haciendo saber que en el año 2015, se procedió a realizar el cambio de identidad de género identificando a Lara María Berto-

HACIA UNA RUPTURA DE LA CONCEPCIÓN BINARIA DEL GÉNERO Y EL SEXO. EL CASO MARIA LARA BERTOLINI

A BREAK IN THE BINARY CONCEPTION OF GENDER AND SEX. THE MARIA LARA BERTOLINI CASE

Maria Milena Belanti[1]

RESUMEN:
El artículo analiza una nueva e importante sentencia respecto del Derecho a la Identidad de Género en Argentina, ampliando aún más el mismo en los márgenes de la Ley de Identidad de Género nacional.

ABSTRACT:
The article analyzes a new and important sentence regarding the Right to Gender Identity in Argentina, further expanding it in the margins of the National Gender Identity Law

1 Alumna avanzada de la Carrera de Abogacía de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Córdoba. Becaria de Pregrado del Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales (CIJS). Ha realizado intercambio de grado en la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid en el Curso Académico 2016/17. Correo electrónico: milena.belanti@hotmail.com – ORCID iD: https://orcid.org/0000-0002-3214-6720.

lini con el sexo "femenino," como lo peticionó la interesada, haciendo saber que según lo establece el art 36 de la Ley 26.413 las partidas de nacimiento deben contener en su inscripción "… el nombre, apellido y sexo…". Asimismo, indica que el art 13 de dicha norma establece que: "No podrán consignarse en las inscripciones enunciaciones improcedentes o que no deban declararse con arreglo a la ley", por lo que deja al elevado criterio de esta judicatura resolver lo que por derecho corresponda.
A fs.46/48 dictaminó la Sra. Fiscal quien luego de desarrollar sus pormenorizados fundamentos, -a los que adhiero y me remito en honor a la brevedad- y en virtud de lo dispuesto por el art 2 y cts de la Ley 26.743 opina que puede aprobarse la presente información.

El acta de fs. 50 da cuenta de la comparecencia de la Sra. Lara María Bertolini, conjuntamente con su letrado patrocinante, a la audiencia designada con la suscripta en los términos del art 36 CPCC y 706 del CCyC.

II.- La ley 26.743 de identidad de género (LlG) en el art. 1º "… reconoce a toda persona el derecho al reconocimiento de su identidad de género; al libre desarrollo de su persona conforme a su identidad de género; a ser tratada de acuerdo con su identidad de género y, en particular, a ser identificada de ese modo en los instrumentos que acreditan su identidad respecto de el/los nombre/s de pila, imagen y sexo con los que allí es registrada." Asimismo, la ley define a la identidad de género como "…la vivencia interna e individual del género tal como cada persona la siente, la cual puede corresponder o no con el sexo asignado al momento del nacimiento, incluyendo la vivencia personal del cuerpo. Esto puede involucrar la modificación de la apariencia o la función corporal a través de medios farmacológicos, quirúrgicos o de otra índole, siempre que ello sea libremente escogido. También incluye otras expresiones de género, como la vestimenta, el modo de hablar y los modales". (conf. art 2).
En cuanto al ejercicio del derecho, el art. 3 dispone que: "…toda persona podrá solicitar la rectificación registral del sexo, y el cambio de nombre de pila e imagen, cuando no coincidan con su identidad de género autopercibida…".

Palabras Claves: Identidad; Género; Ley.

Key Words: Identity; Gender; Law.

I. Introducción

Tal como sucede en gran cantidad de países, las personas trans[2] han sido durante mucho tiempo un grupo altamente marginado, estigmatizado, discriminado y prácticamente invisible dentro de la sociedad argentina. De manera muy lenta y de la mano de un incansable activismo social, la conquista de derechos va en aumento. Lo cierto es que el colectivo ha derramado ríos de sangre por cada derecho adquirido, siendo la Ley de Identidad de Género una de las conquistas más recientes y significativas. "Quiero decirles que hoy llegó el día en el que siento que no me voy a morir y pasar por esta vida como un fantasma, porque el día que me vaya voy a poder tener mi nombre y mi apellido en el responso", expresaba la activista cordobesa Claudia Pía Baudraco en los primeros debates en el Congreso de la Nación, por lo que terminaría en Ley de Identidad de Género. En este contexto, el caso que nos trae en esta oportunidad da pie para hablar nuevamente de colectivos vulnerables, de repensar el estado de los mismos, de cuestionarnos y recordar cómo operó la patologización de identidades a lo largo de la historia, cómo se superó en la actualidad y cuál es la implicancia identitaria que nos deja el caso en cuestión resuelto por una magistrada nacional en primera instancia. Vamos a ello.

2 A lo largo de este comentario se usará, principalmente, para incluir a todas las personas cuyo sentido de identidad de género difiere del sexo asignado al nacer -incluye personas travestis, transexuales y transgénero- el término "trans" "colectivo trans", o "grupo LGBTI+ " de manera indistinta o bien específicamente se usarán los nombres asignados a lo largo de la historia a las distintas autodeterminaciones identitarias. A su vez, a los fines de facilitar la lectura no se utilizarán recursos como X o @..

Asimismo, se desprende de la ley que "…los trámites para la rectificación registral… son gratuitos, personales y no será necesaria la intermediación de ningún gestor o abogado" (art. 6); una vez realizada la rectificación registral,... "sólo podrá ser nuevamente modificada con autorización judicial." (conf. Art. 8).

El art. 13 protege a su vez el ejercicio del derecho al establecer: "Toda norma, reglamentación o procedimiento deberá respetar el derecho humano a la identidad de género de las personas. Ninguna norma, reglamentación o procedimiento podrá limitar, restringir, excluir o suprimir 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".
Por ello y gracias al importante trabajo del activismo trans de Argentina, podemos afirmar que esta ley significó el paso del paradigma médico psiquiátrico al de los derechos humanos, de modo que esta ley, la más liberal del globo y ejemplo a nivel mundial, se funda en dos decisiones de política legislativa centrales: 1) se permite el cambio de género en el registro civil sin necesidad de acreditar ningún requisito, expresamente se manifiesta la no necesidad previa de modificación corporal alguna ni certificación de ningún tipo y 2) la autoridad pública que interviene es administrativa (registro civil) y no judicial. Se trata de dos consideraciones claves para poner fin a la patologización y estigmatización.

A partir de la LIG Argentina que estableció que el reconocimiento y respeto por la identidad de género es una cuestión de derechos humanos, que se debe garantizar porque es parte de ellos y no puede estar fundado en ninguna patología ni se puede exigir otro requisito que la voluntad de la persona, se sucedieron otras leyes que adoptaron esta misma postura. Así encontramos la ley de Dinamarca en 2014; la Ciudad de México, Malta, Colombia e Irlanda en 2015; y Noruega en 2016 y Portugal en 2018. (Eleonora Lamm, Identidad de Género. Sobre la incoherencia legal de exigir el sexo como categoría jurídica. Actualidad Jurídica Iberoamericana, ISSN 2386-4567, IDIBE, núm. 8, feb. 2018).

II. Una breve descripción del caso

El caso que nos trae en esta oportunidad, tiene como protagonista a Lara María Bertolini, quien se acerca a la justicia nacional con la intención de que se reconozca su verdadera identidad de género. Lara es una reconocida activista trans, miembro de distintas organizaciones en la materia, como la Colectiva LohanaBerkins, Abosex y Cooperativa las Bases. Es modista de alta costura, estudiante de abogacía, diplomada en salud sexual y reproductiva con visión en DDHH, y trabaja para La Procuración General de la Nación[3].
Y es que, como a todas las personas, a Lara también le asignaron un sexo al momento de su nacimiento. Sin embargo, sería recién en el año 2015, que pudo solicitar el cambio de la misma, identificándose entonces con el sexo "femenino". Hasta aquí, nada puede sonar extraño, dado que todas las personas tenemos esta posibilidad gracias al hito histórico que significó la entrada en vigencia de la Ley de Identidad de Género en nuestro país.
No obstante, lo que motiva esta decisión judicial de marzo de 2019, es la solicitud acerca de que se reconozca su verdadera identidad de género, la cual no se identificaba realmente con ninguna de las opciones que ofrece el sistema binario de identificación de sexo. Es que ella no se autopercibe como "masculino", más tampoco como "femenina". Expresa en su presentación, que ninguna de esas opciones excluyentes la representa, por lo que solicita que se rectifiquen los datos consignados en su partida de nacimiento

3 REVISTA ANFIBIA. (consultado en Agosto de 2019). San Martín, Provincia de Buenos Aires. Ver mas en: http://revistaanfibia.com/autor/lara-maria-bertolini/; TRAVAZONA (Consultado en Agosto de 2019); Buenos Aires. Ver mas en: http://travazona.com/quien-soy/..

III.- Ahora bien, no podemos dejar de resaltar que la Ley 26.743 se sancionó en el año 2012, es decir con anterioridad a la entrada en vigencia del Código Civil y Comercial de la Nación (CCyC) en el 2015, y desde entonces, afortunadamente, mucha agua ha pasado bajo el puente y mucho se ha avanzado en el reconocimiento de derechos. El camino en este campo se fue abriendo progresivamente, reflejándose en la evolución de ciertos conceptos, -como veremos más adelante- los que fueron interpretados ampliamente en el reciente caso del Registro Provincial de Mendoza, en su Resolución Nro. 420, que marcó, sin dudas, la ruptura de la concepción binaria del género.

Por ello, a fin de resolver la presente solicitud, la LIG deberá interpretarse y aplicarse en forma armónica con las disposiciones del CCyCN y de los principios que integran el bloque de constitucionalidad en el que se encuentra su basamento.

En un Estado constitucional y convencional de derecho, todos los derechos fundamentales y los derechos humanos tienen a priori y en abstracto la misma jerarquía. Dichos derechos, al estar conformados bajo la estructura de normas abiertas e indeterminadas, posibilitan la existencia del pluralismo y la tolerancia en sociedades de composición heterogénea.
La conjugación de los arts. 1º, 2º y 3º del CCyC establece que los jueces y juezas deben resolver los casos que lleguen a su conocimiento mediante una decisión razonablemente fundada, la cual es producto de aplicar la fuerza normativa de la Constitución y los tratados de derechos humanos como una regla de reconocimiento plenamente operativa que resignifica y resimboliza de forma permanente los contenidos del derecho de familia (GIL DOMÍNGUEZ, Andrés, "El Estado constitucional y convencional de derecho", Ed. Ediar, Buenos Aires, 2016, 2ª ed. ampliada y actualizada.)
Oportunamente, la Comisión Redactora del Código Civil y Comercial sostuvo: "… queda claro y explícito en la norma que la interpretación debe recurrir a todo el sistema de fuentes. … es necesario que los operadores

y en su documento nacional de identidad, requiriendo que en los mismos conste su real identidad de género: "Femineidad travesti".
Su argumento más importante es que "la identidad de género de una persona es la que ella misma autopercibe y por ende hace a su esfera más íntima. En virtud de ello debe ser respetada dicha identidad, ya que de no hacerse lugar a su petición se estaría violando ese derecho, lo que implica una restricción al ejercicio de un derecho personalísimo como lo es el derecho a la identidad". Por el contrario, la Dirección del Registro del Estado Civil y Capacidad de las personas, apelando a su normativa Ley 26.413, expone que "no podrán consignarse en las inscripciones enunciaciones improcedentes o que no deban declararse con arreglo a la ley".
La jueza Cataldi, hace un análisis pormenorizado y explicativo de la Ley de Identidad de Género N° 26.743 en Argentina, desde el reconocimiento del derecho a la identidad de género, pasando por su definición y ejercicio del mismo. Se deja en claro además, el gran cambio de paradigma que implicó esta legislación, ejemplo a nivel mundial, porque significó el paso del paradigma médico psiquiátrico al de los derechos humanos.
El otro gran polo que merece especial y trascendental análisis en este caso es la critica a la idea esencialista de que los géneros son inmutables y encuentran su arraigo en la naturaleza. De la mano de ello se sienta un precedente que plasma la ruptura del la concepción binaria del género y del sexo, explicando que aquella está basada en categorías sociales y políticas que lo binarizan, e invitándonos a entender que es en esto en que se fundan las distinciones que a lo largo de la historia nos han impuesto arbitrariamente, y nos han hecho partícipes de una exclusión histórica.
En este orden de ideas, reafirmándose que el supuesto punto de referencia que implica la clasificación hombre/mujer-femenino/masculino se diluye en la práctica con realida-

jurídicos tengan guías para decidir en un sistema de fuentes complejo, en el que, frecuentemente, debe recurrirse a un diálogo de fuentes, y a la utilización no solo de reglas, sino también de principios y valores…".

Así, los arts. 1º y 2º nos marcan el sendero por donde debe transitar la interpretación de las normas señaladas en vinculación con el caso concreto y el principio de buena fe establecido por el art. 9º del CCyC implica que los derechos deben ser ejercidos (y en consonancia determinados) conforme lo establece la Constitución y los instrumentos internacionales sobre derechos humanos.

IV.- Ahora bien, literatura especializada sostiene: "Muchos de los conceptos relativos al género que se utilizan en las culturas occidentales se basan en una concepción binaria del sexo, que considera que existen básicamente dos polos opuestos: varón-mujer, masculino-femenino, hembra-macho. No obstante, la literatura reciente explora el género y el sexo, como continuos conceptuales.

Sucede que este binario según el cual en el DNI y demás documentación de una persona solo puede consignarse el "femenino" o el "masculino" ya no existe, no solo en materia de sexo y género sino también de relaciones, por lo que se presentan hoy caduca esa clasificación, en tanto se han derrumbado las categorías que permitían ubicarlos en uno u otro…Es decir, no hay dos géneros (1) que se corresponden con dos sexos. Esta ruptura de la concepción binaria del género también se presenta respecto del sexo, en tanto también es necesario deconstruir las categorías sociales y políticas que lo binarizan, o simplemente entender que la distinción se funda en ellas. Ya no se puede afirmar que hay dos sexos, sino una multiplicidad de características sexuales que son compulsivamente encasilladas en dos categorías sexuales. (2) Pero, además, de los supuestos sexos no se desprenden los géneros, sino que el género es independiente del sexo; tanto el sexo como el género son cristalizaciones de ciertas prácticas sociales, modos de interpretar, clasificar y disciplinar a los cuerpos. De esta manera, hay tantos géneros como identidades, y por ende tantas identidades de género como personas.

.....

des de género que superan tal clasificación y que hoy, gracias a tanta lucha y activismo, tienen el amparo de la ley; la magistrada entendió que corresponde "ahora evolucionar hacia la diversidad y no forzar el encuadre en categorías arbitrarias", haciendo lugar al pedido de Lara María Bertolini, quien pudo tener a partir de aquí, en el campo reservado para el sexo de sus documentos identificatorios, la identidad con la que ella se autopercibe, "femineidad travesti".

III. Algunas aproximaciones y perspectivas terminológicas: Desde el origen de la patologización hasta la actualidad

Las principales nombres que actualmente definen las identidades de género nucleadas como trans surgieron, históricamente, en la tensión y el diálogo entre el discurso psicomédico y los primeros activismos que discutieron la heterosexualidad obligatoria y la distribución social tajante de las personas entre varones y mujeres.

Si bien el uso de las ciencias psico-médicas estuvieron directamente ligadas a garantizar los derechos de las personas, y no a condenarlas socialmente con diagnósticos descalificantes, la continuidad institucional de esos primeros usos activistas fue instalándolos en imaginarios de anormalidad y patología, reorientando un proceso de persecución policial e institucional, exclusión social y ciudadana, y criminalización.

A principios del siglo XIX se utilizaban por primera vez las palabras "homosexual" y "heterosexual" por parte del escritor húngaro Károly Mária Kertbeny, que remitía a los escritos del jurista Karl Heinrich Ulrichs, quien justificaba su preferencia sexual por otros varones como un hecho que obedece a una naturaleza diferente y a la que le dio el nombre de "uranismo". De esta manera, al sostenerla como innata se intentaba destruir la base jurídica y moral de la persecución que se centraba en calificar estas prácticas

Esto se refleja claramente y se exponencia con las identidades trans en las que no importa la biología. (3) Hay un desprendimiento absoluto entre cuerpos e identidades, si entendemos los cuerpos sobre la base de las asociaciones efectuadas en las categorías sexuales. En las identidades trans, cualquiera sea el cuerpo, lo que importa es la identidad que es independiente de toda biología. Las identidades trans implican una ruptura, diría yo casi absoluta, con el biologicismo." (Lamm Elenora, Autonomía, cuerpo e identidades. ¿Incorporar un tercer sexo o eliminarlos todos? Revista de Derecho de Familia Nro. 85, 10/07/2018, Abeledo Perrot; Cita Online: AP/DOC/367/2018. 1)- En términos de Judith Butler, podría decirse que "un discurso restrictivo de género que insista en el binario del hombre y la mujer como la forma exclusiva para entender el campo del género performa una operación reguladora de poder que naturaliza el caso hegemónico y reduce la posibilidad de pensar en su alteración" BUTLER, J.: Deshacer el género, Paidós, Barcelona, 2006, pp. 70/71. 2)- Los Principios de Yogyakarta Plus 10 definen las características sexuales como las características físicas de cada persona en relación con el sexo, incluidos los genitales y otras anatomías sexuales y reproductivas, cromosomas, hormonas y características físicas secundarias que emergen de la pubertad. 3)- Se critica a la idea esencialista de que las identidades de género son inmutables y encuentran su arraigo en la naturaleza, en el cuerpo o en una heterosexualidad normativa y obligatoria ("heteronormatividad"). BUTLER, Judith, El género en disputa. El feminismo y la subversión de la identidad, Paidós Ibérica, Madrid, 2007.)

Siguiendo esta línea, la reciente Opinión Consultiva número 24 de la Corte IDH sobre Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo, (oc-24/17 de 24 de noviembre de 2017 solicitada por la República de Costa Rica): separa a la genitalidad de la decisión libre y autónoma que guía la construcción de la identidad de género que realiza cada persona, en el sentido de que la genitalidad no tiene por qué ser necesariamente destino de un género determinado.

Al respecto, el párrafo 95 expone que: "el sexo, así como las identidades, las funciones y los atributos cons-

como antinaturales. Con el paso del tiempo y el uso y difusión de dichos términos se logra que se impongan en el discurso científico, utilizando estos últimos la argumentación del innatismo tanto para defender sus derechos como para patologizar sus prácticas.
En cuanto al término "travesti" surge de la mano del médico Magnus Hirschfeld en el 1911, ya que en su libro llamado "los travestidos", usó ese término para definir un cuadro clínico descripto como "el deseo de usar ropas del sexo opuesto". En 1919 Hirschfeld también creó y dirigió el Instituto para la Ciencia Sexual que inició los estudios sobre sexualidad a nivel mundial, institución que constituyó la Liga Mundial por la Reforma Sexual que reclamaba por los derechos civiles y la aceptación social de "homosexuales" y "travestis".
La experimentación de incorporar hormonas sexuales en los cuerpos, y operaciones de modificación genital se dio en 1948, cuando el endocrinólogo alemán Harry Benjamin comenzó a tratar con estrógenos a una persona que había formado su infancia como un niño pero que se autopercibía como niña. En 1954 introdujo el término "transexual" en la comunidad médica para nombrar a aquellas personas que desean una modificación genital, ya que hasta entonces no se diferenciaba de travestismo.
Fue después de la segunda guerra mundial que desde Estados Unidos se produjeron las principales justificaciones para patologizar la homosexualidad, la transexualidad, el travestismo y la intersexualidad. En 1952 se publicó la primera versión del Manual diagnóstico y estadístico de trastornos mentales de la Asociación Americana de Psiquiatría, -conocido por sus siglas en inglés como DSM- con el objetivo de simplificar los debates de las diversas escuelas de psiquiatría y psicología en una única perspectiva. Aquí se incluyeron como diagnóstico todas las diversas prácticas y orientaciones sexuales que se distanciaban de la heterosexualidad tradicional con fines reproductivos, al igual que

truidos socialmente que se atribuye a las diferencias biológicas en torno al sexo asignado al nacer, lejos de constituirse en componentes objetivos e inmutables del estado civil que individualiza a la persona, por ser un hecho de la naturaleza física o biológica, terminan siendo rasgos que dependen de la apreciación subjetiva de quien lo detenta y descansan en una construcción de la identidad de género auto-percibida relacionada con el libre desarrollo de la personalidad, la autodeterminación sexual y el derecho a la vida privada". (http.//www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_24_esp.)

Esclareciendo estos conceptos, los Principios de Yogyakarta, en su primer documento del año 2006, actualizados en 2017 (Yogyakarta Principios plus 10) entienden que la identidad de género "…se refiere a 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."

En el principio adicional 31 sobre reconocimiento legal que prevé: "... Los estados deberán: b. Asegurar el acceso a un mecanismo rápido, transparente y accesible para cambiar los nombres, incluidos los nombres neutros de género, basado en la autodeterminación de la persona; c. Mientras el sexo o el género continúe siendo registrado: i. Asegurar un mecanismo rápido, transparente y accesible que reconozca y afirme legalmente la identidad de género autodefinida de cada persona; ii. Poner a disposición una multiplicidad de marcadores como opciones de género; iii. Asegurar que ningún criterio de elegibilidad como intervenciones médicas o psicológicas, diagnóstico psicomédico, edad mínima o máxima, estado económico, salud, estado civil o parental, o cualquier opinión de un tercero, sea requisito previo para cambiar el nombre, el sexo legal o el género…" (http://www.yogyakartaprinciples.org). Así también los consigna claramente la Declaración de San José de Costa Rica de marzo del 2018, que recomienda a los Estados: "Abolir el sexo como categoría legal por ser con-

las distintas expresiones e identidades de género que no cumplían con las convenciones establecidas.

De la mano de este ocultamiento de identidades en "cuadros clínicos y patologías", se concibió la idea de que la humanidad está dividida entre varones y mujeres a partir de una correspondencia entre dos genitalidades (macho o hembra) que se asignaron a dos posibles y tajantes roles sociales (masculino o femenino), concibiendo a los rolles de género como modelos culturales identitarios contrapuestos, que orientan actuaciones diferenciadas para varones y mujeres a través de actividades, vestimentas, juegos, colores, gestos, etcétera. Todas las personas que se animaron a cuestionar su roll de género asignado se señalaron como poseedoras de anomalías, rarezas, síndromes, trastornos o patologías, estigmatizando y diferenciándolas jerárquicamente de las demás.

Los primeros "tratamientos" que se asignaron ante estas "anomalías" fueron intervenciones de modificación genital. John Money, médico y psicólogo se especializó en ellas, alentando a realizarlas "lo antes posible", porque consideraba que el género se asimilaba muy tempranamente. Las consecuencias físicas psicológicas y emocionales que estos procedimientos produjeron fueron fuertemente denunciadas desde la década de los '90.

Paralelamente, movimientos activistas denunciaron que la medicina y la psiquiatría justificaban la discriminación que sufrían tanto las mujeres como aquellas personas cuyas prácticas sexuales, expresiones e identidades de género no se ajustaban a la heterosexualidad y al binario varón masculino/mujer femenina, logrando la eliminación de la "homosexualidad" del Manual de Diagnósticos y Estadísticas, (1974).

Muy largo seria el camino de lucha recorrido entre los incansables activismos y las ediciones de los catálogos de diagnósticos internacionales, -como la CIE de la OMS y el

signado en documentos oficiales (partida de nacimiento, cédulas de identidad, pasaportes, etc.)".

V. Estos nuevos conceptos, fueron receptados por la Dirección General del Registro de Estado Civil de las Personas de la Provincia de Mendoza en la Resolución Nro. 420 del 1° de noviembre de 2018,en la que habiendo dictaminado la Dirección de Derechos Humanos de la Suprema Corte de Mendoza, se hizo lugar al pedido efectuado por una persona manifestando su deseo en cuanto se le consignen en su partida de nacimiento y DNI los nuevos prenombres por no corresponderse con su identidad de género autopercibida, pero que no se le consigne sexo alguno.

Entre los argumentos en los que fundó su decisión, el Registro Civil Provincial sostuvo: "Que resulta importante destacar la interpretación y alcance de la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH) efectuada por la (CIDH) en la Opinión Consultiva nro. 24/17 …en la que prescribe que la orientación sexual y la identidad de género, así como la expresión de género, son categorías protegidas por la Convención y que ninguna norma, decisión o práctica de derecho por parte de autoridades estatales, pueden disminuir o restringir de modo alguno, los derechos de una persona a partir de su orientación sexual, su identidad de género y su expresión de género.

Conforme al derecho internacional, los Estados deben garantizar un acceso asequible al más alto nivel posible de afirmación de género sin el requisito de un diagnóstico de trastorno mental o enfermedad y surge en forma clara el reconocimiento de la afirmación de la identidad sexual y de género, como una manifestación de la autonomía personal.
Que el cambio de nombre y en general la adecuación de los registros públicos y de los documentos de identidad para que estos sean conformes a la identidad de género autopercibida constituye un derecho protegido en los arts. 3,7.1, 11.2 y 18 de la Convención Americana, en relación con el art 1.1 y 24 del mismo instrumento,

DSM de la APA- que presentaban continuamente las distintas identidades de género como diagnosticos patológicos, desarrollado abordajes y tratamientos preventivos a los jóvenes con dichas manifestaciones. Esto principalmente, a partir de 1992 que se incluye a la "transexualidad" y los "trastornos de identidad de género en adolescentes o adultos" dentro de las enfermedades mentales, y definió tres trastornos diferentes: "trastorno de la identidad sexual de la infancia", "travestismo de rol doble" y "transexualismo".
Con el paso del tempo, las teorizaciones sobre género se trasladaron desde la medicina a las ciencias sociales, y los nuevos debates entre activismos y academia dieron base a los "estudios de género" que se extendieron rápidamente a partir de la década de 1980, y colaboraron directamente con la despatologización, formulando un nuevo paradigma que reconoce como derechos humanos fundamentales a las diversas expresiones de las personas y su autonomía en las decisiones relacionadas con sus cuerpos.
El derecho Internacional, informes y documentos se han expedido sobre ello. En este sentido debe hacerse mención a los Principios de Yogyakarta (2007), que establecieron los estándares fundamentales para que las Naciones Unidas y los Estados garanticen la protección de los derechos humanos a las personas LGTBI; el Informe "Derechos Humanos e Identidad de Género" (2009) de Thomas Hammarberg, Comisario de Derechos Humanos del Consejo de Europa, y una Resolución aprobada por el Parlamento Europeo sobre Derechos Humanos, Orientaciones Sexuales e Identidades de Género de las Naciones Unidas (2011), por la que se insta a la Organización Mundial de la Salud (OMS) a dejar de considerar a las expresiones y/o identidades trans como "trastornos mentales". Sería recién desde el año 2007 que se realiza la campaña mundial "Stop Patologización Trans" (Stop Trans Pathologization), con el objetivo de que se retiren la "disforia de

por lo que los Estados están en la obligación de reconocer, regular y establecer los procedimientos adecuados para tales fines, en los términos establecidos en los párrafos 85 a 116.

Asimismo, enfatizó que, la CIDH señala que los Estados deben desplegar sus esfuerzos para que las personas interesadas en que se reconozca su identidad de género autopercibida en los registros, así como en los documentos de identidad, no tengan que emprender varios trámites ante una multiplicidad de autoridades.

VI.-Ahora bien, existe en nuestra ley la posibilidad de que una persona, en este caso mayor de edad, pueda exigir ser inscripta en sus documentos como "Femineidad Travesti", es decir, no como femenina ni masculina, si esa es su vivencia interna e individual del género?.

Laura Saldivia enfatiza que "el binarismo que pareciera conservar la ley termina siendo una fachada que se cae no bien se rasga un poco. (…) El supuesto punto de referencia sobre el género de las personas que implica la clasificación hombre/mujer se diluye en la práctica con realidades de género que superan tal clasificación y que hoy tienen el amparo de la ley." (Saldivia Menajovsky, L. Subordinaciones Invertidas. Colección: Política, políticas y sociedad. Editorial: Universidad Nacional de General Sarmiento. 04/2017, pp. 137).

La ley 26.743 al permitir y establecer que la identidad de género es la "vivencia interna e individual del genero tal como cada persona la vive"-absolutamente desligado de cualquier biología- está permitiendo otras identidades fuera del binario, es decir no limita el cambio registral del sexo de femenino a masculino o viceversa, sin admitir la inscripción de un sexo distinto, el propio de cada persona.

Resumiendo, la LIG permite, por un lado, efectuar la rectificación registral del sexo, y cambio de nombre de pila e imagen. Para ello basta un trámite administrativo, que se efectúa ante el registro civil y que es absoluta-

género"[4] y los "trastornos de la identidad de género" de las próximas ediciones de los catálogos diagnósticos internacionales. También, para profundizar la lucha por el acceso pleno a los derechos a la salud integral de las personas trans. Propone, además, la inclusión de una mención no patologizante en la CIE-11 para facilitar la cobertura pública de la atención sanitaria de las personas trans.
En agosto de 2014, el Grupo de Trabajo de la OMS, que se especializa en la clasificación de trastornos sexuales y salud sexual, publicó un documento con sus recomendaciones. En él se anunció el retiro de las categorías que aluden a lo trans del capítulo V, y la introducción de dos categorías nuevas: "Incongruencia de género en adolescentes y adultos" e "Incongruencia de género en la infancia". Finalmente, el documento sugirió sumarlas en un nuevo capítulo llamado "Condiciones relacionadas con la salud sexual".

IV. La necesidad de definir para reconocer y exigir derechos

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos, (En adelante CIDH) ha elaborado un Informe denominado "Orientación sexual, identidad de género y expresión de género: algunos términos y estándares relevantes"[5], ya que existen definiciones y conceptualizaciones realizadas desde diferentes áreas del conocimiento tales como la sociología, la psicología la medicina. Así, desde el ámbito jurídico surge la necesidad de hacerlo toda

4 Se utilizó para referir al "disgusto o malestar que una persona supuestamente tenía en relación con el sexo que le fuera asignado al nacer.".

5 Orientación Sexual, Identidad de Género Y Expresión de Género: Algunos Términos y Estándares Relevantes. Ver mas en: https://www.oas.org/es/cidh/lgtbi/docs/CIDH.%20Estudio%20sobre%20OS,%20IG%20y%20EG.%20T%C3%A9rminos%20y%20est%C3%A1ndares.doc.

mente gratuito; la única exigencia es el consentimiento de la persona, el que manifieste su voluntad de cambiar sus datos registrales.
Siguiendo estos criterios, se puede afirmar que corresponde ahora evolucionar hacia la diversidad y no forzar el encuadre en categorías arbitrarias.

Asimismo, al establecer la ley en el art. 8 que la rectificación registral, solo podrá ser nuevamente modificada con autorización judicial, es decir cuando la petición implique volver al estado anterior a aquella, no cuando -como en el caso de marras- la petición se realiza con el fin de "profundizar" o "completar" el cambio ya inscripto. Por ello, se concluye que la presente solicitud debió haberse resuelto en sede administrativa y no judicial.

VII.- En consecuencia por todo lo expuesto, en relación al pedido aquí efectuado y en consideración a la vivencia interna e individual de la persona requirente, conforme el artículo 2 y cts de la ley 26.743, resultando indispensable aplicar lo que establece la CN y los TIDH con jerarquía Constitucional, es decir el sistema legal, constitucional y convencional argentino, de tal forma que el Registro Civil, en su carácter de órgano estatal administrativo, encargado del cumplimiento efectivo del derecho a la identidad de las personas se ajuste en su accionar al mismo, evitando la conculcación de los derechos allí consagrados, RESUELVO: 1)Aprobar la presente información sumaria haciendo lugar a lo solicitado. 2) Ordenar al del Registro Civil y Capacidad de las Personas proceda a la rectificación registral en la partida de nacimiento de la Sra. Lara María Bertolini, DNI Nro. 24.870.996, Tomo: 1JCE, N° 18, Año 2015, en el sentido que, en el campo reservado para el sexo, deberá consignarse "Femineidad travesti" en lugar de "Femenino". 3) Oportunamente, se deberá informar al Registro Nacional de las Personas (RENAPER) para que emita un nuevo DNI de la persona interesada, a la que se deberá prestarle la asistencia necesaria para el envío y seguimiento del trámite, a fin de asegurar un mecanismo rápido. 4) Hacer saber al Registro Civil que, en lo sucesivo, con el fin de garantizar y reconocer legalmente la

vez que ello permita el reconocimiento y la exigibilidad de derechos.[6] En dicho informe se señala que las definiciones y conceptos elaborados por la Comisión misma son un piso mínimo que sirve de referencia pero no constituye definiciones ni categorías cerradas ni definitivas: "...En el presente compendio se hace referencia a estas categorías con el propósito de presentar un lenguaje común que puede servir de punto de referencia. La CIDH no procura a través de este documento acuñar definiciones propias, establecer categorías cerradas ni fijar límites entre distintas personas con base en su orientación sexual, identidad de género o expresión de género, o pretender que alguna definición o categorización tiene aceptación o uso universales...".
Dicho esto y con estas necesarias aclaraciones, según el referido marco conceptual elaborado por la CIDH, las personas "trans" son aquellas que "su identidad de género no corresponde con la asignada al nacer". En cuanto al término "travesti", la CIDH explica que se ha utilizado para referirse a "varones que, con frecuencia a muy temprana edad, adoptan nombres, estilos de vestimenta, peinado y pronombres lingüísticos femeninos. Pueden o no tomar hormonas femeninas, modificar sus cuerpos mediante siliconas y/o someterse a cirugía de reasignación de sexo. Por lo general, las travestis no se definen ni como hombres ni como mujeres sino que reivindican su identidad propia"[7]
Más allá de las definiciones estipuladas por la CIDH, actualmente, desde varias organizaciones nacionales e internacionales se promueve el uso de la palabra "trans" para

6 BRAVO, Valencia Juliana. "Comentario al estudio "Orientación sexual, identidad de género y expresión de género: algunos términos y estándares relevantes". Disponible en (consultado en Agosto de 2019): http://www.saij.gob.ar/doctrina/dacf130356-bravo_valencia-comentario_al_estudio_orientacion.htmlgtbi/docs/CIDH.%20Estudio%20sobre%20OS,%20IG%20y%20EG.%20T%C3%A9rminos%20y%20est%C3%A1ndares.doc.

7 Orientación Sexual, Identidad de Género y Expresión De Género: Algunos Términos Y Estándares Relevantes. Ver mas en: https://www.oas.org/es/cidh/lgtbi/docs/CIDH.%20Estudio%20sobre%20OS,%20IG%20y%20EG.%20T%C3%A9rminos%20y%20est%C3%A1ndares.doc.

identidad de género autodefinida de cada persona, las solicitudes como la del presente caso se realizarán en ese órgano estatal administrativo, a cuyo efecto, deberá ponerse a disposición una multiplicidad de marcadores como opciones de género. 5) Notifíquese por Secretaria y a la Sra. Fiscal en su despacho. 6) Líbrense oficios al Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas y al Registro Nacional de las Personas con copia certificada de la presente. 7) Comuníquese al CIJ y oportunamente, archívese.

identificar a "transexuales", "travestis", "transgéneros", y otras formas afines de expresarse y nombrarse, con el objetivo de resaltar el valor político de la autodeterminación identitaria y diferenciarse de las denominaciones psico-médicas a las que obedecen aquellos términos. Desde esta perspectiva, "trans" no solo alude a aquellas personas que viven en un género diferente al asignado al nacer, sino también a aquellas que eligen el tránsito entre los géneros, o no se identifican con ninguno, sin importar que se hayan realizado o no modificaciones hormonales y/o quirúrgicas. Así, si bien hoy en día se ha popularizado la simplificación en el término "trans" para englobar a la gran mayoría de las autopercepciones, algunas personas todavía se reivindican como "transexuales" o "travestis" resignificando sus sentidos originales. Diana Helena Maffía lo expone claramente refiriendo a las travestis, que "al nombrarse como tales, no sólo rechazan el valor denigratorio que se le había dado a este término y lo revierten en identidad en un gesto de subversión semiótica, sino que también rechazan la pretensión académica de subsumirlas en una categoría abarcadora como la de transgénero, así se constituyen como colectivo mediante la apropiación de un término que subvierte la dicotomía masculino/femenino generando una enorme violencia sobre los sentidos prevalecientes que mucho tiene que ver con la violencia efectiva que los cuerpos de las travestis sufren cotidianamente".[8]

En este sentido, a los fines de emplear una escritura respetuosa a lo largo de este comentario se usará, principalmente, para incluir a todas las personas cuyo sentido de identidad de género difiere del sexo asignado al nacer -incluye personas travestis, tran-

8 http://dianamaffia.com.ar/archivos/Los-cuerpos-como-frontera.pdf.

sexuales y transgénero- el término "trans" "colectivo trans", o "grupo LGBTI+[9]" de manera indistinta o bien específicamente se usarán los nombres asignados a lo largo de la historia a las distintas autodeterminaciones identitarias. A su vez, a los fines de facilitar la lectura no se utilizarán recursos como X o @.

V. El cambio de paradigma que significó la entrada en vigencia de la Ley de Identidad de Género en Argentina

Desde la década de 1970, en diferentes países, se sancionaron leyes para dar un reconocimiento estatal a las identidades trans. Así, sucedió en Suecia (1972), Alemania (1980), Italia (1982), Holanda (1985), Australia (1988 y 1993), Turquía (1988), Nueva Zelanda (1995), Finlandia (2002), Sudáfrica (2003), Reino Unido (2005), España (2007), Bélgica (2007), México DF (2008), Uruguay (2009) y Portugal (2011). Sin embargo, estas normativas autorizan el cambio registral de nombre y "sexo" en los documentos solo a aquellas personas que se someten a protocolos psico-médicos de evaluación y diagnóstico del género auto percibido.

En Argentina, con anterioridad a la campaña mundial de "Stop Patologización Trans", y luego en consonancia con sus reclamos a nivel mundial, los distintos activismos trans, han debatido e intervenido críticamente en relación con el peso que ha tenido la clasificación diagnóstica como estrategia histórica para garantizar la legalidad y la legitimidad de ciertas construcciones identitarias.

La Ley de Identidad de Género (en adelante LIG) se promulgó en nuestro país el 23 de mayo de 2012. La norma contempla el derecho de toda persona al reconocimiento de su identidad autopercibida, al desarrollo de su vida como la de cualquier otra y al trato respetuoso con su elección de género, sin patologizarlas ni judicializarlas. Un reclamo tan humano, justo y simple, como esencial para la vida de cualquiera. La Ley significo un verdadero hito histórico que escuchó las voces de grupos trans basándose en la autodeterminación de la persona y representó el paso del paradigma médico psiquiátrico al de los derechos humanos, siendo una de las únicas del globo que desestima la necesidad de pasar por tratamientos o peritajes psico-médicos, como ocurre en otros países, para realizar el cambio registral en partidas de nacimiento y DNI. En este sentido, no establece entonces como más legítima a una decisión externa –ya sea médica, psiquiátrica o psicológica- que a los deseos expresados por cada persona de acuerdo con su autopercepción, reconociendo así este derecho personalísimo, y promoviendo su ejercicio con simplicidad y sencillez ante la autoridad administrativa, mediante una declaración jurada, sin ser necesario –por regla- pasar por ninguna instancia judicial

Uno de los puntos transversales de la ley, es el artículo 2, el cual adopta una definición de identidad de género en una amplia concepción, que en consonancia con los Principios de Yogyakarta -que establecieron, en 2007, los estándares fundamentales para que las Naciones Unidas y los Estados garanticen la protección de los Derechos Humanos a las personas LGTBI- esgrime que es "la vivencia interna e individual del género tal como cada persona la siente, la cual puede corresponder o no con el sexo asignado al momento del nacimiento, incluyendo la vivencia personal del cuerpo."

Realmente es difícil tomar dimensión que, al momento del natalicio de cada persona de este globo, hay un equipo médico que define, a través de la observación genital, el

9 El acrónimo ampliamente difundido como "LGBTI+", reúne a personas Lesbianas, Gays, Bisexuales, Travestis, Trans e Intersex. Nace en los '90, siendo su intención inicial reemplazar el término "homosexual" que se utilizaba mayoritariamente e incluir otras identidades que se sentían parte del colectivo. De este modo, surgió la más común de las denominaciones: LGBTI, aunque en muchas ocasiones se pueden ver algunas otras variantes, como LGBTQ, LGBTP, LGBTA, LGBTQIA o la más englobadora LGBTI+. Dada la obviedad de que algunas personas no se identifiquen con las categorías implicadas por el acrónimo, el signo de la suma tiene la intención de incluir a todos los que no están recogidos, por su sentir personal, en las siglas anteriores.

"sexo" de una persona; que después es ratificado en el registro civil por la inscripción y la elección de los nombres que se nos asignan a cada uno de nosotros. Sin embargo a partir de aquí comienza una construcción de identidad asociada a aquel sexo, e históricamente, la gran mayoría de quienes se atrevieron a vivir un genero distinto del asignado al nacer han sido calificados como personas enfermas, desprotegidas legalmente y excluidas de la sociedad, lo que permitió y justificó la persecución y maltrato policial e institucional. Esto derivó recurrentemente en el deterioro de su salud, la privación de su libertad e incluso la muerte.

De esta manera, la primera parte del segundo artículo de la legislación pone en el centro el reconocimiento de la autopercepción y la vivencia personal sobre cada cuerpo, pudiendo cada persona decidir y expresar libremente su identidad de género autopercibida

Así mismo, en la segunda parte del articulado se expresa que "esto puede involucrar la modificación de la apariencia o la función corporal a través de medios farmacológicos, quirúrgicos o de otra índole, siempre que ello sea libremente escogido. También incluye otras expresiones de género, como la vestimenta, el modo de hablar y los modales".

Esto a su vez se complementa con el artículo 11 de la Ley, que garantiza el "derecho al libre desarrollo personal" estableciendo 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 autopercibida, sin necesidad de requerir autorización judicial o administrativa".

Todo lo dicho, es siempre y cuando sea expresamente decidido, y prestando conformidad expresa solicitándolo y firmando el correspondiente consentimiento informado, buscando de esta manera no condicionar la libre construcción del propio cuerpo.

Es de importancia resaltar, que en todo este camino de libertad en la autopercepcion, la intervención judicial es la excepción, operando solamente cuando un menor de 18 años quiere acceder a una cirugía de modificación corporal, o cuando desea hormonizarse y/o realizar el cambio registral y no cuenta con la conformidad de sus representantes legales.

Debe hacerse mención en este contexto, al ejercicio del derecho, principalmente receptado en el artículo 13 de la norma, que textualmente reza la obligatoriedad en el respeto de toda la normativa al derecho humano de la identidad de género de las personas. Agregando que "ninguna norma, reglamentación o procedimiento podrá limitar, restringir excluir o suprimir 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".

Considerarse además, que la Dirección del Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas al negar el pedido de Bertolini y dejando al criterio de la magistrada la presente resolución, alega que en el año 2015 se procedió a realizar el cambio de identidad de género con el sexo "femenino," y que según lo establece el art 36 de la Ley 26.413 las partidas de nacimiento deben contener en su inscripción "... el nombre, apellido y sexo...". Asimismo, indica que el art 13 de dicha norma establece que: "No podrán consignarse en las inscripciones enunciaciones improcedentes o que no deban declararse con arreglo a la ley".

Sin embargo, ¿debió por esto último negarse la presente solicitud interpuesta por Bertolini? Sin dudas estamos en presencia de un fallo al que aplaudimos y festejamos, en el que se lee perspectiva de género en cada párrafo, el cual, sin embargo no debería haber llegado a instancias judiciales. En este sentido, con la mera interpretación de los brevemente citado y referenciado, se debió simplemente hacer lugar a lo solicitado en

la Dirección del Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas, esto es, en sede administrativa, sin la limitación infundada que esto implicó en los términos del artículo 13 al pleno ejercicio del derecho humano a la identidad de género.
Sin embargo, la magistrada va más allá. Aclarando conceptos y sentando trascendental jurisprudencia en la materia, da el justitifativo más contundente acerca de la innecesariedad de la resolución de la solicitud en cuestión en sede judicial, ejemplificando de esta manera, la amplitud y profundidad del concepto de identidad de género que contempla la legislación nacional. En este sentido, si bien cita el artículo 8 de la LIG que exige que la rectificación registral solo podrá ser nuevamente modificada con autorización judicial -es decir cuando la petición implique volver al estado anterior a aquella-, no es este un caso de ese tipo, ya que si bien Lara realizó cambio de identidad en 2015, -expidiéndosele una nueva partida de nacimiento y un nuevo documento de identidad, modificándose su nombre y consignándose como sexo "femenino"- la petición actual no implica volver al estado anterior en que se encontraba en 2015. Por el contrario, "se realiza con el fin de profundizar o completar el cambio ya inscripto".

VI. Hacia una ruptura de la concepción binaria del género y el sexo

Nos permitimos aseverar que al menos hasta el 2012 –y para ser bondadosos- mucha gente asumía que solo existían dos sexos, los cuales se correspondían biológicamente a dos géneros. En este sentido, nos enseñaron que el sexo es aquel concepto objetivo, corporal y que se identifica con los genitales. El género, por el contrario, sería un concepto subjetivo e interno. Sin embargo el vínculo entre ambos conceptos se da por asignar un sexo a las personas recién nacidas -en función de una inspección genital- y el género parecería seguirse con necesidad de esa asignación.
De esta manera fuimos dividiendo a la humanidad tajantemente entre "varones y mujeres" imponiendo un binarismo sexo-genérico que estandarizó la diversidad humana sobre la base de una complementariedad que tiene su centro en el interés por la reproducción. Y tomamos esto como parte del sentido común. ¿Es esto impuesto arbitrariamente? Claro que no. Sin embargo nada es casual. A diario obedecemos a estructuras e instituciones que están comprometidas con aquellas creencias, cuyos contenidos son una parte fundamental de los planes de estudios escolares, o que niegan la implementación de una Ley de Educación Sexual Integral en las aulas, por citar algunos ejemplos. Una vez más en la historia instituciones como el Estado, la educación, las religiones, las ciencias y el derecho han servido para mantener y reproducir este binomio, sinónimo de discriminación y exclusión humana.
Esto puede dar pie a explicar por qué aunque se nos presenten a diario cuerpos cada vez más variados, e identidades cada vez más disímiles, se tienda aun en la actualidad a defender la creencia irrefutable de que hay un "macho o hembra", al que se le asigna un "masculino o femenino".
Han pasado ya más de siete años desde la entrada en vigencia de la LIG, y una prueba de lo recientemente esbozado es el caso que nos trae a colación; pero ésta vez para nutrirnos y darnos la ilusión y esperanza acerca de un nuevo punto de partida en la materia. En este sentido, que el derecho y la justicia lo reconozcan significa una gran conquista. Es que la magistrada avanza en conceptos nunca tocados en la jurisprudencia argentina, dando cátedra acerca de la ruptura de la concepción binaria del género y del sexo, que ya contempla la ley 26.743 de Identidad de Género.
De esta manera, citando y apoyándose en teóricas de la materia como Eleonora Lam y Judit Butler, justifica su postura acerca de la ruptura del binarimo, no sólo en matera de

género, sino también de sexos. Nos expone que:
"se presentan hoy caduca esa clasificación, en tanto se han derrumbado las categorías que permitían ubicarlos en uno u otro…Es decir, no hay dos géneros (1) que se corresponden con dos sexos." (…) "Esta ruptura de la concepción binaria del género también se presenta respecto del sexo, en tanto también es necesario deconstruir las categorías sociales y políticas que lo binarizan, o simplemente entender que la distinción se funda en ellas. Ya no se puede afirmar que hay dos sexos, sino una multiplicidad de características sexuales que son compulsivamente encasilladas en dos categorías sexuales. (2) Pero, además, de los supuestos sexos no se desprenden los géneros, sino que el género es independiente del sexo; tanto el sexo como el género son cristalizaciones de ciertas prácticas sociales, modos de interpretar, clasificar y disciplinar a los cuerpos. De esta manera, hay tantos géneros como identidades, y por ende tantas identidades de género como personas."
Se suma a tremendas líneas jurisprudenciales, el comentario que esto *"se refleja claramente y se exponencia con las identidades trans en las que no importa la biología. (3) Hay un desprendimiento absoluto entre cuerpos e identidades, si entendemos los cuerpos sobre la base de las asociaciones efectuadas en las categorías sexuales. En las identidades trans, cualquiera sea el cuerpo, lo que importa es la identidad que es independiente de toda biología. Las identidades trans implican una ruptura, diría yo casi absoluta, con el biologicismo."*
Sin embargo, el puntapié de la transición jurisprudencial en cuanto a la recepción de estos conceptos, serían tomados del primer caso icónico en la materia, de aproximadamente cuatro meses de antigüedad con el que nos trae en esta oportunidad, en el que Cataldi expone, se basa el camino que marca, sin dudas, la definitiva ruptura de la concepción binaria del género[10]. Nos referimos a la Resolución Nro. 420, por medio de la cual la Dirección General del Registro de Estado Civil de las Personas de la Provincia de Mendoza, previo dictamen de la Dirección de Derechos Humanos de la Suprema Corte de Mendoza, se hizo lugar al pedido efectuado por Caro Gero, manifestando su deseo en cuanto se le consignen en su partida de nacimiento y DNI los nuevos prenombres por no corresponderse con su identidad de género autopercibida, pero que no se le consigne sexo alguno.
No es menor que Eleonora Lamm[11] es la subdirectora de Derechos Humanos de la Suprema Corte de Justicia de Mendoza. Y fue ella quien presentó la solicitud para que en el documento de Caro Gero, el campo del "sexo" quedase en blanco. El proceso de trabajo comenzó en julio de 2018 y se desarrolló de manera articulada con la asesora legal del Registro Civil, Julieta Mazzoni. Tampoco es casualidad que una Resolución administrativa tan avanzada venga de la mano de una teórica tan especializada en la materia, como tampoco es casualidad que sea ésta la primera vez en el mundo que se adopta una medida semejante mediante un recurso administrativo.[12]
Así, se observa este caso como un claro ejemplo en que el poder de la instrucción, formación y actualización continua de los funcionarios públicos y judiciales en estas instancias se hace crucial, siendo condición necesaria para el efectivo acceso y goce de

10 Tomándo además del Derecho Internacional y las obligaciones de los Estados, la magistrada apoya su decisión con una reciente opinión consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre Identidad de género, igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo, como así también con los Principios de Yogyakarta, y la Declaración de San José de Costa Rica de marzo de 2018.
Puede observarse públicamente su capacitación académica en la materia. Abogada, Doctora en Derecho por la Universidad de Barcelona (UB), Máster en Bioética y Derecho (UB). Máster en Derecho de Familia (UB). Subdirectora de Derechos Humanos de la Suprema Corte de Mendoza.

11 Puede observarse públicamente su capacitación académica en la materia. Abogada, Doctora en Derecho por la Universidad de Barcelona (UB), Máster en Bioética y Derecho (UB). Máster en Derecho de Familia (UB). Subdirectora de Derechos Humanos de la Suprema Corte de Mendoza.

12 Este dato se expone por Blas Radi, Activista de DDHH, profesor de filosofía (UBA) y becario doctoral (CONICET). Es co-coordinador de la Cátedra Libre de Estudios Trans, en comentario al caso. Ver mas en: https://revistaanfibia.com/ensayo/mundo-sin-sexo-legal/.

derechos básicos de las personas. Es que cabe dudar si la resolución hubiese sido igual en caso de caer la misma en manos de funcionarios no especializados.
Lara Maria Bertolini también es una persona muy formada. En portales webs puede observarse que es una reconocida activista trans, miembro de distintas organizaciones en la materia, como la Colectiva LohanaBerkins, Abosex y Cooperativa las Bases. Actualmente estudiante de abogacía, diplomada en salud sexual y reproductiva con visión en DDHH, trabajando para La Procuración General de la Nación y es diseñadora de alta costura.[13]
Seguramente, tanto la formación como activismo incansable de Lara dieron pie a construir, repensar y ejercer su derecho de identidad ante la justicia. De la misma manera que Caro Gero tuvo la suerte de encontrarse con funcionarias idóneas en la materia que participaron activamente de su proceso brindando el apoyo técnico especializado al que tiene derecho.

VII. Breves conclusiones al respecto

Como se intentó dejar sentado en estas breves líneas, las personas trans son un colectivo históricamente discriminado. Dicha discriminación se basó en que culturalmente se impuso en el paradigma de lo humano una división tajante entre varones y mujeres a partir de una correspondencia entre dos genitalidades que se asignaron a dos posibles y tajantes roles sociales. Nunca hubo posibilidad alguna de concebir un rol distinto al impuesto, con actuaciones y estereotipos distintos.

La exclusión social que esto trajo aparejada es incalculable, pero con el solo hecho de dimensionar los efectos de negar a lo largo de la historia el reconocimiento al derecho humano a la identidad personal, nos da cuenta que el sistema y la sociedad misma está muy en deuda con una parte de la humanidad.

Muy lentamente y de la mano de un incansable activismo social se avanza en una conquista de derechos que será eterna. He aquí uno de ellos: Debe remarcarse el hito histórico ante el que estamos en presencia. Un precedente ejemplificador, que sienta jurisprudencia primigenia en nuestro país, y que no solo quedara en la historia como el reconocimiento del derecho a la identidad de género no binaria de Lara María Bertolini, -o su antecedente de Caro Gero-, sino que será la puerta de entrada para todas aquellas personas que en el futuro vendrán y tendrán la posibilidad de solicitar se inscriba una identidad no binaria, haciendo constarse ello en todos los documentos públicos e identificatorios que sea necesario, en el contexto de un amplísimo ejercicio del derecho de identidad.

.

13 Esto se expone en las distintas páginas webs en que participa. Princpalmente extraído de http://revistaanfibia.com/autor/lara-maria-bertolini/.

Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires
Causa: "A. E. M. CONTRA OBSBA SOBRE AMPARO (ART. 14 CABA)" 36969-2018/0

Ciudad de Buenos Aires, 11 de octubre de 2018

Y VISTOS: Para resolver los autos señalados en el epígrafe venidos a despacho para resolver,

CONSIDERANDO:

I.- A fs. 1/32 se presentó E. M. A. en representación de su hija menor de edad, T.A.A., solicitando que se dicte una medida cautelar mediante la cual se ordene a la Obra Social de la Ciudad de Buenos Aires (ObSBA) la cobertura total e integral del medicamento "Charlotte's Everyday Advanced (CBD) (Laboratorio proveedor Stanley Brothers, Aceite 5000mg7100CC)" como el reintegro de los costos que fueron soportados por la accionante para obtener del exterior la medicación mencionada, que alcanzarían la suma de U$S 1.099,98, ello conforme las prescripciones del médico tratante, hasta tanto se resuelva la acción de amparo impetrada.

Señaló que su hija tiene 3 años de edad y que a las 12 horas de su nacimiento la niña comenzó a convulsionar y debió quedar internada por 18 días. Continúa relatando que comenzó a consumir medicación anticonvulsivante a los pocos días de vida y fue internada en numerosas ocasiones.

Explica que la niña se alimenta a través de una sonda nasogástrica desde que tiene un mes de edad y que tuvo inconvenientes para la provisión por parte de la OSBA de la leche de "continuidad" pero actualmente se encontraría regularizado. En relación a ello, indica que los profesionales sugirieron que la niña cuente con un botón gástrico para reemplazar la sonda, por lo cual se fijó una fecha para realizar la intervención requerida para tal

LA TUTELA ANTICIPADA: UN PROCESO URGENTE AL SERVICIO DE LOS MÁS VULNERABLES

ANTICIPATED GUARDIANSHIP: AN URGENT PROCESS TO SERVE THE MOST VULNERABLE PEOPLE

Ángeles María Baez[1]

RESUMEN:
El presente trabajo versará sobre el análisis de un fallo en el que se decide hacer lugar al dictado de una medida cautelar solicitada, en el marco de una acción de amparo, por la madre de una niña de tres años que padecía epilepsia. El tribunal hizo lugar al requerimiento y ordenó a la Obra Social la cobertura total e integral del medicamento anticonvulsionante indicado por el médico tratante. Sin duda alguna, un fallo ejemplar, en el que podremos apreciar la recepción del instituto de la tutela anticipada y del cúmulo de principios y garantías constitucionales que protegen el derecho a la salud y a las personas con discapacidad en el derecho argentino.

1 Abogada (Universidad Nacional de Córdoba); Escribana (Universidad Siglo 21) Auxiliar del Poder Judicial de la Provincia de Córdoba – Asistente de Magistrado - ; Maestranda de Derecho Procesal (Universidad Siglo 21); Adscripta de la cátedra de Teoría General del Proceso (Universidad Nacional de Córdoba). Correo electrónico: angelesmariabaez@gmail.com – ORCID iD: https://orcid.org/0000-0003-2661-0029

tratamiento, que tuvo que postergarse dado que la OSBA no entregó los insumos correspondientes a tiempo.
Aclara que la niña se atendía en el Sanatorio Güemes, pero dado que no contaban con médicos neurólogos, debió ser trasladada al Hospital de pediatría SAMIC "Prof. Dr. Juan Pedro Garrahan"; y que desde el año 2016 cuenta con internación domiciliaria.
Agrega que en la actualidad cuenta con certificado de discapacidad del cual surge el diagnóstico de "Síndromes Epilépticos Especiales" con validez hasta el año 2019.
Detalla que aún no cuenta con un diagnóstico definitivo dado que el Dr. Carlos Magdalena, neurólogo infantil, solicitó los análisis genéticos que aún se están realizando a través del Instituto Médico de Alta Tecnología, cuyos resultados se esperan para el mes en curso. No obstante, dicho profesional expidió un certificado médico que indica que la niña es portadora de "Epilepsia Refractaria con Encefalopatía muy grave con deterioro severo neuropsíquico. La causa es con presunción genética." (ver fs. 3 vta.)
Finalmente explica que el tratamiento farmacológico de la niña consiste en Levetiracetam (anticonvulsivante) y 0,8 ml diarios de aceite de cannabis; y aclara que la atención médica y demás terapias son cubiertas por la OSBA a excepción del aceite de cannabis.

II.- En cuanto a la normativa aplicable al caso, es válido recordar que la niña T.A.A. se encuentra comprendida en dos colectivos especialmente protegidos por la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires, es decir, el de las niñas niños y adolescentes (art.39) y el de las personas con necesidades especiales (art. 42).
Además, se encuentra protegida por la ley 24.901 que estableció un sistema de prestaciones básicas en habilitación y rehabilitación integral a favor de las personas con discapacidad (ver especialmente los arts. 2 y 38) y la ley 25.404 que establece que el paciente epiléptico tiene derecho a recibir asistencia médica integral y oportuna (art. 4).
Existe a nivel local la Ley 114 sobre "Protección Integral de los Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes" que tiene por objeto la protección integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes (especialmente ver art. 2° "Interés Superior", 6° "Efectivización de derechos", 22° "Derecho a la Salud" y 23° "Protección de la Salud".

ABSTRACT:
The present work will deal with the analysis of a ruling in which it is decided to make room for the issuance of a precautionary measure requested, within the framework of an action of amparo, by the mother of a three-year-old girl who suffered from epilepsy. The court made the request and ordered the social work full and comprehensive coverage of the anticonvulsant medication indicated by the treating doctor. Undoubtedly, an exemplary ruling, in which we can appreciate the reception of the institute of early guardianship and the accumulation of principles and constitutional guarantees that protect the right to health and people with disabilities in Argentine law.

Palabras Claves: Derecho a la salud; discapacidad; amparo; tutela anticipada; obras sociales.

Key Words: Right to health; disability; protection; anticipated guardianship; social works.

I. Tutela Judicial Efectiva y Derecho a la salud - Marco Normativo

El derecho a la tutela judicial efectiva comprende un triple e inescindible enfoque, la libertad de acceso a la justicia, eliminando los obstáculos procesales que pudieran impedirlo, el de obtener una sentencia de fondo, es decir motivada y fundada, en un tiempo razonable, y que esa sentencia se cumpla, o sea a la ejecutoriedad del fallo.[2]

2 CORDEIRO, Clara María – GONZÁLEZ ZAMAR, Leonardo (1999) "La anticipación de la tutela. El otro punto de vista", Córdoba, Semanario Jurídico, T. 81, Número 1254, Pág. 197.

III.- En cuanto a la documentación acompañada, a fs. 38 luce una copia certificada de la partida de nacimiento de la niña T.A.A., a fs. 39 el certificado de discapacidad, cuyo diagnóstico es "Sindromes epilépticos especiales", a fs. 42 copia del carnet de afiliado a la OBSBA. Además a fs. 68 y fs. 69 se encuentra agregada la prescripción médica del Médico Neurólogo Infantil, del Servicio de Neurología del Hospital de Niños Ricardo Gutiérrez con la prescripción del medicamento cuya cobertura aquí se reclama (Aceite de Charlotte Everyday Advanced).

IV.- Que, sentado lo anterior, corresponde precisar que las medidas cautelares son todas aquellas que tienen por objeto garantizar los efectos del proceso, incluso aquellas de contenido positivo y la suspensión de la ejecución del acto administrativo impugnado, o del hecho o contrato implicado en este, aunque lo peticionado coincida con el objeto sustancial de la acción promovida (conf. art. 177, segundo párrafo, del Código Contencioso Administrativo y Tributario).

Con respecto a las decisiones de la Administración Pública, la aplicación de medidas precautorias es de carácter excepcional debido a la presunción de legitimidad de aquéllas. Ello exige que su dictado se encuentre precedido de un análisis detallado y particularmente severo de los recaudos comunes a cualquier medida cautelar (apariencia de derecho, perjuicio inminente o irreparable y contracautela), atendiendo especialmente a la mayor o menor verosimilitud del derecho.

Los referidos supuestos de admisibilidad deben hallarse siempre reunidos, sin perjuicio de que en su ponderación –por el órgano jurisdiccional- jueguen cierta relación entre sí y, por lo tanto, cuanto mayor sea la verosimilitud del derecho invocado, menos rigor debe observarse en la valoración del perjuicio inminente o irreparable; la verosimilitud del derecho puede valorarse con menor estrictez cuando es palmario y evidente el peligro en la demora.

Además resulta necesario que, cuando la medida cautelar se intente frente a la Administración Pública, se acredite "prima facie", la manifiesta arbitrariedad del acto recurrido, dado el rigor con que debe apreciarse la concurrencia de los supuestos que la tornan admisible. Y ello es así, porque sus actos gozan de presunción de legitimidad y fuerza ejecutoria.

En nuestro país, en el Preámbulo de la Constitución Nacional se proclama de manera enfática entre los fines del gobierno, el de "afianzar la justicia", y concorde con ello en su artículo 18 la Carta Magna garantiza la inviolabilidad de la defensa en juicio de las personas y de los derechos. En la Constitución de la Provincia de Córdoba el artículo 19 inc. 9 hace referencia al derecho de peticionar ante las autoridades y obtener respuesta y acceso a la jurisdicción; y por su parte el artículo 39 lo hace en relación al principio del debido proceso. A su vez, el artículo 8 de la Convención Americana de Derechos humanos, Pacto de San José de Costa Rica, con rango constitucional de conformidad al art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional, reconoce a toda persona el derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente, imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.

En lo relativo al acceso a la justicia de personas con discapacidad, cobran especial relieve las Reglas de Brasilia sobre el "Acceso a la Justicia de las Personas en condición de vulnerabilidad" dispuestas en la XIV edición de la Cumbre Judicial Iberoamericana en el año 2008. Estas reglas consisten en un conjunto de directrices y recomendaciones a los Poderes Judiciales nacionales, tendientes a modificar sus prácticas, en pos de enervar las causas que impiden a las personas en situación de vulnerabilidad acceder a una tutela judicial efectiva.[3]

Como podemos observar, en Argentina la protección del derecho a la salud y la asistencia de las personas con discapacidad se encuentran instituidas como una política

3 NOGUEIRA, Juan Marín – SCHAPIRO, Hernán I. (2012) "Acceso a la justicia y grupos vulnerables", La Plata, Librería Editora Platense, pág. 28.

Asimismo, cabe precisar que la precautoria requerida por la parte actora se encuentra entre las denominadas innovativas la cual reviste un carácter excepcional, toda vez que altera el estado de hecho o de derecho existente al tiempo de su dictado. Ello es así, en tanto configura un anticipo de jurisdicción favorable respecto del fallo final de la causa, lo que justifica una mayor prudencia en los recaudos que hacen a su adopción (confr. C.S.J.N., in re: "Bulacio Malmierca, Juan C y otros c/ Banco de la Nación Argentina", del 24-8- 93, entre otros). En tales términos, si la medida cautelar tiende a alterar el estado de hecho o de derecho existente antes de la petición de su dictado, su apreciación debe ser estricta ya que su otorgamiento va más allá de que se mantenga la situación existente al momento de la traba de la litis. Ordena sin que medie sentencia definitiva, que se haga o que se deje de hacer algo, en sentido contrario al representado por la situación existente (Conf. Cám. Nac. en lo Cont. Adm. Fed., Sala IV, in re: "Adidas Arg. S.A. –incidente- y otros c/Estado Nacional, Dto. nº 1059 s/ Proceso de conocimiento", del 24-11-98).

V.- Ahora bien, en el presente caso la verosimilitud del derecho surge, con la intensidad suficiente de las normas transcriptas en el considerando II y la documental acompañada a fs. 38/39 que demuestra prima facie, que la niña T.A.A. se encuentra alcanzada por el marco legal detallado.

Asimismo, cabe señalar, dentro del limitado marco de conocimiento de este tipo de medidas que, en principio, la medida aquí solicitada aparece como la única posibilidad de evitar el daño actual debido a su situación económica y familiar que le impediría acceder de otro modo al tratamiento prescripto (ver informe socioambiental de fs. 58/63); máxime cuando, tampoco se advierte, que la concesión de la cautelar implique la afectación de un interés público al que deba darse prevalencia.

A su vez, resulta oportuno poner de relieve que corresponde la concesión de la tutela anticipada ante situaciones donde se encuentra en serio riesgo la salud de las personas, habida cuenta que la salud es un valor imprescindible para el desarrollo humano. Esta circunstancia, permite verificar el peligro en la demora existente, dado que si la presente medida no es concedida de manera oportuna, las consecuencias para la salud de la niña podrían ser irreparables.

---

pública del Estado. Con la reforma de la Constitución Nacional en el año 1994 se han incorporado numerosos tratados internacionales con jerarquía constitucional mediante los cuales se fomenta su respeto y protección, poniendo un especial énfasis en la defensa de los grupos vulnerables como niños, adultos mayores, personas con discapacidad, entre otros. Es una realidad incontrastable el fuerte impacto que, desde la dimensión normativa, ha generado la reforma de 1994 en el terreno de los derechos humanos. Como claras señales en tal sentido podemos mencionar, la ampliación del plafón de derechos explícitos (art. 37, 41 y 42 de la Constitución Nacional); la literalización de los procesos constitucionales de amparo, hábeas corpus y hábeas data, el diseño de un nuevo prototipo de principio de igualdad, caracterizado por la exigencia de complementación de la igualdad formal (art. 16 CN) con la igualdad material (art. 37, 75 inc. 2,19 y 23) y la adjudicación de jerarquía constitucional a once instrumentos internacionales en materia de derechos humanos.[4]

Dentro de los distintos tratados internacionales con rango constitucional que contienen disposiciones respecto al derecho a la salud y a la protección de las personas con discapacidad, mencionamos la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, la Declaración Universal de los Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad y la Convención Interamericana para la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad. Podemos destacar también, la Convención sobre la Eliminación

4 BAZÁN, Víctor (2012), "El derecho a la salud en el escenario jurídico argentino y algunas líneas jurisprudenciales de la Corte Suprema de Justicia en la materia", Cita Online: AP/DOC/126/2012.

En este orden de ideas cabe observar que las medidas precautorias como la aquí pretendida "se encuentran enderezadas a evitar la producción de perjuicios que se podrían producir en caso de inactividad del magistrado y podrían tornarse de muy dificultosa o imposible reparación en la oportunidad del dictado de la sentencia definitiva" (Fallos:320:1633).

Esta pauta para la valoración de la procedencia de la tutela cautelar se entronca con el principio –recogido por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas- conforme al cual "la necesidad del proceso para obtener razón no debe convertirse en un daño para el que tiene la razón" (ver García de Enterría, Eduardo, La Batalla por las Medidas Cautelares, Madrid, Civitas, 1995, págs. 120/121).

Además, cabe señalar, que las medidas precautorias no exigen de los magistrados el examen de la certeza sobre la existencia del derecho pretendido, sino sólo de su verosimilitud. Es más, el juicio de verdad en esta materia se encuentra en oposición a la finalidad del instituto cautelar, que no es otra que atender a aquello que no excede del marco de lo hipotético, dentro del cual, asimismo agota su virtualidad (conf. C.S.J.N, Fallos: 306:2060, entre otros).

VI.- Dada la urgencia de la temática planteada y las particulares circunstancias descriptas en la presente, considero caución suficiente la juratoria, que deberá ser prestada por la representate legal de la niña por ante la Actuaria.

Por todo lo expuesto, teniendo en cuenta las complejas cuestiones técnicas involucradas y el delicado estado de salud de la niña T.A.A. corresponde R E S U E L V O : HACER LUGAR A LA MEDIDA SOLICITADA y en consecuencia ordenar a la OBSBA que en lo sucesivo y de manera inmediata proceda a abonar de manera integral el valor de la prescripción médica ya detallada Aceite de Charlotte Everyday Advanced, de conformidad con la cantidad y frecuencia indicadas por el médico tratante, lo que deberá ser informado al Tribunal en el término de 2 (dos) días. En cuanto al reclamo de las sumas ya abonadas, será diferido para el momento de la sentencia definitiva.

---

de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer y la Convención sobre los Derechos del Niño que reconocen este derecho específicamente para las mujeres y los niños. Es importante resaltar que los instrumentos internacionales referidos prevén expresamente el derecho a la salud. Así, el Pacto internacional de Derechos económicos, sociales y culturales, en el artículo 12 de su texto, dispone que "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". Por otro lado, bajo la denominación derecho a la preservación de la salud y al bienestar, el artículo 11 de la Declaración Americana sobre Derechos y Deberes del Hombre prescribe que "toda persona tiene derecho a que su salud sea preservada por medidas sanitarias y sociales, relativas a la alimentación, el vestido, la vivienda y la asistencia médica, correspondientes al nivel que permitan los recursos públicos y la comunidad".

Dentro de los tratados internacionales sobre derechos humanos que no ostentan jerarquía constitucional, pero que prevalecen jerárquicamente a la ley, podemos mencionar la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad en la que el derecho a la salud se encuentra explícitamente reconocido en el artículo 25 el cual prescribe que "los Estados Partes reconocen que las personas con discapacidad tienen derecho a gozar del más alto nivel posible de salud sin discriminación por motivos de discapacidad. Los Estados Partes adoptarán las medidas pertinentes para asegurar el acceso de las personas con discapacidad a servicios de salud que tengan en cuenta las cuestiones de género, incluida la rehabilitación relacionada con la salud".

En lo que respecta a las leyes nacionales, cabe destacar de forma particular la ley 22.431, del año 1981, que establece un sistema de protección integral de las personas con discapacidad. Por otro lado, la ley 24.901, del año 1997, instituye un sistema de prestaciones

Regístrese y notifíquese a la parte actora personalmente o por cédula y –previa caución juratoria- al demandado, mediante cédula, en los términos del art. 11 de la ley 2145. Una vez librada dicha notificación, remítase al Ministerio Público Tutelar a fin de que tome la intervención que estime corresponder.

básicas en habilitación y rehabilitación integral a favor de las personas con discapacidad, con el objeto de brindarles una cobertura integral a sus necesidades y requerimientos. Conforme lo establece el art. 2º de esta ley, los sujetos obligados al cumplimiento de las prestaciones, son las obras sociales, reguladas en la ley 23.660, las que tienen a su cargo con carácter obligatorio, la cobertura total de las prestaciones básicas enunciadas en la ley, que necesiten las personas con discapacidad afiliadas a las mismas.

Cabe puntualizar, en relación al caso bajo estudio, la ley 25.404 que establece protección para las personas que padecen epilepsia. Tiene como propósito garantizar a toda persona que padece epilepsia el pleno ejercicio de sus derechos, proscribir todo acto que la discrimine y disponer especiales medidas de protección que requiere su condición de tal.[5] La ley 25.404 en su artículo 4º establece que el paciente epiléptico tiene derecho a recibir asistencia médica integral y oportuna, quedando incorporadas las prestaciones médico-asistenciales de pleno derecho al Programa Médico Obligatorio.[6]

A continuación analizaremos una resolución del Juzgado en lo Contencioso Administrativo y Tributario N°4 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires en el caso "A. E. M. c/ OBSBA s/ amparo (art. 14 CCABA) 36969-2018/0" en la cual podremos observar la aplicación del instituto de la tutela anticipada, con una solución, que a nuestro entender recepta los principios y normativa constitucional, internacional, supralegal y legal que hemos analizado precedentemente.

5 Art. 1 Ley 25404.

6 Art. 6 Ley 25404: Las prestaciones médico-asistenciales a que hace referencia la presente ley quedan incorporadas de pleno derecho al Programa Médico Obligatorio aprobado por resolución Nº 939/00 del Ministerio de Salud, sin perjuicio de aplicar, cuando correspondiere, lo dispuesto por las leyes Nº 22.431 y Nº 24.901 y sus normas reglamentarias y complementarias.

II. El caso "A. E. M. c/ OBSBA s/ amparo (art. 14 CCABA) 36969-2018/0"

En el caso de marras, la parte actora E.M.A en representación de su hija T.A.A. menor de edad, solicita en el marco de una acción de amparo, y hasta que la misma se resuelva, que se dicte una medida cautelar con la finalidad de que se ordene a la Obra Social de Buenos Aires (OBSBA) a la cual estaba afiliada, la cobertura integral del medicamento "Charlotte's Everyday Advanced (CBD) (Laboratorio proveedor Stanley Brothers, Aceite 5000mg7100CC)", como así también el reintegro de los costos que fueron soportados por la accionante para obtener del exterior la medicación mencionada, que alcanzaría una suma de U$S1.099,98, todo conforme las prescripciones de su médico tratante.
Señala la actora que su hija tiene tres años de edad y que a las 12 horas de su nacimiento la niña comenzó a convulsionar y debió quedar internada por 18 días. Que comenzó a consumir medicación anticonvulsivante a los pocos días de vida y fue internada en numerosas ocasiones. Manifiesta que la niña se alimenta a través de una sonda nasogástrica desde que tiene un mes de edad. Aclara que la niña se atendía en el Sanatorio Güemes, pero dado que no contaban con médicos neurólogos, debió ser trasladada al Hospital de pediatría SAMIC "Prof. Dr. Juan Pedro Garrahan"; y que desde el año 2016 cuenta con internación domiciliaria. Agrega que en la actualidad cuenta con certificado de discapacidad del cual surge el diagnóstico de "Síndromes Epilépticos Especiales". Detalla que aún no cuenta con un diagnóstico definitivo dado que se encuentra realizando análisis genéticos, solicitados por el Dr. Carlos Magdalena, no obstante, dicho profesional expidió un certificado médico que indica que la niña es portadora de "Epilepsia Refractaria con Encefalopatía muy grave con deterioro severo neuropsíquico. La causa es con presunción genética." Finalmente explica que el tratamiento farmacológico de la niña consiste en Levetiracetam (anticonvulsivante) y 0,8 ml diarios de aceite de cannabis. Aclara que la atención médica y demás terapias son cubiertas por la OBSBA a excepción del aceite de cannabis.
En primera instancia, el juez acogió favorablemente la vía intentada, hizo lugar a la medida solicitada por la actora y en consecuencia ordenó a OBSBA a que en lo sucesivo y de manera inmediata proceda a abonar de manera integral el valor de la prescripción médica Aceite de Cannabis Charlotte Everyday Advanced de conformidad con la cantidad y frecuencia indicada por el médico tratante. En relación al reclamo de las sumas ya abonadas por la actora para la compra del medicamento, lo difirió para el momento de sentencia definitiva.

III. Procesos Urgentes: Tutela Anticipada

En el fallo analizado veremos la aplicación de un instituto que forma parte de los denominados procesos urgentes: la tutela anticipada. Resulta oportuno señalar que corresponde la concesión de la misma ante situaciones donde aparece como la única posibilidad de evitar el daño actual, situación acaecida en el caso estudiado, dado que se encontraba en serio riesgo la salud de la niña. Así, debe repararse en que, el tiempo que insume el proceso conspira, muchas veces, contra los derechos de las partes. En efecto, cuando existe el temor fundado de sufrir un daño irreparable el paciente puede requerir la anticipación de la tutela. En los casos de amparo de salud el objeto de la medida cautelar tiende a coincidir con el objeto del proceso, por lo que el acogimiento favorable de aquélla indudablemente adelanta, al menos, parte de la sentencia. Por ello, en estos casos, más que "verosimilitud" del derecho, tiende a requerirse un cierto grado de "cer-

teza" sobre el derecho invocado.[7]

De este modo, aparece la tutela anticipada, como una consecuencia de la necesidad de que el transcurso del tiempo no impida la existencia de la justicia del caso. A priori podríamos decir que estamos ante un pronunciamiento jurisdiccional, a través del cual, se adelanta en todo o en parte aquello que es objeto de la decisión de la sentencia de mérito, a fin de evitar la consumación de un daño actual o inminente.

Calamandrei denominaba a este tipo de resoluciones providencias temporales, las cuales consisten en una decisión interina, que constituyen un anticipo del juez sobre aquello que debería ser materia de su decisión de mérito, y que al superponerse, en todo o en parte con ella, lleva a cierta confusión respecto a qué tipo de decisión es la que adopta el juez, pues sus proyecciones implican un anticipo de la sentencia misma, para lo cual conviene tener presente que el proceso aún se encuentra en trámite.[8]

Por tal motivo, y atento la interinidad, podríamos admitir que la tutela anticipada cobra vida dentro una medida cautelar, tal como fue solicitada en el caso que nos convoca.

Un amplio sector de la doctrina entiende que la tutela anticipada viene dada dentro del molde de una medida cautelar, de modo que debe cumplir con los recaudos de ésta. Dentro de esta línea, Rojas define a la tutela anticipada como ¨un sistema cautelar en virtud del cual la jurisdicción a través de una actuación asegurativa o protectoria resguarda –manteniendo o alterando- una determinada situación de hecho o de derecho, propendiendo a la eficacia del proceso y la utilidad de la sentencia definitiva, a través de una inmediata actuación de la ley que evite un daño, o los riesgos de un menoscabo que resultan evidentes o inminentes.[9]¨

Nuestra postura se inclina por asignar a la tutela anticipada naturaleza cautelar. Entendemos que se desprende de una de sus especies que es la medida cautelar innovativa, pero se diferencia de ésta en cuanto a su objeto porque en la tutela anticipada no basta con modificar una situación de hecho o de derecho existente al momento de su dictado, sino que además el objeto propio de la medida debe coincidir en todo o en parte con el pretendido por el actor en la demanda, motivo por el cual, consideramos, merece un tratamiento diferenciado del resto de las cautelares.

Trasladando los conceptos al fallo reseñado, resulta práctico analizar cómo se han cumplimentado los requisitos de admisibilidad para la procedencia de la tutela anticipada en el caso bajo estudio.

Una de las exigencias más importantes para su procedencia es la convicción del derecho invocado o verosimilitud del derecho. Se exige aquí, atento lo excepcional de la tutela que se confiere, una "fuerte" verosimilitud, con lo cual no basta la mera enunciación del derecho por quien lo invoca, sino que debe estar acompañada de elementos de donde surja la fuerte probabilidad de la existencia del derecho.[10] Podemos observar en el caso de marras, que este requisito fue cumplimentado acabadamente por la actora, quien acompañó en autos el certificado de discapacidad de la niña cuyo diagnóstico era "síndromes epilépticos especiales", copia del carnet de afiliado a OBSBA y la prescripción médica del Neurólogo Infantil que indicaba para el tratamiento de la paciente el medicamento cuya cobertura se reclamaba, elementos con gran fuerza convictiva para el juzgador a los fines de evaluar la procedencia del reclamo.

El segundo requisito exigido es el grave peligro en la demora, que también ha quedado

7 TANZI, Silvia Y – PAPILLÚ, Juan M. (2018) "El derecho a la salud y la prevención de los daños. Vías Procesales", Cita Online: AR/DOC/1308/2018.

8 GÓMEZ, María Eugenia (2015) "Reflexiones sobre la regulación de la tutela anticipada y la función jurisdiccional efectiva" Ponencia del XXVIII Congreso Nacional de Derecho Procesal de Jujuy.

9 ROJAS, Jorge A. (2009) "Sistemas Cautelares Atípicos", Santa Fe, Rubinzal Culzoni Editores, Pág.150.

10 CORDEIRO, Clara María – GONZÁLEZ ZAMAR (1999) Op. Cit. Pág. 200.

acreditado en autos. La medida solicitada aparecía como la única posibilidad para evitar el daño que estaba padeciendo la niña. De las constancias de la causa, podía deducirse con el informe socioambiental, la imposibilidad de adquirir dicho tratamiento médico, por la situación económica que atravesaba la familia de la niña. A más de ello, cabe agregar que el transcurso del tiempo, podía acarrear daños irreparables en su salud, ya que necesitaba el aceite de cannabis como parte de su tratamiento, circunstancia que también se acreditó en la causa. Debe repararse que esta exigencia –del perjuicio irreparable o temor a la demora- se relaciona con el peligro de la infructuosidad y observa una "situación colateral a la relación litigiosa que aqueja al actor al punto tal que se encuentre justificado otorgar algo o parte de la pretensión de mérito porque en caso contrario el proceso respectivo no será efectivo."[11]

Finalmente, se requiere la contracautela. Coincidimos con autorizada doctrina que expresa: "Dada la particular excepcionalidad de la medida sub examen, no se puede estandarizar la contracautela que se debe exigir. Sin embargo, ésta debe ser analizada prudencialmente por el juzgador a la hora de examinar los requisitos de procedencia de la medida considerando asimismo el derecho del demandado para que éste no se vea vulnerado. En otras palabras, el juez, en el caso concreto, analizará cuál será la contracautela que exigirá en atención a la tutela que deba anticipar y a la posición del demandado..."[12]. En el sublite, el juzgador consideró, caución suficiente la juratoria prestada por la representante legal de la niña por ante la actuaria, solución que a nuestro criterio luce ajustada a derecho dada la urgencia de la temática ya expuesta y la fuerte verosimilitud del derecho acreditada.

Por último, dentro de los requisitos para la concesión de este especial tipo de tutela, algunos autores hacen referencia al "efecto reversible" señalando que: "Otorgar la tutela al peticionante no debe significar un daño irreparable para quien deba cumplirla, pues de esta manera se estaría quebrantando la igualdad de las partes en el proceso."[13]. Esto significa que el juez a la hora de fallar deberá valorar no sólo los derechos de quien peticiona la pronta satisfacción de su interés sino también los de aquél contra quien habrá de ser ejecutada la medida, no pudiendo pasar por alto las garantías constitucionales vinculadas a la eficacia del proceso en que se satisfaga ese requerimiento. Entendemos que estas consideraciones fueron tenidas en cuenta por el magistrado quien advierte y expresa en el resolutorio que la concesión de la cautelar, no afectaba ningún interés público al que debía darse prevalencia.

IV. Consideraciones respecto a la decisión

Como señalamos al comienzo del presente trabajo, nos encontramos frente a una resolución ejemplar. Estimamos que se hizo justicia en el caso concreto, poniendo especial énfasis en el acatamiento de la normativa internacional, legal y supra legal receptada por nuestro país en materia de derecho a la salud, y protección de los grupos vulnerables, como es el caso de las personas con discapacidad, y puntualmente aquí, el de una niña que padecía epilepsia.

En relación a la vía intentada, diremos que el amparo debería ser el camino más idóneo para reclamar el cumplimiento de pretensiones relacionadas con el derecho a la salud atento que es un proceso judicial sumarísimo y su admisibilidad se encentra restringida a que no exista otro medio judicial más idóneo. No obstante ello, debemos aclarar,

11 GARRIDO, Alejandra Fátima (2011) "Medidas cautelares genéricas y no enumeradas – Doctrina y jurisprudencia", Córdoba, Alveroni Ediciones, Pág 82.

12 CORDEIRO, Clara María – GONZÁLEZ ZAMAR, Leonardo, (1999) Op. Cit. Pág. 200.

13 CORDEIRO, Clara María – GONZÁLEZ ZAMAR, Leonardo Op. Cit. Pág. 200.

que el amparo puede no resultar lo suficientemente rápido como las circunstancias lo requieran, ya que, a pesar de lo abreviado, éste no deja de ser un juicio en el cual debe citarse a la parte contra la que se acciona para que presente su descargo, como lo indica la garantía de defensa en juicio.[14] Por esta razón, en la práctica observamos una especie de desnaturalización de esta acción que ha dejado de ser expedita y rápida como se la pensó, de modo que, como en el caso analizado, el peticionante al entablar el amparo, solicita una medida cautelar, para la satisfacción urgente de su derecho.

Con respecto a la parte del resolutorio que difiere para el momento de la sentencia definitiva el tratamiento del reclamo por las sumas abonadas por la actora para obtener el aceite de cannabis en el exterior, estimamos acertada tal solución, pues al tratarse de una cuestión de índole patrimonial no requiere ser resuelta con urgencia y por vía cautelar.

Continuando con el análisis del caso, entendemos que la concesión de la medida era de vital importancia para la salud de la niña y que el tribunal valoró correctamente el cumplimiento de los requisitos de admisibilidad de la misma.

En consonancia con lo resuelto, cuadra explicitar la postura sostenida por el más Alto Tribunal de nuestro país en relación al derecho a la salud. La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha resuelto que "a partir de lo dispuesto en los tratados internacionales que tienen jerarquía constitucional (nominados en el art. 75, inc. 22, de la Ley Suprema), esta Corte ha reafirmado en posteriores pronunciamientos el derecho a la preservación de la salud comprendido en el derecho a la vida y ha destacado la obligación impostergable que tiene la autoridad pública de garantizar ese derecho con acciones positivas, sin perjuicio de las obligaciones que deban asumir en su cumplimiento las jurisdicciones locales, las obras sociales o las entidades de la llamada medicina prepaga (Fallos: 321:1684 y 323:1339)".[15]

Bajo esta inteligencia, coincidimos con el concepto dado por Carlos A. Ghersi al señalar que "dada la amplitud del concepto de salud, el contenido del derecho a la salud es muy vasto ya que no sólo implica no daño a la salud sino que también impone obligaciones en cuanto a su atención".[16]

El derecho a la salud no es una simple declaración de derechos, sino que las normas que giran en torno a este derecho deben interpretarse como un compromiso del Estado a su tutela mediante el dictado de normas, y también velando por su cumplimiento, con el objetivo de que se asegure la real vigencia de este derecho.[17]

V. Reflexión final

A modo de corolario podemos decir que el fallo reseñado nos deja varios aspectos importantes a tener en cuenta. En primer lugar, destacar que un adecuado reconocimiento y resguardo del derecho a la salud requiere la existencia de mecanismos idóneos como puede ser la tutela anticipada, para garantizar al paciente que frente a la necesidad de atención o tratamiento médico, podrá acceder a ellos, puesto que la omisión de tales prestaciones podría ocasionar daños que pudieron ser prevenidos.

14 GHIOLDI, Carolina-MPOLAS ANDREADIS, Alejandra- BONYUAN, Fabián H. (2009) "El amparo y la medida cautelar como instrumento para el acceso a terapias, con miras a la protección del derecho a la salud". Cita Online: 0003/014247.

15 CSJN, 16/10/2001, "Monteserin, Marcelino c. Estado Nacional Ministerio de Salud y Acción Social – Comisión Nacional Asesora para la Integración de Personas Discapacitadas Servicio Nacional de Rehabilitación y Promoción de la Persona con Discapacidad", Fallos, 324:3569; CSJN, 01/04/2008, "Chamorro, Carlos c. Sociedad Argentina de Autores y Compositores de Música s/ amparo", Fallos, 331:453.

16 GHERSI, Carlos A. (2003) "Colección de análisis jurisprudencial. Derecho Civil-Parte general", Buenos Aires, La Ley, pág. 158.

17 CLÉRICO, Laura (2009) "¿El argumento del federalismo vs. el argumento de igualdad? El derecho a la Salud de las personas con discapacidad" Revista Jurídica de la Universidad de Palermo. Http: www.palermo.edu/derecho/revista_juridica/pub-11/11Juridica05.pfd..

Por otro lado, tener presente que el amparo constituye una insoslayable vía de acceso a la jurisdicción y la finalidad que persigue consistente en la protección de derechos fundamentales, restableciendo su respectivo goce y ejercicio cuando fueron afectados, o previniendo que sean conculcados, resulta vital para nuestro sistema de derechos. Asimismo, es de suma importancia para el fortalecimiento del Estado constitucional de derecho, puesto que a este modelo de Estado no sólo le resulta suficiente el reconocimiento de derechos fundamentales sino que estos también se tornen operativos, siendo crucial a tales efectos el acceso a la justicia.[18]

Consideramos que en el caso analizado, el juzgador ha adoptado los principios y garantías establecidas en materia de salud y en especial de las disposiciones relativas a la protección de las personas con discapacidad que se encuentran receptadas en la Constitución Nacional y en los tratados internacionales incorporados en el art. 75 inc. 22 de la Ley Fundamental. Recalcamos la importancia de esta solución en armonía con los parámetros fijados por la Corte Suprema de Justicia de la Nación que tiene dicho que el derecho a la salud está íntimamente relacionado con el derecho a la vida[19] y, además, que este último es "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".[20]

De todo lo expuesto podemos concluir que "atañe a los jueces buscar soluciones que se avengan con la urgencia que conllevan las pretensiones, para lo cual deben encauzar los trámites por vías expeditivas y evitar que el rigor de las formas pueda conducir a la frustración de derechos que cuentan con tutela de orden constitucional".[21]

.

18 VIGO, Rodolfo L., (2010) "Del Estado de derecho legal al Estado de derecho constitucional", LL, Suplemento de derecho constitucional.

19 CSJN, 01/06/2000, "Asociación Benghalensis y otras c. Estado Nacional", LL, 2001-B, 126.

20 CSJN, 06/11/1980, "Saguir y Dib, Claudia Graciela s/ autorización", LL, 1981-A, 401; CSJN, 27/1/1987; CSJN, 27/02/1987, "Cisilotto, María del Carmen Baricalla de c. Estado Nacional (Ministerio de Salud y Acción Social)", LL, 1987-B, 311; CSJN, 05/03/2003, "Portal de Belen — Asociación Civil Sin Fines de Lucro c. Ministerio de Salud y Acción Social de la Nación s/ amparo", LL, 2002-B, 520.

21 CSJN, 01/04/2008, "Chamorro, Carlos c. Sociedad Argentina de Autores y Compositores de Música s/ amparo", Fallos: 331:453.

Superior Tribunal de Justicia de Entre Ríos

Causa: RGJ en repres. de su hijo menor c/ instituto de obra social de la provincia de Entre Ríos y c/superior Gobierno de la Prov. de Entre Ríos s/ acción de amparo (en feria)

ACUERDO:
En la Ciudad de Paraná, Capital de la Provincia de Entre Ríos, a los treinta y un días del mes de enero de dos mil diecinueve, reunidos, en el Salón de Acuerdos los señores miembros del Excmo. Superior Tribunal de Justicia de Feria, a saber: Presidente Dr. BERNARDO I. R. SALDUNA y las vocales Dres.: EDUARDO ROMEO CARBÓ y HUGO DANIEL PEROTTI, asistidos de la Secretaria autorizante fueron traídas para resolver, las actuaciones: "R G J EN REPRES. DE SU HIJO MENOR C/ INSTITUTO DE OBRA SOCIAL DE LA PROVINCIA DE ENTRE RIOS y C/SUPERIOR GOBIERNO DE LA PROV DE ENTRE RIOS S/ ACCION DE AMPARO (EN FERIA)".-

Practicado el sorteo de ley resultó que la votación debía tener lugar en el siguiente orden: señores Vocales Dres. SALDUNA, PEROTTI y CARBÓ.-
Examinadas las actuaciones, el Tribunal planteó la siguiente cuestión:

¿Qué cabe resolver?
A LA CUESTION PLANTEADA EL SEÑOR VOCAL DR. SALDUNA, DIJO:

I.- A fs. 69/73 vta., G J. R, en representación de su hijo menor de edad E. G. R. y por intermedio de su apoderado, interpuso acción de amparo.

AMPARO Y MEDICAMENTOS EN FAZ DE EXPERIMENTACIÓN MÉDICA

"AMPARO" AND DRUGS IN MEDICAL EXPERIMENTATION

Nicolás Alberto Simón[1]

RESUMEN:
En el presente trabajo se comenta un fallo judicial en el cual se analiza la procedencia de una acción constitucional de amparo iniciada por el progenitor de un niño de tres años de edad -enfermo de cáncer- a fin de que la obra social de la provincia de Entre Ríos y/o el propio estado provincial proveyese al menor el medicamento necesario para la continuación de su tratamiento, fármaco este que sólo se expende en Alemania.

1 Abogado (Universidad Nacional de Córdoba). Alumno sobresaliente promoción 2012. Especialista en derecho de daños (Universidad Castilla-La Mancha, España, 2017). Especializando en Derecho Procesal de las Ejecuciones (Universidad Blas Pascal, Córdoba). Profesor integrante de la Cátedra de Derecho Privado I (Facultad de Derecho, Universidad Siglo XXI, Córdoba). Adscripto en la Cátedra de Derecho Privado II (Facultad de Derecho, Universidad Nacional de Córdoba). Relator/Asistente de magistrado del Juzgado de Primera Instancia y Sexta Nominación en lo Civil y de la Excma. Cámara Sexta de Apelaciones en lo Civil y Comercial de la Ciudad de Córdoba. Redactor del Boletín Judicial del Poder Judicial de la Provincia de Córdoba. Se desempeña como Prosecretario Letrado de la Excma. Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial, Laboral, Familia y Contencioso Administrativo de la ciudad de Bell Ville, Córdoba. Mail: nicolassimon25@hotmail.com – ORCID iD: https://orcid.org/0000-0002-3846-5132

En su presentación, el actor demandó al Instituto de Obra Social de la Provincia de Entre Ríos; y, subsidiariamente, al Superior Gobierno de la Provincia de Entre Ríos. Allí, pretendió que se brinde al niño E. G. R., la cobertura integral de la medicación Qarziba (nombre comercial), cuyo integrante farmacéutico activo/genérico es dinutuximab beta (denominación no comercial) 10 mg/2 por diez días (cinco ciclos).
Indicó que esa medicación había sido prescripta por la médica tratante, según la patología que padece su hijo. Esto es: Neuroblastoma estadío IV.
Abordó los requisitos de admisibilidad de la vía que intenta; y, reputó de ilegítima la conducta asumida por el IOSPER en cuanto esa parte se negó a otorgar la prestación. Señaló que ante la insuficiencia de recursos que invocó la Obra Social demandada, debe operar el Estado Provincial de modo subsidiario. En su respaldo, citó los arts. 28 CN; y, 5 y 38 CER.
Refirió al trámite administrativo e invocó normas convencionales. Precisó que la enfermedad de E. G. R. es un tipo de cáncer infantil de alto riesgo, con metástasis en la médula osea y huesos del cráneo.
Relató que, con anterioridad, se inició tratamiento de inducción con quimioterapia. Y, finalizado ello, el tumor se había reducido lo suficiente que habilitó la realización de una cirugía; y, luego, un autotransplante de células madres a fin de erradicar la enfermedad.
Con el objetivo de evitar la reaparición del tumor, se aplicó ácido cis retinoico. E, insistió, según la indicación médica, su hijo debe recibir la droga requerida en este amparo.
Expuso que: a) la medicación se fabrica por una empresa alemana, b) no se encuentra en fase de experimentación; y, c) se comercializa en Europa.
Reconoció que, como toda droga, existen eventuales efectos adversos. Aunque, en el caso y citando las prescripciones de los galenos, las especiales circunstancias, ameritan y justifican el tratamiento.
A su criterio, la única razón en la respuesta del IOSPER, se justifica en la onerosidad del medicamento.
Detalló su prueba documental y ofreció la restante. Fundó en derecho; e, hizo reserva del caso federal, en los términos del art. 14 de la Ley Nº 48. Finalmente peticionó que se haga lugar al amparo, con costas.

ABSTRACT:
The present paper comments on a judicial ruling that analyzes the requirements of a constitutional action initiated by the father of a three-year-old child with cancer in order to receive, from the medical care system of Entre Ríos Province and/or the state itself, the necessary medication for the continuation of the child's treatment, a drug that is only sold in Germanytity in Argentina, further expanding it in the margins of the National Gender Identity Law.

Palabras Claves: amparo - salud - medicamento oncológico - experimentación - importación.

Key Words: protection - health - oncological medication - experimentation - import.

I. El caso bajo análisis

En la feria judicial del pasado mes de enero del año dos mil diecinueve, el Excmo. Superior Tribunal de Justicia de Feria de la Provincia de Entre Ríos decidió -por mayoría- hacer lugar a la demanda de amparo entablada por el Sr. R.G.J. en representación de su hijo de tres años de edad -E.G.R.- a fin de que la obra social de esa provincia y/o la propia organización estatal le proveyesen al menor una droga necesaria para la continuación de su tratamiento oncológico.
El niño está siento tratado en el Hospital "Ricardo Gutiérrez" de la ciudad de Buenos Aires puesto que padece de un tipo de cáncer infantil de alto riesgo, con metástasis en la médula ósea y huesos del cráneo. Tras un tratamiento de inducción con quimioterapia, E.G.R fue intervenido quirúrgicamente, se le efectuó un autotrasplante de cédulas

II.- Requerido el informe del art. 8 de la Ley Nº 8369 a las codemandadas, a fs. 165/183 vta. y a través de su apoderado, se presentó el Instituto de Obra Social de la Provincia de Entre Ríos.
En esa oportunidad, sin perjuicio de esgrimir un mero error material de su contraria, ensayó que la demanda era infundada y, en algunos extremos, con datos falsos. También, se avocó a replicar ciertos aspectos del promocional.
Sostuvo que: a) la droga en cuestión no está registrada, b) no se comercializa en la Argentina, c) su contraria reconoció que la medicación no esta autorizada o disponible en el país y la posibilidad de efectos adversos (ver fs. 106). Resaltó los informes del Instituto Nacional del Cáncer y del Instituto de Efectividad Clínica y Sanitaria; y, subrayó las múltiples coberturas que ha recibido el menor de edad (detallando el monto económico de la intervención en la Fundación Instituto Quirúrgico del Callao: $1.164.800,74). Todo ello, desmentiría la versión del actor.
Subrayó el trámite extrajudicial, antecedentes de la Provincia de Mendoza sobre el debate que aquí nos convoca; y, transcribió la auditoría dispuesta por Presidencia del IOSPER: "se necesitan más datos para entender totalmente la eficacia del medicamento. Se lo ha autorizado para uso en 'circunstancias excepcionales'. Esto se debe a que no ha sido posible obtener información completa sobre el medicamento por razones éticas. (...) Aún no se concluye en los efectos adversos ... incluyendo el sistema nervioso central y periférico, la prevalencia de disfunción orgánica, los efectos sobre el crecimiento y el desarrollo endocrino, la pérdida de audición, la toxicidad cardíaca y los datos de supervivencia. El medicamento aún está en protocolo de estudios".
Alegó que el Comité de Farmacia y Terapéutica y el Comité de Bioética del Hospital de Niños de Mendoza, con la firma de dieciseis profesionales, concluyeron que "no hay evidencia científica suficiente para realizar estabindicación" (citas de fs. 169 vta. in fine/170).
A continuación, mencionó una segunda auditoría de su parte; "En Argentina el ANMAT no ha autorizado su uso hasta la fecha. (...) Recientemente, han sido aprobados nuevos tratamientos inmunológicos, como los anticuerpos antigangliosodo 2 (anti-GD2). (...) La moderada calidad de la evidencia disponible no permite hacer una recomendación definitiva sobre su cobertura" (fs. 170 vta. in fine/171).

madres para erradicar la enfermedad y -según prescripción médica- requiere recibir la medicación denominada comercialmente "Qarziba"[2].
Este medicamento es producido exclusivamente en Alemania y se encuentra en estado científico de experimentación en nuestros días.
El juez de primera instancia que conoció en la causa decidió acoger la pretensión constitucional esgrimida, imponiendo las costas causídicas generadas por el orden causado.
Ambos polos de la relación procesal apelaron tal resolución. El recurso del actor se ciñó exclusivamente a lo decidido en materia de imposición de costas mientras que el Instituto de Obra Social de la Provincia de Entre Ríos (en adelante, IOSPER) y el Superior Gobierno de esa Provincia procuraron la revocación del resolutorio, -principalmente- en base a dos cuestiones: la onerosidad de la importación del fármaco y la falta de certeza en la comprobación de efectos en el estado crítico de salud del infante.
Conforme la ley de procedimientos constitucionales de la Provincia de Entre Ríos (ley n.° 8369), el recurso de apelación de la sentencia dictada en el marco de un proceso de amparo conlleva el de nulidad, debiendo el tribunal de alzada verificar de oficio la existencia de vicios invalidantes del proceso. Además, la concesión del recurso de apelación y nulidad otorga al tribunal *ad-quem* la plena jurisdicción del caso, colocándolo frente a los postulados de las partes en la misma situación que el magistrado de la instancia anterior.[3]
El Tribunal Superior basó su decisión en la prueba recabada en la causa (principalmente documental, pericial e informativa) e incluso hizo producir -mediante el despacho de

2 Integrante farmacéutico activo/genético es dinutuximab beta; 10 mg/2 por diez días en cinco ciclos.

3 Véanse artículos 15 y 16 de la ley provincial de la Provincia de Entre Ríos n.º 8369.

Transcribió las partes pertinentes del informe del Instituto Nacional del Cáncer, coincidente con lo ya había dictaminado por esta parte.
Aludió al trámite ante la ANMAT e hizo ciertas consideraciones respecto de la Ley Nº 23611.
Predicó que, a la fecha, no cuenta con los fondos necesarios para adquirir lo que se pretende. También, hizo referencia a los 298.000 afiliados a la Obra Social, consideró aspectos presupuestarios; y, el Decreto Ley Nº 5326/73, ratificado por Ley Nº 5480.
Interesó que se cite, en calidad de terceros, al laboratorio o importador o representante del medicamento; y, también, al Estado Nacional, Ministerio de Salud y Superintendencia de Salud.
Fundó la inadmisibilidad de la acción intentada; y, finalmente, hizo reserva del caso federal, en los términos del art. 14 de la Ley Nº 48 y peticionó que se rechace el amparo, con costas.

III.- A su turno, a fs. 187/194, se presentó el Superior Gobierno de la Provincia de Entre Ríos. Allí, con similares argumentos que el IOSPER, repelió la acción en su contra.
En concreto, esgrimió los resultados inciertos de la droga en estado experimental; y, concluyó que "el presente amparo configura una audacia desde el punto de vista médico" (fs. 190).
Luego de justificar la improcedencia de la demanda, rechazó la responsabilidad de su parte.
Por último, hizo reserva del caso federal, en los términos del art. 14 de la Ley Nº 48; y, peticionó que se rechace el amparo, con costas al actor, o, en su defecto, se impongan por su orden.

IV.- A fs. 199, el magistrado de la instancia inferior libró oficio al Servicio de Oncohematología del Hospital de Niños de Paraná. Y, atento su respuesta que obra a fs. 201/201 bis, a fs. 202 se requirió la intervención del Departamento Médico Forense de Este Poder Judicial cuyo dictamen luce a fs. 203 y vta.

V.- A fs. 205/225 vta., se dictó sentencia que hizo lugar a la acción de amparo incoada, impuso las costas por

.....

una medida para mejor proveer- mayor material probatorio en su sede. Cuadra destacar esto último, puesto que, sopesando la importancia del caso y la trascendencia de la decisión a tomar, el órgano jurisdiccional adoptó un rol activo en la resolución del planteo, propio del paradigma actual al que debe responder la función jurisdiccional.
El Tribunal de feria fue integrado por los Dres. Bernardo I. R. Salduna, Hugo Daniel Perotti y Eduardo Romeo Carbó. El primero votó a favor de los recursos de apelación deducidos por las demandadas y propuso revocar la sentencia del juez a-quo, mientras que los Dres. Perotti y Carbó votaron en contra de las impugnaciones articuladas por las accionadas y a favor del recurso del actor. Como se adelantó, se confirmó -por mayoría- la decisión del Tribunal de primera instancia en lo referido a la procedencia de la acción de amparo y se impusieron las costas del caso a cargo de las demandadas vencidas.

II. El Estado, responsable subsidiario en cuestiones de salud

Garantizado el derecho de defensa de las accionadas, la obra social como el propio estado provincial de Entre Ríos se opusieron a la pretensión esgrimida por el amparista. Conforme surge de la relación de causa efectuada por el Vocal del primer voto -Dr. Salduna-, ambas demandadas refutaron la pretensión constitucional hecha valer en el caso desde la primera oportunidad en que comparecieron a juicio. Su esfuerzo argumentativo demostrado por ante el máximo Tribunal provincial no resultó suficiente para rebatir lo decidido por el juez de primer grado.
Al iterar las actuaciones procesales de la causa, el Dr. Salduna expresó: *"Las accionadas fundamentan sus recursos en similar sentido a sus respectivas contestaciones de demanda"*. De ello se desprende que su técnica recursiva ni la solvencia jurídica de su

su orden y se regularon los honorarios de los profesionales intervinientes.

VI.- A fs. 242, 243 y 245 las partes introducen sendos recursos de apelación, remedios que son concedidos a fs. 247.
Las actuaciones son elevadas a esta Sala conforme oficio de fs. 248

VII.- A fs. 264/280 vta., 282/287 vta. y 289 y vta., las partes introducen sus respectivos memoriales, conforme autoriza el art. 16 LPC.
Las accionadas fundamentan sus recursos en similar sentido a sus respectivas contestaciones de demanda. Por su parte, el amparista, se queja en cuanto las costas se impusieron por su orden.

VIII.- A fojas 295/296 vta., el Ministerio Público de la Defensa, evacúa la vista conferida a fs. 291.
A su turno, a fs. 298/299 el Ministerio Público Fiscal, propicia el rechazo de la acción.

IX.- A fs. 314, sin perjuicio de lo dispuesto a fs. 300 y 301 y vta., las presentes actuaciones son puestas a despacho a fin de resolver.

X.- Preliminarmente, conforme lo establecido en los arts. 15 y 16 de la Ley de Procedimientos Constitucionales Nº 8369, el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia en la acción de amparo o de ejecución de primera instancia, conlleva el de nulidad, debiendo el tribunal de alzada verificar, aún de oficio, la existencia de vicios invalidantes y, en su caso, proceder según corresponda.
Las partes no efectúan planteo alguno de tal naturaleza. Tampoco lo señala en su dictamen el MPD ni el MPF; y, del el análisis de las actuaciones, no se advierten defectos que por su magnitud e irreparabilidad deban ser expurgados del proceso por esta vía, por lo cual doy respuesta negativa al interrogante.

.....

postura respondieron al estándar mínimo necesario para refutar el objeto pretendido por el amparista.
Soslayan las accionadas que el estado es responsable en materia de servicio de salud; que en el caso de que el servicio sea prestado por obras sociales o entidades de medicina prepaga, la responsabilidad estatal es siempre subsidiaria ante el incumplimiento o el defectuoso, tardío o parcial cumplimiento de las primeras y que su obrar no se acota a la mera subsidiariedad, sino que el estado debe adoptar políticas positivas para lograr el efectivo y pleno goce del derecho a la salud digna.
La Excma. Corte Suprema de Justicia de la Nación -en adelante, CSJN- ha pregonado 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 el Poder Judicial debe proteger.[4]
En ese marco, es dable destacar la decisión adoptada por los Magistrados que conformaron el voto de la mayoría. Sin descuidar los planteos defensivos esgrimidos por las demandadas, la posición que adoptaron los Dres. Hugo Daniel Perotti y Eduardo Romeo Carbó refleja la postura que -sobre la temática- ha sostenido inveteradamente el tribunal federal de la Nación.
La Corte ha dicho: *"(...) el derecho a la salud, máxime cuando se trata de enfermedades graves, se encuentra íntimamente relacionado con el derecho a la vida que está reconocido por la Constitución y por los tratados internacionales que tienen jerarquía constitucional (art. 75, inc. 22 de la Ley Suprema). Así, el tribunal ha destacado la obligación*

4 CSJN, Fallos 330:3725.

XI.- Ahora bien, resulta oportuno memorar la uniforme y constante doctrina judicial, por la cual, al concederse el recurso de apelación y nulidad de conformidad a lo establecido por los arts. 15 y 16 de la Ley Nº 8369, otorga a esta instancia de alzada, la plena jurisdicción sobre el caso, colocándola frente a la demanda en la misma situación que el judicante de grado inferior, pudiendo examinar la causa en todos sus aspectos, tratar cuestiones no planteadas recursivamente y establecer, aún de oficio, la existencia de circunstancias impeditivas o extintivas que operen ipso iure. De igual modo, reconoce al Tribunal la facultad para escrutar y resolver acerca de la totalidad del caso, tanto en su aspecto fáctico como jurídico, actuando con plena jurisdicción y juzgando con la mayor amplitud de conocimiento, con las limitaciones dadas por la naturaleza sumarísima del proceso, pudiendo no sólo revocar la resolución apelada, sino también reemplazarla por otra decisión ajustada a derecho (cfr. STJER, Sala Penal - "Barcos de Ferro" sentencia del 19/02/93; "Tepsich", sentencia del 05/09/94, LSAmp. 1994, fº256; "De Giusto" sentencia del 02/07/93, LSAmp. 1993, fº 358; "Traverso de Ormaechea", Sentencia del 04/11/94, LSAmp. 1994, fº 301; "Romero", sentencia del 08/11/94, LSAmp.1994, fº 307, entre otros.). Dentro del marco cognoscitivo reseñado, corresponde dar respuesta al planteo recursivo.

XII.- En ese orden, es menester señalar, que la CSJN en autos "Cisilotto, María del Carmen Baricalla de c/ Estado Nacional (Ministerio de Salud y Acción Social) s/ amparo", rechazó la provisión de una droga en fase de experimentación.
El Máximo Tribunal de la Nación, "estimó que únicamente la demostración de la eficiencia del medicamento, constituye una de las condiciones mediante las cuales se le podría exigir al Estado un tratamiento médico ya escogido. Ello con la finalidad de garantizar los derechos a la vida y a la salud, como asimismo, las condiciones más adecuadas y seguras para que tales derechos cundan. Razones de índole científica e imperativos éticos, no permiten la utilización del hombre como un simple medio para otros fines, como lo sería la experimentación de medicamentos" (PALACIO de CAEIRO, Silvia B., "Constitución Nacional en la Doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación", La Ley, Buenos Aires, 2011, pág. 235, el resaltado es propio).

.....

impostergable que tiene la autoridad pública de garantizar ese derecho con acciones positivas, sin perjuicio de las obligaciones que deben sumir en su cumplimiento las jurisdicciones locales, las obras sociales o las entidades de la llamada medicina prepaga [5]*(...)".*
Por ello, es menester recordar que en casos en donde está en juego el derecho a la salud de las personas, el magistrado que resuelve la causa debe indefectiblemente ponderar que su solución debe garantizar la dignidad del sujeto perjudicado, dando así eficacia al primero y principal derecho que nos permite ejercer el resto: el derecho a la vida.

III. Fundamentos principales esgrimidos por la oposición. Su alcance para fustigar el reconocimiento del derecho humano hecho valer en el proceso por el padre del niño enfermo.

En términos generales, la defensa esgrimida por las accionadas se basó en los siguientes pilares: la onerosidad del fármaco pretendido por el amparista y la presunta falta de comprobación científica de los efectos del medicamento objeto de la pretensión.
En el voto de la minoría como en los que conformaron la mayoría se citaron precedentes de la CSJN a favor de cada una de las posturas.
A continuación, se analizarán los puntos centrales de los pronunciamientos de los jueces que resolvieron el caso. El análisis se efectuará de manera conjunta, cotejando los postulados a favor como en contra de la procedencia de la acción constitucional intentada.
Habida cuenta que la doctrina pretoriana del Tribunal Federal de la Nación referida a la onerosidad de los procedimientos médicos o la administración de medicamentos de

5 CSJN, Fallos 328:4640.

En ese mismo antecedente, se dijo que estaba "fuera de discusión que la actividad de la Administración en materia de drogas y productos medicinales así como su experimentación y suministro a los pacientes, lejos de menoscabar los derechos a la vida y a la salud, garantiza las condiciones más adecuadas y seguras para que tales derechos cundan. Dicha actividad no sólo tiende a la preservación de esos valores, ante los eventuales efectos nocivos de alguno de los aludidos productos, sino que también se halla enderezada a evitar que el hombre pueda tornarse en el sufriente receptor de múltiples manipuleos sólo basados en la conjetura, la doxo o la improvisación; esto es, impedir que el sujeto se 'cosifique' como objeto de una mera investigación.
(...) En tal sentido, la fiscalización estricta de la experimentación y subsiguiente comercialización de productos medicinales tiende a evitar que esa actividad científica y comercial derive en eventuales perjuicios para la salud.
(...) Cabe inferir, además, que el indelegable control que debe ejercer el Estado en este campo reconoce no sólo razones estrictamente científicas sino también el imperativo ético de no permitir la utilización del hombre como un simple medio para otros fines.
Es más, un adecuado paradigma de salud no puede dejar de observar que, principalmente en enfermedades como el cáncer, sus efectos trascienden a la persona del paciente hasta conmover su núcleo familiar o de afectos, cuyos miembros, en muchas ocasiones resultan llamados a tener que prestar su opinión y consejo en trascendentes decisiones sobre el tratamiento a seguir. No es aventurado, entonces, afirmar que la protección del hombre enfermo a la que apuntan las normas citadas, debe entenderse que se extiende a todos los sujetos comprendidos en tales ámbitos" (CSJN, Fallos: 310:112, considerandos 13), 14) y 15), el resaltado es propio).
En esas mismas actuaciones, se referenció lo resuelto por la Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos de Norteamérica en "United States v. Rutherford", del 18/06/1979. Con cita de expertos, la Corte norteamericana, indicó que "un tratamiento ineficaz puede llevar a retardar el empleo de los medios terapéuticos reconocidos, provocando muertes innecesarias; por ello, en ausencia de evidencias científicas sobre su efectividad, ninguna droga destinada al tratamiento del cáncer puede ser considerada segura. (...) La experiencia de la

alto costo es relativamente pacífica en cuanto a la procedencia de la acción de amparo de salud en esos casos, considero más interesante y fructuoso detenerme en el estudio de los argumentos dados en relación a la presunta falta de eficiencia de la droga pretendida para mejorar el estado de salud del niño en función de los presupuestos condicionantes de la procedencia del amparo.
Enfatizo: presunta falta de eficiencia. Con ello, adelanto opinión en el sentido favorable a la decisión adoptada por la mayoría del cuerpo jurisdiccional entrerriano.

1. Esfuerzo probatorio y amparo. Prueba de partes y prueba oficiosa

El amparo es una acción rápida y expedita fundada en la restricción, alteración o amenaza, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, de derechos y garantías. Atento su especial naturaleza de proceso urgente, las leyes adjetivas locales y la nacional establecen que la prueba de la que se valdrán los postulados de las partes debe ofrecerse con la interposición de los escritos introductorios. Asimismo, el plazo de su producción es acotado y no se admiten todos los medios de prueba.
Es un impedimento para la admisión de la acción de amparo que la misma requiera una amplitud de debate y prueba imposible de ejercerse en el marco sumario y restringido de este proceso.[6]
Ampliar el conocimiento y el ámbito de probanza y disputa en esta clase de procesos desnaturalizaría su propósito y principal fundamento: ser una herramienta eficaz para garantizar derechos constitucionales de manera urgente.

6 Sobre el tema, véase SAGÜES, Néstor P., "Nuevamente sobre el rol directo o subsidiario de la acción de amparo (a propósito de la voluntad del constituyente)", LL 1995-D, 1517; GOZAÍNI, Osvaldo Alfredo, "El derecho de amparo creado por la Constitución Nacional", LL 1995-E y PALACIO DE CAEIRO, Silvia B., "El rechazo in limine de la acción de amparo ¿una figura destinada a subsistir en la nueva ley reglamentaria?".

historia indica por qué el Congreso pudo razonablemente proponerse proteger a los enfermos terminales, en no menor medida que a otros pacientes, del amplio espectro de autoproclamadas panaceas que el ingenio humano puede elaborar" (el resaltado es propio).

En ese mismo sentido, en "Laboratorios Ricas S.A. c/ Estado nacional Ministerio de Salud y Accion Social", la CSJN dijo que "la fiscalización estricta de los productos medicinales constituye una potestad estatal indelegable, que tiende a evitar que esta actividad derive en eventuales perjuicios para la salud pública. Ello así, pues el Estado posee la facultad de intervenir por vía de reglamentación en el ejercicio de ciertas industrias y actividades para restringirlas o encauzarlas en la medida que lo exijan la defensa y el afianzamiento de la salud, la moral y el orden público" (CSJN, Fallos: 318:2311, el resaltado es propio).

Siguiendo esta línea argumental, en autos "Recurso de hecho deducido por el Estado Nacional en la causa S. L. M. c/ Obra Social del Poder Judicial de la Nación y otro s/ sumarísimo", del 26/03/2009, la CSJN hizo propio los argumentos del dictamen de la señora Procuradora Fiscal; y, revocó la sentencia en crisis, que había hecho lugar a la demanda. En ese caso, el actor había solicitado un procedimiento médico en fase experimental; y, la demandada se oponía con fundamento en que "no esta(ba) admitido ni reglamentado por los organismos de control" ni "recomendado por las instituciones consultadas". El dictamen, sin desconocer la urgencia con que debía resolverse el asunto, señaló la necesidad de mayor prueba, "que ilustrase, cuando menos, sobre los siguientes puntos: 1) la evolución operada en el proceso patológico que afecta al actor, su estado de salud actual y su pronóstico; 2) la descripción del procedimiento propuesto; 3) las consecuencias que éste puede acarrear, complicaciones frecuentes, riesgos razonablemente previsibles, y efectividad; 4) la existencia de terapias alternativas; 5) los beneficios y desventajas de la nueva práctica, así como los que correspondan a los tratamientos convencionales; 6) la necesidad o no de la administración de la estrategia médica en cuestión; 7) en caso afirmativo, los recaudos que deben adoptarse sine qua non; 8) la apreciación técnica integral referida al caso concreto, con las indicaciones terapéuticas que se juzguen más adecuadas".

En estos autos, a fs. 13/28 se agregó Anexo I, a modo de una ficha técnica o resumen sobre las características

---

Indiscutido es que las cuestiones de salud revisten tal calificativo. Piénsese que nos encontramos frente a una grave enfermedad padecida por un niño de tres años de edad.

Tal como surge de la lectura del fallo en comentario, el caso ameritó un mayor despliegue probatorio, incluso su despacho como medida para mejor proveer.

Al respecto, aplaudo que se haya dado intervención al departamento médico del Poder Judicial de la Provincia de Entre Ríos. En nuestros días, el auxilio que esos órganos técnicos aportan a los magistrados es altamente valorable. Sus informes reflejan cientificidad y objetividad, calidades que -en casos como estos- resultan tan necesarias al momento de fallar, aportando solvencia técnica al resolutorio judicial.

El departamento de medicina forense recomendó una interconsulta con un servicio de referencia nacional, medida que fue dispuesta de oficio por la Sala del Tribunal Superior de feria. Si bien no deben soslayarse los límites que el legislador ha dado al proceso de amparo, tampoco debe olvidarse que las formas procesales deben responder a un fin y si ese propósito -en el caso- era lograr efectiva convicción acerca de la procedencia o rechazo de la acción constitucional esgrimida, se resolvió en justos términos.

Por ello, celebro el activismo procesal de los sentenciantes del caso. Bien es sabido que los jueces cuentan con herramientas para dirigir y efectivizar el proceso, por ello, si bien se sortearon ciertas barreras o límites procesales estrictos también pudo hacerse eco de aquellos instrumentos para controlar los tiempos de tramitación y resolución de la causa, dándose efectivo cumplimiento al debido proceso.

2. El interés superior del niño

Uno de los fundamentos del voto de la minoría para postular el rechazo de la acción de amparo fue la protección del interés superior del niño.

del medicamento en cuestión. Allí se lee que la droga "está sujeta a seguimiento adicional" y su aplicación se reserva "a uso hospitalario y se debe administrar bajo la supervisión de un médico con experiencia en el uso de tratamientos oncológicos. Debe ser administrado por un profesional sanitario preparado para tratar reacciones alérgicas graves (...) en un entorno en el que se pueda disponer inmediatamente de servicios completos de reanimación". En ese mismo documento, se indican las reacciones adversas y la modificación del tratamiento según la gravedad de aquellas.

Según el anexo, "suele aparecer dolor neuropático al comienzo del tratamiento", "se pueden producir reacciones graves relacionadas con la perfusión", "se debe vigilar estrechamente la aparición de anafilaxia y reacciones alérgicas en los pacientes", "el síndrome de fuga capilar se suele desarrollar horas después del inicio del tratamiento", "se pueden producir trastornos oculares", "se han notificado casos esporádicos de neuropatía periférica con Dinutuximab beta Apeiron", "se ha notificado la aparición de reacciones adversas hematológicas con Dinutuximab beta Apeiron", "no se puede descartar un riesgo de reducción indirecta de la actividad del sistema CYP", "se desconocen los efectos ... sobre la fertilidad en el ser humano".

Conforme la documental que acompaña el amparista, "la Agencia Europea de Medicamentos ha concedido ... un aplazamiento para presentar los resultados de los ensayos realizados"; y, que "este medicamento se ha autorizado en 'circunstancias excepcionales'. Esta modalidad de aprobación significa que debido a la rareza de la enfermedad no ha sido posible obtener información completa de este medicamento".

Siguiendo con la lectura del anexo, en lo que hace a los "datos preclínicos sobre seguridad", se consigna que "se ha administrado dinutuximab a cobayas jóvenes machos y hembras, así como a macacos jóvenes (monos) machos y hembras, en pautas de dosis repetidas que superaron la dosis clínica recomendada. Algunos de los resultados destacados fueron cambios (disminución) en el peso del timo y cambios en la médula ósea (atrofia que afecta a las líneas celulares precursoras mieloides y eritoides). Los cambios de la médula ósea fueron de leves a graves y se resolvieron tras la interrupción del tratamiento. No se observaron efectos sobre la función cardiovascular (ECG, presión arterial)".

La convención sobre los Derechos del Niño (Asamblea General de la ONU, Nueva York, 20/11/89) aprobada por la ley n.° 23.849/90, que reviste jerarquía de ley suprema de la Nación (arts. 27 y 31 de la Constitución Nacional), en su art. 3, primer párrafo, dispone que *"En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño"*.

La ley nacional n.° 26.061, de Protección integral de los derechos de niños, niñas y adolescentes, en su artículo 1, segundo párrafo, reza que *"Los derechos aquí reconocidos están asegurados por su máxima exigibilidad y sustentados en el principio del interés superior del niño"*, agregando en su art. 3: *"A los efectos de la presente ley se entiende por interés superior de la niña, niño y adolescente la máxima satisfacción, integral y simultánea de los derechos y garantías reconocidos en esta ley"*.

Martínez Ruiz define el "interés superior del menor" como *"el conjunto de bienes necesarios para el desarrollo integral y la protección de la persona y de los bienes de un menor dado y, entre ellos, el que más conviene en una situación histórica determinada"*[7].

Así entonces, cuadraba analizar si -para este caso específico- la administración de la droga en cuestión era más favorable al estado de salud del niño.

Uno de los tres vocales consideró que de la prueba producida en la causa no surgía "certeza" de que el medicamento en estado de experimentación podría mejorar la salud de E. G.R.

Ahora bien, ese grado de "certeza" que debe tratar de lograr el esfuerzo probatorio del

7 MARTÍNEZ RUIZ, Analía, "Convención sobre los Derechos Niño" Inés María Weinberg -Directora-, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2002, p. 104.

En el Anexo III, de fs. 32/44, apartado "B. PROSPECTO" (fs. 38/45), en especial fs. 40 in fine/42, se advierten los posibles efecto adversos. De su lectura, se desprende: hinchazón rápida en distintas partes del cuerpo, deficiencia de oxígeno, dificultad para respirar, infección potencialmente mortal, convulsiones, insuficiencia cardíaca. Incluso: shock debido a disminución del volumen de líquido corporal, formación de coágulos, trastorno cerebral, entre otras posibles consecuencias.
A fs. 48/49, se puntualizó "que no ha sido posible obtener información completa sobre el medicamento por razones éticas (...) Aún no se concluye sobre los efectos adversos a largo plazo de uso de Qarziba". Y, en esa documental, suscripta por los médicos auditores del IOSPER, se mencionó el informe del Comité de Farmacia y Terapéutica y el Comité de Bióetica de un Hospital de Mendoza donde se concluyó que "no hay evidencia científica suficiente para realizar esta indicación".
Otro profesional de la salud auditor de la obra social demandada concluyó que "la evidencia disponible no permite hacer una recomendación definitiva sobre su cobertura" (fs. 56).
Por su parte, el Instituto Nacional del Cáncer (fs. 57/64 vta.), realizó una búsqueda de publicaciones sobre el tema, hasta abril de 2018 inclusive. Y, en lo tocante al resumen de evidencia disponible, estableció que "no se encontraron reportes de calidad de vida en las publicaciones citadas. Con respecto a Dinutuximab beta, la búsqueda no arrojó resultados específicos, por lo tanto los datos de eficacia y seguridad son los disponibles en prospecto, no pasibles de análisis de riesgo de sesgo y estadístico en el presente documento" (el resaltado es propio, fs. 61).
En sus "consideraciones de costos", se advierte que "no se encontraron estudios de costo-efectividad (CE) publicados. El informe de NICE en desarrollo se encuentra suspendido actualmente ya que se retiró la aprobación por EMA para Dinutuximab. En el ámbito de EE.UU. no se han efectuado a la fecha informes de CE. No se encontraron evaluaciones de tecnologías sanitarias ni evaluaciones económicas de otras agencias regulatorias afuera de las mencionadas" (el resaltado es propio, fs. 62).

.....

amparista debe ser ponderado en función de los requisitos básicos de procedencia de la acción de amparo en cada caso en particular. Puede ocurrir que, en un supuesto determinado, esa certeza -como grado de convicción suficiente- sea alcanzada con cierta prueba mientras que, en otro, el mismo medio o elemento probatorio no sea suficiente.
Del voto del Dr. Salduna (minoría) surge que *"(...) no se probó (...) que la aplicación de la droga pretendida, en la ecuación de efectos positivos y negativos, ventajas y desventajas, consecuencias secundarias, colaterales, y conforme el estado sanitario del menor, sea la adecuada para tal fin, ya que sólo se hizo hincapié en la posibilidad de mejorar su psicomotricidad, sin confrontarlo con su cuadro respiratorio asistido y las complicaciones que a ese nivel se podrían dar, aún con compromiso de vida"* .
Sumado al gravísimo estado comprobado de salud del niño enfermo de cáncer, del propio voto de la minoría surge que los magistrados tuvieron efectivo conocimiento que la provisión del medicamento podría mejorar el estado de psicomotricidad del infante. Ello surge de la prueba científica producida (pericial) y de la informativa recabada.
Así entonces, me pregunto si comprobado el grave estado de salud de un niño de tres años de edad, internado en un hospital en razón del padecimiento de una enfermedad de tipo terminal; al cuidado de médicos especializados en la materia y en la edad del menor; existiendo una prescripción médica a favor de la administración del fármaco y un informe favorable del comité de bioética del nosocomio; el consentimiento expreso de sus representantes legales y la autorización del organismo administrativo nacional en materia de medicamentos, alimentos y tecnología para la importación de cierta dosis de la droga para este caso en particular, ¿correspondía desestimar el amparo de salud incoado?
Como se adelantó, no comparto la decisión propiciada por la minoría. La situación fáctica de la causa unida a las probanzas arrimadas y valoradas en función de los presupues-

En sus conclusiones (fs. 62 vta.), es determinante: "El único ensayo aleatorizado de fase lll fue abierto, y fue cerrado de forma prematura por lo cual sus resultados deben ser interpretados cautelosamente (...) Con los elementos disponibles, no es posible valorar la calidad global de la evidencia, dada su heterogeneidad y datos no disponibles (...) Con los datos disponibles, el balance de riesgos y beneficios es incierto. De acuerdo a la guía publicada por SIOP, adaptada de acuerdo a los recursos disponibles, esta terapia no se encuentra recomendada. Considerando lo previamente expuesto, no se cuenta con evidencia para recomendar su uso en la práctica habitual, reservándola exclusivamente en el contexto de ensayos clínicos" (el resaltado es propio).
El Instituto de Efectividad Clínica y Sanitaria, en un documento de octubre de 2017 (fs. 65/68 vta.), advierte que "esta tecnología no ha sido aprobada hasta el momento en Argentina y no se han identificado estudios de costo-efectividad que lo evalúen".
Atento que la respuesta al oficio librado al Hospital San Roque de Paraná (ver fs. 201), "no aporta elemento alguno" (fs. 202), se dió intervención al Departamento Médico de este Poder Judicial. Ese organismo a fs. 203 y vta., se remitió al informe del Instituto Nacional del Cáncer donde expresa que "con los datos disponibles el balance de riesgos y beneficios es incierto"; y, recomendó una interconsulta con otro Servicio de Referencia Nacional, medida dispuesta por esta Sala a fs. 302 y vta.(el resaltado es propio)
Según todas las consideraciones que anteceden; y, sin dejar de considerar el derecho a la vida y a la salud (arts. 33 y 75 inc. 22 CN; arts. 12 y 21 inc. c. del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; inc. 1, arts. 4 y 5 de la Convención sobre Derechos Humanos - Pacto de San José de Costa Rica; inc. 1 del art. 6 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; la Convención sobre los Derechos de los Niños; art. XI de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; art. 25 de la Declaración Universal de Derechos Humanos), se impone acoger la apelación de las demandadas; y, en consecuencia, rechazar la acción de amparo.
En un antecedente similar al caso que nos ocupa, se dijo: "con las constancias obrantes en autos y tratándose de un medicamento de uso compasivo, experimental, que puede tener diversos efectos adversos en un paciente

tos constitucionales de la acción de amparo llevaban al reconocimiento de la pretensión esgrimida.
El interés superior del menor debió ser contemplado de acuerdo a la particularidad de este caso, armonizándolo con los derechos e intereses puestos en contraposición: ¿qué otra opción existía para mejorar el estado de salud del niño?, ¿cuál o cuáles serían las consecuencias que produciría el hecho que no se suministrase la droga en estado de experimentación?, y por último, ¿el hecho de que exista cierta probabilidad de mejoría en su estado de psicomotricidad no implica una mejoría comprobable del estado se salud del niño que importe el efectivo goce de su derecho a salud?
En este caso, rechazar la acción de amparo en base a la protección del interés superior del menor no resulta una decisión ajustada a derecho. El interés superior del niño *"exige a todos los operadores del derecho una actuación positiva a fin de garantizar tales principios. Más concretamente: los legisladores deben adecuar la legislación a los parámetros constitucionales teniendo como miras el interés superior del NNA (niño, niña y adolescente); en los ámbitos ejecutivos deben implementarse programas e instituciones que atiendan este interés superior, y los jueces deben valorar en el caso concreto la preferencia de este interés superior, actuando como pauta interpretativa"*[8].

3. El prospecto del fármaco peticionado: sus efectos adversos

Graciela Medina e Ignacio González Magaña nos enseñan que *"un ensayo clínico es un estudio médico enfocado a probar los efectos de algún fármaco nuevo o ya existente,*

8 NORA LLOVERAS, "El interés superior del niño" en "El interés superior del niño. Visión jurisprudencial y aportes doctrinarios" Graciela Tagle de Ferreyra -Directora-, Nuevo Enfoque jurídico, Córdoba, 2009, p. 225.

con un cuadro de salud sumamente delicado como el de Tiziano (aquí: Enzo), (...), no se acreditó que su aplicación, considerando su estado general de salud, le sea beneficiosa.
Situaciones como la de autos, exigen que desde la magistratura se resuelva atendiendo su 'interés superior', que incluye el de alcanzar el mejor nivel o grado de salud, y lo que no se probó -ni aún con la actividad que al respecto se desplegó oficiosamente en ambas instancias-, es que la aplicación de la droga pretendida, en la ecuación de efectos positivos y negativos, ventajas y desventajas, consecuencias secundarias, colaterales, y conforme el estado sanitario del menor, sea la adecuada para tal fin, ya que sólo se hizo hincapié en la posibilidad de mejorar su psicomotricidad, sin confrontarlo con su cuadro respiratorio asistido y las complicaciones que a ese nivel se podrían dar, aún con compromiso de vida.
Y justamente, si el norte es proteger su interés superior, si ese es el principio rector que debemos salvaguardar, al no haber alcanzado certeza, con las constancias anexadas a autos y dentro del acotado margen de conocimiento que autoriza esta acción -que en el caso se amplió notablemente, desde que se dispuso la apertura a prueba en la instancia de grado y una medida para mejor proveer en esta Alzada, todas destinadas a obtener información médica; lo que pone también en evidencia la extrema complejidad de la cuestión traída y la inidoneidad de este proceso para resolverla-, que lo pretendido, confrontado, con fundamentos médico científico, los efectos contraproducentes y favorables, sea necesario para conservar o mejorar la calidad de vida del niño; como lógica conclusión, la acción no puede prosperar.
En términos coloquiales y sencillos, el estudio de la causa y de la documental médica obrante en autos, no me permite afirmar que la administración de la droga al niño le hará 'más bien que mal'; no queda claro si mejorará o empeorará su ya delicado cuadro de salud, no sólo una función de su organismo -psicomotricidad- sino su integralidad. Y la ausencia de tan simple como compleja respuesta es la que me conduce a confirmar la sentencia de grado.
No se trata de una ecuación financiera, ni de proteger a uno o todos, ésta situación o aquella. Lo único que había que analizar en autos era si estaban acreditados los presupuestos necesarios para que prospere este am-

---

de algún tratamiento biológico o producto sanitario que pueda tratar o curar alguna enfermedad ya identificada. (...) En todos los casos, los ensayos clínicos son de gran ayuda para que la ciencia médica avance, ya que permiten evaluar todos los aspectos de interés de las enfermedades de un modo reglado y controlado; constituyendo de este modo, el proceso de investigación imprescindible para el desarrollo de nuevas alternativas terapéuticas, que contribuyan a mejorar la calidad y la esperanza de vida de las personas.
En síntesis, es una evaluación experimental de un producto, sustancia, medicamento, técnica o terapia que, en cuanto se aplique a seres humanos, busca obtener eficacia en su objetivo, que no puede ser otro que mejorar la salud humana"[9].
De la ficha técnica del medicamento pretendido -que los jueces tuvieron a disposición en el expediente- surge que la droga está sujeta a experimentación, que su aplicación se reserva a uso hospitalario bajo supervisión de galenos con experiencia en el uso de tratamientos oncológicos y preparados para tratar reacciones alérgicas graves y que debe efectuarse en un entorno en el que se pueda disponer inmediatamente de servicios completos de reanimación. Así también, se aclaran los efectos adversos que puede importar su ingesta (dolor neuropático, reacciones graves relacionadas con la perfusión, anafilaxia y reacciones alérgicas, fuga capilar, trastornos oculares, reacciones hematológicas, riesgo de reducción indirecta de la actividad del sistema CYP y que se desconocen los efectos sobre la fertilidad en el ser humano).
De las propias constancias de la causa surge acreditado que el medicamento ha sido prescripto por el cuerpo de médicos tratantes de la enfermedad del menor, que el Co-

9 MEDINA, Graciela y GONZÁLEZ MAGAÑA, Ignacio, "Derecho de los pacientes a tratamientos no autorizados expresamente por ley", LA LEY 29/08/2016, 29/08/2016, 1 - LA LEY2016-E, 675 - DFyP 2016 (octubre), 05/10/2016, 203, Cita Online: AR/DOC/2606/2016.

paro de salud, y en esta necesidad de dar una respuesta médico-científica por quienes no somos expertos ni conocedores de esa materia, debemos evaluar las constancias traídas y merituar lo probado.
En esta causa, no se demostró que la administración del fármaco pretendido sea lo más beneficioso para el niño, conforme su actual estado de salud; ésto priorizando siempre su interés superior, que implica que no se ordene la provisión de un tratamiento compasivo si no está comprobado que el mismo le será favorable, considerándolo en su integralidad" (voto de la Sra. Vocal Dra. Mizawak en autos "CACERES JOSE MARTIN EN NOMBRE Y REPRESENTACIÓN DE SU HIJO MENOR TIZIANO AGUSTIN CACERES C/ INSTITUTO DE LA OBRA SOCIAL DE LA PROVINCIA DE ENTRE RIOS Y OTRO S/ ACCION DE AMPARO", del 18/10/2017).

Esos lineamientos, a mi juicio, resultan plenamente aplicables al presente.
En efecto: "De acuerdo a la normativa y a los principios reseñados, el accionante carece de derecho para que su obra social financie un ensayo clínico o un tratamiento en vías de experimentación, cuyo costo indiscutible debe pagar el investigador o el patrocinante.
Pero además de esta cuestión económica, no se puede hacer lugar a la pretensión porque se trata de un tratamiento experimental, en el cual no está claro cuál es la ecuación beneficio-riesgo, y la efectividad que su realización puede producir al paciente.
Es claro que los jueces no pueden determinar la proporción entre los beneficios y los riesgos que presenta el empleo de un tratamiento, medicamento y/o especialidad medicinal en la práctica médica, sin datos de eficiencia y seguridad, que sólo pueden proporcional la aprobación de los estudios clínicos.
En este sentido este Tribunal no tiene competencia para determinar la efectividad de la práctica solicitada para evitar y/o retardar la evolución o complicaciones de la enfermedad o estado patológico, ni si ésta va a mejorar o empeorar la supervivencia y calidad de vida, porque no cuenta con ensayo clínico aprobado.
Es que al tratarse de un ensayo en fase experimental, el Poder Judicial no puede determinar la probabilidad de

mité de Ética del Hospital Gutiérrez dictaminó en sentido favorable a la administración de la droga, que los dos representantes legales de niño (sus padres) han sido informados de los efectos y las eventuales consecuencias tanto de la aplicación como de la no provisión del fármaco y -en consecuencia- han expresado su consentimiento, y -por último, pero no menos importante- que la Administración Nacional de Medicamentos, Alimentos y Tecnología (ANMAT)[10] aprobó la importación de cierta dosis del fármaco para el caso de E.G.R.
No puede soslayarse esto último. Los autores anteriormente citados postulan que *"el denominado uso compasivo de medicamentos consiste en un procedimiento de autorización, destinado a un paciente individual, en el caso de enfermedades terminales que carecen de tratamiento o donde el existente se muestra ineficaz en el empleo de un producto que no está aprobado aún en el país para el uso o indicación solicitados.*
En este sentido, el uso compasivo de fármacos comparte planos conceptuales con el arte de la práctica médica, con los estudios clínicos en los que se prueban nuevas drogas y –agregamos- la actuación médica de "última esperanza" ante un inexorable fin de la vida o de su subsistencia digna.
Dicho fin, fue receptado en nuestro ordenamiento jurídico por la disposición 840/1995 de la ANMAT para aquellas enfermedades en las que no exista en nuestro país un tratamiento convencional siempre que exista un balance riesgo/beneficio razonable para el paciente; o bien cuando existiera tratamiento convencional en el país, pero el paciente presentara intolerancia al mismo."[11].

10 Autoridad de aplicación en la materia, organismo dependiente del Ministerio de Salud y Desarrollo Social de la Nación (https://www.argentina.gob.ar/anmat).
11 MEDINA, Graciela y GONZÁLEZ MAGAÑA, Ignacio (2016): Op. cit. P. 8.

que una persona sufra algún daño como consecuencia inmediata o tardía de un estudio clínico" (CNACCF, Sala III, en autos "SLM v. Obra Social de Poder Judicial de la Nación y otro", del 07/10/2009, el resaltado es propio. Este pronunciamiento es posterior a lo decidido por la CSJN en las mismas actuaciones, citado ut supra). Esta argumentación, también merece ser trasladada al caso.

Si bien a fs. 7 obra conformidad de la institución sanitaria respecto del acceso de excepción del medicamento en cuestión (insistimos: ese permiso se limita solamente al caso concreto, aún sin comercialización en nuestro país); y que, además, el Comité de Ética del Hospital de Niños R. Gutierrez aprobó ello, no salva el valladar insalvable que hasta ahora se explicitó. Porque, si bien el ANMAT efectivamente aprobó la importación de Qarzibe, dentro de esos límites, exigió que la madre de E. G. R., firmase un consentimiento informado (fs. 6); cuya finalidad, pareciera ser eximir de una eventual responsabilidad al ente administrativo. Además, ante el estado de necesidad y desconocimiento sobre el fondo de lo debatido, nos hace dudar si la señora Hasenaver tenía cabal y verdadero alcance de lo suscripto.

En otras palabras: el ANMAT aprobó la importación del medicamento recetado para el caso específico y concreto de Enzo; aunque, insistimos, para así proceder exigió un consentimiento informado. Y, en definitiva, ello relativiza esa autorización. A mayor abundamiento: sin desmerecer la trayectoria y prestigio del Hospital de Niños R. Gutierrez, esa es la misma institución que indicó el tratamiento. Y, es evidente que, ante el organismo administrativo, no se contradice. Por ello es que, según mi entender, el Médico Forense de este Poder Judicial sugirió una interconsulta con el Hospital Garrahan.

Este iter lógico y jurídico no se modifica en virtud de la contestación del oficio remitido al Hospital Ricardo Gutierrez (ver fs. 312/312).

Esa instrumental es suscripta por quien indicó el tratamiento en cuestión (confrontar fs. 3 y 312), sin el acompañamiento de la directora del nosocomio (cuya firma si se advierte a fs. 7, respecto de la "conformidad de la institución sanitaria"). En definitiva, lo apuntado, a mi juicio, hace que esas manifestaciones sean interpretadas con suma cautela y de forma restrictiva. Y, aún soslyando ello, conforme la información requerida como

---

Recuérdese que el medicamento diagnosticado en el marco del tratamiento oncológico de E. G. R. no se comercializa en nuestro país y debe ser importado de Alemania. Ello, nos demuestra que, atento el débil estado de salud del niño y lo imperioso de la administración del fármaco -acorde a las prescripciones médicas que, como prueba científica (documental, pericial e informativa), han sido reproducidas en la causa- se verifica una restricción o grave amenaza al derecho de salud del menor.

La arbitrariedad de la omisión de las demandadas radica en que, a sabiendas de que en el caso la provisión de ese medicamento específico es la única vía para garantizar la vida y/o mejorar la salud del niño, igualmente niegan su provisión. No es una cuestión menor que la ANMAT haya autorizado, en sede administrativa y a raíz del actuar de los padres del niño, la importación de diez viales de 20 mg de Qarziba para este caso en concreto. Al resolver, se espera de los magistrados una ponderación integral de los elementos probatorios recabados.

En estos lineamientos, si el órgano administrativo encargado de la fiscalización y comercialización de medicamentos a nivel nacional aceptó -luego de tramitada la vía en donde necesariamente se analizaron la prescripción médica y el "visto bueno" del Comité de Ética del hospital tratante del menor-, pues entonces esa prueba no puede nunca ser valorada en contra de la procedencia del amparo incoado sino más bien a su favor.

La experiencia, como una de las pautas de la valoración de la prueba que conforme el sistema de la sana crítica racional debe ser tenida en consideración por los jueces, nos informa que es altamente improbable que el organismo encargado de la fiscalización e importación de medicamentos autorice la importación de un fármaco sin que el mismo pueda llegar a tener, aunque sea, un leve efecto de mejoría en el estado de salud de la persona al que se le proveerá. El Dr. Perotti (mayoría) en su voto nos informa que el

medida para mejor proveer (fs. 301 y vta.), poco ayudan a dirimir esta controversia.
Por lo demás, los requisitos del art. 58 CCC no se verifican cumplimentados. No debemos olvidar que Enzo es menor de edad; y, por ello, no puede prestar su consentimiento previo, libre, escrito, informado y específico, por ser la "persona que participa en la investigación" (inc. f). Me explico: sin soslayar la intervención en los trámites administrativo y judicial de los progenitores de Enzo, quienes, en definitiva, ejercen la responsabilidad parental, si ante la posibilidad de disponer sobre derechos patrimoniales del menor, en especiales casos se requiere la conformidad de un defensor oficial, cuanto más cuando se encuentran en juego derechos personalísimos (en estos autos, el MPD a fs. 197/198 y 295/296 no se expide sobre el punto; y, además, no intervino en el trámite administrativo -en especial ver fs. 6-).
Aunque, aún si consideramos cumplimentados los recaudos del art. 58 CCC, los costos de las "investigaciones en seres humanos", no deben ser soportados por el Estado Provincial ni el IOSPER (en un todo coherente con la jurisprudencia reseñada ut supra).

Finalmente, resulta pertinente destacar otra circunstancia: en la causa "Recurso de hecho deducido por la demandada en la causa Cairone, Mirta Griselda y otros cl Sociedad Italiana de Beneficencia en Buenos Aires - Hospital Italiano s/ despido" del 19/02/2015, la CSJN enseñó que deben observarse las "consecuencias jurídicas, económicas y sociales que exceden el caso, y que los magistrados no pueden ignorar, ya que repercuten sobre todo el sistema de contrataciones" (el resaltado es propio). Sin dejar de considerar las diferencias entre aquel antecedente y el conflicto que ahora nos ocupa, en especial lo referente a los derechos en juego, esa conclusión resulta una directriz a la hora de dar respuesta a la cuestión planteada.
Conforme las consideraciones que anteceden, corresponde receptar las apelaciones articuladas por las demandadas.
En cuanto a las costas, atento las distintas opiniones y posturas sobre el tema, los derechos invocados y las razones suficientes que esgrime el actor para litigar, entiendo que deben imponerse por su orden en la instancia

---

medicamento ya ha sido utilizado en nuestro país, por lo menos, en cinco casos más además del de E. G. R.
Así entonces, aunque el medicamento se encuentre en fase de experimentación científica resulta contradictorio basar la decisión del amparo en los eventuales efectos adversos de la droga cuando -a la fecha y de acuerdo a las investigaciones médicas- su administración es la única vía para garantizar el derecho a la salud digna de un niño de tres años de edad que tiene toda una vida por delante y cuando la autoridad administrativa competente autorizó su importación para ese caso específico.
Del fallo comentado no surge una cuestión que hubiese sido trascendental para el rechazo del amparo. Las demandadas podrían haberse opuesto a la procedencia de la acción alegando -y acreditando- que la provisión del medicamento no es la única vía o la más eficiente para el mejoramiento del estado de salud de E. G. R. y no lo hicieron. Ello también es una pauta que debió haber sido valorada, en conjunto con la demás prueba, como un indicio a favor de la pretensión esgrimida.
En su voto, el Dr. Salduna (minoría) expresó que *"(...) los jueces no pueden determinar la proporción entre los beneficios y los riesgos que presenta el empleo de un tratamiento, medicamento y/o especialidad medicinal en la práctica médica, sin datos de eficiencia y seguridad, que sólo pueden proporcionar la aprobación de los estudios clínicos"*.
Es cierto que escapa a la competencia técnicamente jurídica de los magistrados todas las cuestiones científicas referidas a otras ciencias. Por ello es que el decisorio judicial debe siempre inferirse de las probanzas de la causa y que en casos como el estudiado (materia de salud) la prueba pericial es prácticamente dirimente.
Sin embargo, y en supuestos como este en donde está en juego el derecho a la vida en función de la provisión de un medicamento de uso compasivo, la tramitación de la

de mérito; y, sin costas en esta Alzada por no haber mediado contención (cada parte presentó su memorial, fundamentando su remedio y sin contestar los agravios de las otras apelaciones).
Entonces, deviene innecesario abordar la apelación del actor que cuestionó la imposición de costas por su orden en la instancia inferior.

XIII.- Por todo lo expuesto, propicio: 1) HACER LUGAR a los recursos de apelación deducidos por las demandadas. En consecuencia, REVOCAR el pronunciamiento apelado; y, RECHAZAR la acción de amparo. 2) En lo tocante a las costas: por su orden en la instancia inferior; y, sin costas en esta Alzada.

ASÍ VOTO.-

A la misma cuestión propuesta y a su turno, el Sr. Vocal Dr. PEROTTI, dijo:

1- Resumidos los antecedentes relevantes del caso por el colega que comanda el acuerdo, me remito a ello "brevitatis causae" y, al no advertir vicio invalidante alguno, ingreso directamente al tratamiento de la cuestión traída.-
2- En cuanto a las circunstancias fácticas del caso en examen, el Vocal que me precede ya ha efectuado una reseña de las constancias más relevantes del mismo, coincidiendo -en lineas generales- con las consideraciones vertidas en torno al "factum" venido a conocimiento y decisión de esta Sala.-
Empero, voy a disentir con el desarrollo argumental en el que funda su voto revocatorio, discrepando obviamente con la conclusión a la que ha arribado y adelantando que -en mi opinión- deben rechazarse los recursos interpuestos por IOSPER y SUPERIOR GOBIERNO de la PROV. de E. RIOS, debiendo en consecuencia confirmarse la sentencia recurrida, aunque con la salvedad que haré al final en relación con la imposición en costas y honorarios.-

.....

causa, merituación de la prueba y el decisorio adoptado deben responder al principio *"pro homine"*. Se sostiene: *"A los fines de velar por tales derechos fundamentales (vida y salud) el corpus iuris de los derechos humanos impone en estos casos la aplicación del principio prohomine. Dicho axioma proporciona un estándar jurídico que pone en el centro del sistema de derechos humanos al individuo y a sus derechos. Ampliarlos es su objetivo estratégico"*[12].
En este marco, también debe destacarse que de la prueba pericial producida no surge que la administración del fármaco producirá necesariamente efectos negativos en la salud de E. G. R. Es decir, no existe prueba que acabadamente nos informe que el medicamento -en palabras propias del Dr. Salduna- le hará "más mal que bien" al niño. Lo único que se sabe -con certeza- es que sus efectos están en estado de comprobación científica y que ya se ha aplicado a otros casos, en virtud de la decisión biomédica tomada por los especialistas tratantes de las personas enfermas.
En otro párrafo de su voto, el Dr. Salduna (minoría) literalmente expresó: *"(...) si bien el ANMAT efectivamente aprobó la importación de Qarzibe (...), exigió que la madre de E. G. R., firmase un consentimiento informado (...); cuya finalidad, pareciera ser eximir de una eventual responsabilidad al ente administrativo. Además, ante el estado de necesidad y desconocimiento sobre el fondo de lo debatido, nos hace dudar si la señora Hasenaver tenía cabal y verdadero alcance de lo suscripto. En otras palabras: el ANMAT aprobó la importación del medicamento recetado para el caso específico y concreto de Enzo; aunque, insistimos, para así proceder exigió un consentimiento informado. Y, en definitiva, ello relativiza esa autorización."*

12 PALACIO DE CAEIRO, Silvia B. y JUNYENT DE DUTARI, Patricia M. (2015): Acción de Amparo en Córdoba, Córdoba, Advocatus, P. 560.

3- "Ab initio" debo tener presente -tal como bien lo puntualiza el Magistrado de 1ra Instancia al dictar el pronunciamiento venido en crisis- que no se encuentra controvertido -ni puede ponerse siquiera en dudas- que G J R (el actor) es afiliado al IOSPER, esto es, tiene un vínculo legal con la Obra Social demandada siendo además el padre y representante legal del menor E GR en cuyo nombre se presentó la presente acción de amparo.-

Igualmente, se encuentra harto demostrado el extremo fáctico que dió origen a estas actuaciones, es decir, que el menor padece de un neuroblastoma de alto riesgo en estadío IV, por el cual viene siendo tratado por la Unidad Oncológica del Hospital de Niños "Ricardo Gutierrez" de la Ciudad de Buenos Aires.-
De acuerdo a los dictámenes médicos obrantes en la causa, la continuidad del tratamiento radica en la quimioterapia con suministro de una droga (la dinutuximab beta), comercialmente conocida como "Qarziba" y que es fabricada exclusivamente por la empresa alemana "EUSA PHARMA".-
Considero también acreditado que, ante el tratamiento indicado por la Médica de cabecera del menor Enzo -con el apoyo expreso de la Dirección del Hospital "Dr. Ricardo GUTIERREZ" y con la opinión favorable del Comité de Etica del citado nosocomio, cuyas constancias obran en el Expte- el amparista inició los trámites pertinentes ante el ANMAT (Administración Nacional de Medicamentos, Alimentos y Tecnología) a los efectos de obtener la autorización para su importación (ya que dicha droga sólo se expende en Alemania), observándose en las actuaciones que tengo ante mi vista que a fs 204 se agrega una constancia expedida por el Organismo supra mencionado (ANMAT) en el Expte CE-2018-55748960-APN-DFYGR#ANMAT, en la que se autoriza el ingreso de 10 viales por 20 mg de Qarziba (Dinutuximab beta).-
De tal modo, una de las principales objeciones alegada por la dos partes accionadas (IOSPER y Superior Gobierno de la Provincia) cae por su propio peso, ya que la misma autoridad que ejerce el poder de policía sanitaria es la que habría autorizado la compra (importación) del medicamento en cuestión, para lo cual -esto es bien sabido- se requiere todo un procedimiento previo que contempla la presentación de la correspondiente receta médica, un resumen de la historia clínica con la justificación brindada por el médico tratante,

El hecho que ANMAT haya peticionado el consentimiento informado de los padres en nada obsta la procedencia del amparo. Al contrario, como ya se dijo, la autorización de ese organismo para la importación de Qarzibe en el caso de E. G. R. es una prueba a favor del reconocimiento del pleno ejercicio del derecho a la salud. ANMAT exigió el cumplimiento de una ley (arts. 5 y siguientes de la ley n.° 26.529 y art. 59 del Código Civil y Comercial), razón por la cual entender que ello constituye un valladar a la procedencia del amparo incoado no constituye un fundamento de peso a favor de su rechazo y en nada resta valor o "relativiza" la autorización administrativa de importación dada para el caso en concreto.

4. Razones éticas. El estudio en seres humanos. Su relación con el actual art. 58 del Código Civil y Comercial

Basándose en un informe del Comité de Farmacia y Terapéutica y el Comité de Bioética de un hospital de la provincia de Mendoza en un caso similar al aquí analizado, el Dr. Salduna votó por el rechazo del amparo articulado en virtud de "razones éticas". Expresó que: *"A fs. 48, se puntualizó "que no ha sido posible obtener información completa sobre el medicamento por razones éticas (...) Aún no se concluye sobre los efectos adversos a largo plazo de uso de Qarziba". Y, en esa documental, suscripta por los médicos auditores del IOSPER, se mencionó el informe del Comité de Farmacia y Terapéutica y el Comité de Bioética de una Hospital de Mendoza donde se concluyó que "no hay evidencia científica suficiente para realizar esta indicación"*.

En primer término, es cierto que la cuestión objeto de debate trasciende los umbrales netamente jurídico-legales e importa expedirse en términos bioéticos.
En este campo, la actual legislación civil y comercial de la Nación -ya vigente a la fecha

el consentimiento informado de parte del progenitor del paciente, y la constancia de comercialización en el país de origen.-

Ante ese cuadro fáctico antes descripto, y ante la negativa del IOSPER (y del Gobierno) a suministrar la droga indicada, cabe entonces preguntarse si tiene el amparista el derecho a que se le brinde la cobertura pretendida, y en consecuencia, si tienen los demandados el deber/obligación de prestar tal cobertura.- Más aún, el interrogante central es: ¿Está el Estado sujeto a ciertos deberes hacia las personas bajo su jurisdicción respecto al derecho a la salud?

Me apresuro a contestar que sí, para lo cual conviene efectuar un breve recorrido de la normativa vigente y aplicable al caso concreto, comenzando por los Arts. 41, 42 y 75 inc. 22 de la Constitución Nacional, sin olvidar -por supuesto- los Arts. 19 y 21 de la Constitución de la Provincia de Entre Ríos.- El Art. 41 C.N. establece el derecho de todos los habitantes a un ambiente sano, equilibrado, apto para el desarrollo humano.- Y el Art. 42 pone en cabeza de las autoridades la protección de la salud de los consumidores y usuarios de bienes y servicios.-

A ellos agrego, ahora, el Art. 43 de la Carta Magna que reconoce al amparo como carril procedimental para hacer valer el derecho a la salud ante su vulneración.-

Mientras que la obligada referencia al Art. 75 inc. 22 C.N. la realizo porque no puede desconocerse que el Art. XI de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (Bogotá, 1.948) ya incluía el derecho a la preservación de la salud.-

• El Art. 25.1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos habla del derecho de toda persona a tener un nivel de vida adecuado que le asegure la salud y el bienestar, y en especial, la asistencia médica.-

• Los Arts. 4 y 5 de la Convención Americana de Derechos Humanos receptan el derecho de toda persona a que se respete su vida, y su integridad física.-

• El Art. 12 del Pacto Internacional de Derechos económicos, sociales y culturales habla del reconocimiento del derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental.-

---

del dictado de la sentencia comentada- expresamente contempla la investigación científica en seres humanos, estableciendo en su artículo 58 ciertos requisitos y restricciones. El referido artículo reza: *"Investigaciones en seres humanos. La investigación médica en seres humanos mediante intervenciones, tales como tratamientos, métodos de prevención, pruebas diagnósticas o predictivas, cuya eficacia o seguridad no están comprobadas científicamente, sólo puede ser realizada si se cumple con los siguientes requisitos: a) describir claramente el proyecto y el método que se aplicará en un protocolo de investigación; b) ser realizada por personas con la formación y calificaciones científicas y profesionales apropiadas; c) contar con la aprobación previa de un comité acreditado de evaluación de ética en la investigación; d) contar con la autorización previa del organismo público correspondiente; e) estar fundamentada en una cuidadosa comparación de los riesgos y las cargas en relación con los beneficios previsibles que representan para las personas que participan en la investigación y para otras personas afectadas por el tema que se investiga; f) contar con el consentimiento previo, libre, escrito, informado y específico de la persona que participa en la investigación, a quien se le debe explicar, en términos comprensibles, los objetivos y la metodología de la investigación, sus riesgos y posibles beneficios; dicho consentimiento es revocable; g) no implicar para el participante riesgos y molestias desproporcionados en relación con los beneficios que se espera obtener de la investigación; h) resguardar la intimidad de la persona que participa en la investigación y la confidencialidad de su información personal; i) asegurar que la participación de los sujetos de la investigación no les resulte onerosa a éstos y que tengan acceso a la atención médica apropiada en caso de eventos adversos relacionados con la investigación, la que debe estar disponible cuando sea requerida; j) asegurar a los participantes de la investigación la disponibilidad y accesibilidad a los tratamientos que la*

• La Convención de los Derechos del Niño que en su Art. 24 prescribe que los Estados Partes reconocen el derecho del niño al disfrute del más alto nivel posible de salud y a servicios para el tratamiento de las enfermedades y la rehabilitación de la salud, asegurando la prestación de la asistencia médica y la atención sanitaria que sean necesarias, recordando inclusive que en su Preámbulo proclama que la infancia tiene derecho a cuidados y asistencias especiales (la negrita me pertenece).-

Es evidente, en conclusión, que del texto de nuestra Carta Magna y Convenciones Internacionales emerge de manera enfática que el Estado debe garantizar el acceso a la asistencia médica, lo cual implica preservar la vida, ya sea prestando un tratamiento médico asistencial o suministrando los medicamentos esenciales.-
Bien es cierto que el Estado puede delegar esta función, que se denota en el carácter tripartito que asume nuestro sistema de salud (la salud pública, la seguridad social y la medicina privada) PERO ESO NO QUIERE DECIR QUE PUEDE RENUNCIAR A SU FUNCIÓN SUPLETORIA, exclusiva o concurrente con otras entidades (públicas o privadas) cuando la asistencia médica no resulta cubierta suficientemente por las mismas.
La CORTE SUPREMA de JUSTICIA ha dicho que el principio rector que justifica la intervención del Estado frente a la actuación deficiente de otras entidades, es el de la subsidiaridad, la cual se articula con la regla de la solidaridad social, pues el Estado debe garantizar una cobertura asistencial a todos los ciudadanos, sin discriminación social, económica, cultural o geográfica (sentencia del 24/10/2000, en causa 823.XXXV).-
De todo lo dicho surge incontrastable que el derecho a la salud no obliga al Estado a curar ni a lograr el completo bienestar, sino a brindar las condiciones, prestaciones y bienes necesarios para lograr el más alto nivel posible de salud. Y tal como lo dijo la C.S.J.N. en diversos Fallos, ello debe ser mediante acciones positivas y progresivas, esto es, a través de un rol activo y no de mero espectador (confr. 321:1684; 323:1339; 323:3229, entre muchos otros).-

En este punto, no puedo dejar de mencionar el Fallo "CAMPODONICO de BEVIAQUA, Ana Carina C/

.....

investigación haya demostrado beneficiosos".
La minoría entiende que en el caso no se verifican todos los requisitos establecidos en la norma transcripta. El Dr. Perotti (mayoría) sostiene que la investigación médica en seres humanos es perfectamente compatible con los tratamientos médicos destinados a mejorar el estado de salud de los enfermos y que, en el caso, las autoridades hospitalarias tomaron todos los recaudos necesarios para atender al niño en razón de sus necesidades extraordinarias. Por su parte, el Dr. Carbó (mayoría) dijo que las normas de importación de medicamentos -que en el caso fueron respetadas- se asimilan a los requisitos del art. 58 del CCCN y que se adoptaron las previsiones para la atención del niño de acuerdo a sus necesidades extraordinarias, sin que ello configure una investigación en seres humanos.
Desde la doctrina, en comentario al dispositivo legal anteriormente transcripto, se postula: *"(...) el art. 58 se refiere a las investigaciones médicas y a la aplicación de tratamientos de carácter experimental realizadas sobre personas o prescripción de fármacos no autorizados por la autoridad de aplicación (ANMAT), (...). Desde esta perspectiva, el art. 58 del CCyC establece -en forma acertada a nuestro juicio- una serie de importantes requisitos que deben cumplirse en las experimentaciones realizadas sobre personas, entre los que se destacan, la exigencia de la proporción entre los riesgos y molestias y los beneficios que se esperan obtener.*
(...) En aplicación de esta regla, cuando la alternativa de no hacer el ensayo es la muerte próxima del enfermo, porque no se conoce ningún medio terapéutico cierto, el experimento es lícito, aunque sea muy peligroso y aunque se sepa que probablemente le adelante el deceso, si se vislumbra alguna razonable probabilidad de éxito, aunque sea escasa; en cambio, un riesgo semejante no puede justificarse con el fin de comprobar

MINISTERIO DE SALUD" (24/Octubre/2000, Rev. El Derecho del 24/Nov/2000, con nota de Augusto MORELLO) donde se trató la responsabilidad subsidiaria que tiene el Estado en la prestación de los servicios de salud.-

Mencioné anteriormente la normativa local (me refiero a la Constitución de Entre Ríos) y aquí debo rescatar el Fallo de la Sala Penal del S.T.J.E.R. en la causa "AGASSE, Agustín C/ IOSPER" (sentencia del 31/01/2009) que, en lo pertinente, dijo: "..... de conformidad con la expresa normativa consagrada en los Arts. 19 y 21 de la Constitución de Entre Ríos, de las cuales emerge el reconocimiento de la salud como derecho humano fundamental; la asistencia sanitaria gratuita, universal, igualitaria, integral, adecuada y oportuna..... el Estado debe asegurar a las personas con discapacidad la atención integral de la salud orientada a la prevención y rehabilitación, de modo que -sea a través de la obra social a la que obligatoriamente deben afiliarse a portar los agentes del Estado provincial, sea de ese modo y subsidiando los importes correspondientes a los coseguros determinados por el IOSPER para cada prestación, sea directamente a través de los órganos que intervengan- el Estado provincial debe proveer a la cobertura integral y gratuita de aquéllas...".-

Cito además, como precedentes de igual tenor, el Fallo de la C.S.J.N. in re: "SUREDA, Lucas M. C/ Obra Social del Poder Judicial s/ Sumarísimo", de fecha 26/Marzo/2009, y el Fallo "CAMPAÑA, Agustín C/ IOSPER S/ ACCION DE AMPARO", dictado por la Sala Penal del S.T.J.E.R. en fecha 29/Diciembre/2015.-

De igual manera, no puedo dejar de recordar el voto del Dr. GIORGIO en el amparo de Tiziano CACERES (del 18/Octubre/2017) cuando, al referirse al problema económico que la prestación solicitada le generaría a los demandados (IOSPER y/o Estado Provincial), insinuó que tal dilema -de resolverse en contra del amparista- significaría una claudicación o degradación ética del Estado al dejar de atender uno de los fines primordiales que justifican su existencia. "Aquello -agrega el Vocal GIORGIO- por supuesto que no es así, toda vez que los

sobre una persona que no se encuentra en ese grave estado, un fármaco algo más eficaz que el medicamento adecuado del cual se dispone para la enfermedad de la persona y que no tiene sobre ella efectos nocivos importantes"[13].

Los autores clasifican las experimentaciones médicas en dos clases bien diferenciadas: a) aquellas que tienen por fin intentar un beneficio para la salud del sujeto sobre el cual se hace el ensayo, y b) aquellas que no tienen dicho fin, sino el objetivo de obtener conocimiento que puede aprovechar solamente a personas distintas de quien está sometido al ensayo.

Claramente, el caso bajo estudio responde a la primera categoría. El amparista peticiona la provisión del medicamento en estado de experimentación a fin de palear la enfermedad terminal de su hijo menor de edad.

Al respecto, soy de la opinión que el supuesto analizado responde a una investigación clínica en seres humanos. La aplicación del fármaco en cuestión no está autorizada por ANMAT en todos los casos en nuestro país, razón por la cual era menester la comprobación de los requisitos dispuestos en el art. 58 del CCCN.

Ahora bien, nótese que la verificación de tales presupuestos debió ser corroborada en el marco de la acción constitucional de amparo, la que -como ya se dijo- responde a postulados de urgencia, limitación de pruebas y etapas procesales y restricción o grave amenaza de derechos constitucionales.

Son reproducibles aquí ciertos argumentos dados en los párrafos precedentes unidos a la urgencia de la medida peticionada. Las demandadas no produjeron prueba que indicara -aun en cierto grado de presunción- si existe un medicamento o procedimiento

13 MEDINA, Graciela y GONZÁLEZ MAGAÑA, Ignacio (2016): Op. cit. P. 6.

derechos son ínsitos a la persona humana y el Estado es el invento, la construcción jurídico-política destinada a garantizar el goce de esos derechos, radicando allí su principal deber. Los deberes estatales son la derivación natural de los derechos humanos e individuales". Afirmando, acto seguido, que "...ni la obra social ni el Estado pueden ampararse en interpretaciones restrictivas de la normativa aplicable a estos casos para retacear la calidad y mejor opción disponible para sus afiliados si los medios existentes, por más que ellos resulten onerosos, son necesarios y conducentes para proporcionar al enfermo -en este caso un niño- una mejor calidad de vida, atenuando sus malestares y paliando su sufrimiento. Una interpretación elemental y básica de la norma constitucional antes citada no puede llevarnos a otra conclusión".-

Hago mías las apreciaciones del Dr. CANEPA en cuanto a la operativa aplicación del Art. 58 del Código Civil, por cuanto considero que el concepto de "investigación médica en seres humanos" es perfectamente compatible con la realización de tratamientos médicos especiales destinados, en definitiva, a mejorar el estado de salud del enfermo. Y en el caso en examen, es evidente que las autoridades médicas del Hospital "Ricardo GUTIERREZ" han tomado los recaudos necesarios para atender al menor R de acuerdo a las necesidades extraordinarias que su caso exigía para acceder al tipo de tratamiento indicado.
Del mismo modo, coincido con la Jurisprudencia citada en su sentencia de grado, por la similitud que tienen con el caso "in exámine".

Finalmente, quiero destacar que de la prueba ordenada por Presidencia como medida de mejor proveer (providencia de fs 301) surge que, además del Hospital GUTIERREZ, existen en el país otros CINCO (5) nosocomios donde se han realizado tratamientos con la droga "Qarziba": en el Sanatorio Anchorena, en Fundación Hospitalaria, en Sanatorio Franchín, Hospital North de San Juan y en el Sanatorio Swies de Neuquén, por lo que mal podemos decir que se está "experimentando" con el cuerpo de Enzo.-
4- Por todas las consideracones expuestas "supra", propiciaré rechazar los recursos de apelación incoados por

medico alternativo a la droga solicitada por el amparista.
De las constancias relatadas por los vocales se entiende que los mismos, conjugados desde el principio prohomine, han sido cumplimentados: los galenos a cargo de la salud del menor han prescripto la administración del medicamento, lo que supone que han valorado y comparado riesgos y cargas en función de los beneficios a obtenerse; los propios padres del niño han prestado su consentimiento informado; no se ha arrimado a la causa ninguna prueba que informe respecto de los riesgos y molestias para el niño en relación a los beneficios que se esperan obtener; la atención hospitalaria del paciente se encuentra garantizada; se cuenta con la aprobación del Comité de Ética del nosocomio y con la autorización precisa y detallada para el caso en concreto emanada por ANMAT. En casos de urgencia extrema como el analizado, donde el derecho que se encuentra en juego es precisamente la vida de una persona, el Poder Judicial no puede -exclusivamente- sentar sus resoluciones en valladares formales propios de las normas adjetivas. Ello tornaría en ilusorio el proceso de amparo cuando la demanda ha sido entablada en función de la imperiosa necesidad de continuar la vida de un sujeto.
La CSJN ha resuelto que *"(...) cuando se trata de resguardar el interés superior del niño, atañe a los jueces buscar soluciones que se avengan con la urgencia y la naturaleza de las pretensiones, encauzar los trámites por vías expeditivas y evitar que el rigor de las formas pueda conducir a la frustración de derechos que cuentan con particular tutela jurisdiccional"*[14].

14 CSJN, Fallos 327:5210.

las partes accionadas, confirmándose en consecuencia la sentencia de grado. No puedo menos que afirmar, concluyendo este voto, que a mi juicio se encuentran presentes todos los presupuestos que la Ley de Procedimientos Constitucionales estatuye para la viabilidad de la acción de amparo.-

Los tres requisitos sustanciales que exige la normativa local son:

1) Violación o amenaza de un derecho o garantía explícita o implícitamente reconocido por la Constitución Nacional.- 2) Arbitrariedad o ilegalidad manifiesta del acto lesivo.- 3) Inexistencia de otro remedio legal o posibilidad de inferir un daño grave e irreparable si se desviara la reclamación a los procedimientos comunes (sean judiciales o administrativos).- 4)La negativa del IOSPER a dar integral cobertura -respecto de la prestación requerida- al afiliado R, teniendo el deber legal de hacerlo, constituye una manifiesta ilegalidad que conculca grave y seriamente un derecho que la Constitución Nacional le reconoce explícitamente, no encontrando el suscripto otro camino o vía idóneo -fuera de la acción de amparo- para reparar la vulneración del derecho afectado, representado entonces la única manera eficaz de garantizar la realización del tratamiento médico al que el menor tiene derecho.- 5- En referencia a la imposición de costas, entiendo que le cabe dar razón al Letrado de la accionante, toda vez que no encuentro motivos serios para apartarnos del principio general establecido en el Art. 20 de la Ley 8369 que impone las costas a la parte vencida, no encontrando convincentes los argumentos explicitados por el Juez de 1ra Instancia en tanto y en cuanto el IOSPER bien pudo (y debió) acceder a la autorización expedida por la ANMAT.-
También debe imponérsele a la parte vencida las costas por el trámite ante esta instancia, ya que evidentemente se mantuvo la controversia aún en cuando la causa se encontraba radicada en esta Sala.-

ASI VOTO.-
A la misma cuestión propuesta y a su turno, el Sr. Vocal Dr. CARBÓ, dijo:
En primer término no se constata la presencia de vicios con entidad y trascendencia suficiente para justificar

IV. Conclusión

Los derechos humanos -entre los que se encuentran los derechos a la vida y a la salud- han sigo consagrados para su operativo y efectivo cumplimiento. Ahora sí, no debe olvidarse que, en caso de acudir a los estrados de un tribunal para asegurar o peticionar su ejercicio, corresponde acatar las normas formales propias de toda actuación judicial.
La relación entre las enfermedades terminales y los avances de la ciencia ya han llegado al ámbito tribunalicio. El caso analizado es un claro ejemplo de ello, en el cual la magistratura -munida de la prueba producida en la causa- debió responder a una urgente pretensión a fin de que una obra social estatal o -en su caso- el propio estado provincial garantizara la continuidad de la vida de un niño menor de edad enfermo de cáncer.
La mayoría del cuerpo votó -a mi criterio- conforme a derecho. Considero que en el caso se han visto configurados los presupuestos constitucionales habilitantes de la procedencia del amparo (art. 43 de la Constitución Nacional) y en ese marco se logró una respuesta acorde a la dignidad y al interés superior del niño.
Sin embargo, bien podrían haberse dispuesto ciertos lineamientos que conjugasen la procedencia de la acción articulada con los avatares de la ejecución de la sentencia.
Me explico. En función de la trascendencia de los intereses en juego, la onerosidad de la droga peticionada y -principalmente- el estado de experimentación de la misma, considero atinado subordinar la continuación de la causa (referidos a planteamientos en la ejecución o pedidos de mayores dosis del fármaco) a informes y controles periódicos referidos al estado de salud del niño.
ANMAT autorizó, para el caso, la dosis de diez viales por 20 mg. de Qarziba. En el supuesto en que las conclusiones científicas respalden el uso y administración del medica-

una sanción nulificante en este estadio del proceso, por lo que adhiero al vocal preopinante. Se ha diagnosticado al menor, de tres años de edad la droga denominada DINUTUXIMAB BETA QARIBA por padecer de un neuroblastoma estadio IV, NMye amplificado, de alto riesgo.

Se trata de una droga que no es comercializada en la Argentina para lo cual, conforme la documentación agregada en autos de fs. 2/31, se ha cumplimentado con todos los requisitos exigidos para su importación y aplicación en el caso específico del menor atento a lo dispuesto por el Régimen de Importación de Medicamentos de acceso por excepción del que están cumplimentados los arts. 1 a 4 con la documentación ya mencionada al igual que los arts. 13,14 y 15 (fs. 149/152) a la vez , se ha cumplimentado con el Régimen de Excepción a Medicamentos No Registrados disposición 10874- E- 20017 sobre declaración de conflicto de intereses de la profesional que ha determinado su uso y los más que bastos antecedentes de la especialidad de la mismas Dra. Mercedes Garcia Lombardi, especialista en Oncología todo lo cual cumple con la reglamentación nacional aplicable al caso.

Por otra parte se advierte de la documental acompañada, el cumplimiento de lo normado en las actuaciones referidas y que las normas citadas se asimilan con lo establecido por el artículo 58 del Código Civil y Comercial de la Nación en cuanto se han adoptado en concordancia con lo supra mencionado las previsiones del caso para la atención del menor de acuerdo a las necesidades extraordinarias del mismo para acceder a este tipo de tratamiento, sin que ello configure una "investigación en seres humanos".

En ese orden de ideas puede observarse que el artículo 58 CCCN, si bien refiere a la investigación en seres humanos, de su texto naturalmente surge que el mismo esta directamente direccionado a la realización de tratamientos médicos especiales destinados en definitiva a mejorar el estado de salud del enfermo y al análisis de sus consecuencias más allá de su aplicación a otros fines científicamente determinados, así el citado artículo

mento y que el mismo presente efectos positivos en la salud del infante se necesitarán nuevas dosis. Por ello, y a fin de evitar engorrosos tiempos administrativos y jurisdiccionales -no compatibles con cuestiones de extrema premura como lo es la salud de una persona-, hubiese sido positivo que el tribunal sentenciante hubiese delimitado ciertas líneas de acción en lo referido al actuar o rol del juez de la ejecución; la periodicidad, puntos de informe y forma de las actuaciones; mecanismos ágiles de comunicación de las resoluciones urgentes a dictarse (por ejemplo, casillas de correo electrónicos de los interesados) y toda otra cuestión relevante que implicase acotar tiempos y esfuerzos en pos de lograr el efectivo y pronto goce de los derechos.

Los tratamientos experimentales suelen presentarse al paciente como una última opción frente a la falta o deficitaria respuesta actual de la ciencia médica tradicional. Entonces, el actuar del Poder Judicial, como poder del estado garante de los derechos de las personas, debe acomodarse a estos nuevos parámetros y -por consiguiente- también adoptar novedosos, ágiles y eficaces modos de obrar para cumplir sus objetivos.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

• GOZAÍNI, Osvaldo Alfredo, “El derecho de amparo creado por la Constitución Nacional”, LL 1995-E, 1112.

prevé entre otras cosas, bajo que condiciones puede accederse al mismo y los requisitos que debe reunir tanto el proyecto médico en si mismo, como la capacidad y formación profesional indiscutible de quienes lo llevarán a cabo, contar con la aprobación de un comité de evaluación, contar con la autorización del organismo público correspondiente, estar debidamente fundamentado en una cuidadosa comparación de los riesgos y las cargas en relación a los beneficios previsibles que representa para las personas que participan de la investigación, contar con el consentimiento previo, libre, escrito, informado y específico de la persona que participa en la investigación la que debe conocer todos sus aspectos y puede en cualquier momento revocar la autorización.

En el caso de autos si bien se trata de un procedimiento médico que en principio no es lo mismo que la realización de una "investigación en seres humanos" si tiene en común y por ello su procedencia, el hecho de que la droga a aplicar al menor esta aun en proceso de experimentación con resultados alentadores en el mundo conforme surge de los estudios presentados, por lo cual su aplicación no debe ser descartada, habiéndose cubierto al extremo los requerimientos pertinentes para asegurar al menor la mejor atención posible para atacar su enfermedad, el respeto de su dignidad humana, la idoneidad y especialidad de la profesional que lo atiende en este tema específico, la aprobación por parte del Comité de Ética, el consentimiento informado de su representante legal , por lo que entiendo no existen impedimentos legales ni éticos que impidan proveer al niño de la medicación que urgentemente requiere, siendo su costo una cuestión absolutamente ajena no solo al menor y a su familia sino también a los postulados ciertos establecidos en la Constitución de la Provincia de Entre Ríos art. 19. debiendo los accionados adoptar toda conducta que sea necesaria para cumplir con su obligación de cubrir el tratamiento ordenado con la adquisición de la droga reclamada y tal como lo condena la sentencia que viene apelada.

En este sentido se ha señalado que: " El derecho a la salud constituye hoy en día un "derecho personalísimo" indiscutible, ostentando además raigambre constitucional , dado que su reconocimiento y protección se des-

• LLOVERAS, Nora (2009): "El interés superior del niño" en "El interés superior del niño. Visión jurisprudencial y aportes doctrinarios", Graciela Tagle de Ferreyra (Dir.), Nuevo Enfoque jurídico, Córdoba, pp. 213/225.
• MARTÍNEZ RUIZ, Analía (2002), "Convención sobre los Derechos Niño" Inés María Weinberg (Dir.), Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, p. 104.
• MEDINA, Graciela y GONZÁLEZ MAGAÑA, Ignacio, "Derecho de los pacientes a tratamientos no autorizados expresamente por ley", Cita Online: AR/DOC/2606/2016.
• PALACIO DE CAEIRO, Silvia B. y JUNYENT DE DUTARI, Patricia M. (2015): "Acción de Amparo en Córdoba", Córdoba, Advocatus, P. 560.
• PALACIO DE CAEIRO, Silvia B., "El rechazo in limine de la acción de amparo ¿una figura destinada a subsistir en la nueva ley reglamentaria?", LL1997-B, 419.
• SAGÜES, Néstor P., "Nuevamente sobre el rol directo o subsidiario de la acción de amparo (a propósito de la voluntad del constituyente)", LL 1995-D, 1517

prenden de varias disposiciones de la Carta Magna (arts. 41, 42, 75 incs. 19 y 23 ,etc) en Peyrano Guillermo F,. "La inmediata tutela del derecho a la salud. Acción de amparo y protección cautelar para obtenerla" JA 2003-II-406 citado por Faillace pág. 389., todo ello además de los derechos singulares y específicos que establece la Convención Internacional sobre los derechos del Niño, (aprobada por Ley 23849) así la Corte ha resuelto que: "Tiene dicho la Corte que el principio rector del interés superior del niño debe constituir una insoslayable pauta axiológica prescripta por la Convención sobre los Derechos del Niño de jerarquía constitucional de acuerdo al art. 75, inc.22, de la Carta Magna y, por ende, de inexcusable acatamiento y aplicación (CS 26/03/2.008 "A.,M.S." DJ, 2008-2-772. (pág. 24). El interés superior del niño consagrado en el art. 3º inc. 1 de la Convención sobre los Derechos del Niño (Adla, L-D, 3693) configura una pauta de decisión ante un conflicto de intereses y un criterio para la intervención institucional destinada a proteger al menor, en tanto proporciona un parámetro objetivo que permite resolver los problemas de los niños en el sentido de que la decisión se define por lo que resulta de mayor beneficio para ellos, (Del voto de los doctores Petracchi, Belluscio y Maqueda -Corte Suprema de la Nación-, "S.,C." 02/08/2005, LA LEY 22/03/2006, 6 con nota de Catalina Elsa Arias de Ronchietto; LA LEY 2006-B 348 con nota de Catalina Elsa Arias de Ronchietto;

LA LEY 17/08/2005, 17/08/2005- 10 la ley 2005-D-873- DJ 2005-3, 328, con nota de Alejandro F. Bosch Madariaga (h), AR/JUR/1551/2001 (pág. 139) citados en REVISTA DE DERECHO DE FAMILIA Y DE LAS PERSONAS - LA LEY- septiembre 2.010).

También merece ser citado y considerado por su enorme carga de realidad lo siguiente: " La salud, o, mejor dicho, la atención de la salud de las personas cuando la enfermedad sobreviene, no permite que la prestación requerida dependa de los oscuros meandros de la burocracia o de la mezquina voluntad de quien, privilegiando el equilibrio de la ecuación financiera, o, en el más frecuente de los casos, el lucro esperado, lo demore o directamente, la rehúse. Frente a esta situación, generada por igual por obras sociales y entidades de medicina prepaga, el paciente o sus familiares son ganados por una comprensible desesperación, en una suerte de siniestra antesala de la desesperanza, La urgencia desplaza a la importancia, y la atención del reclamo no admite plazos ni postergaciones. Nunca como en estos casos el "aquí y ahora" requiere de los tribunales de justicia una respuesta pronta, eficaz y concreta. (Horacio A. Faillace - El sistema de Salud- . Obras sociales y empresas de medicina prepaga" Cathedra Jurídica - 2da. edición año 2011 pág. 392).

Por otra parte respecto a la utilización de una droga no aprobada en forma general en el país, se ha resuelto que: "Estas constancias, correspondientes al Instituto Médico Especializado Alexander Fleming y al Servicio de Oncología del Hospital Nacional Prof. Alejandro Posadas, se indica que la actora tiene cáncer de mama con compromiso ganglionar axilar, que realizó cirugía conservadora y quimioterapia, y que además inició tratamiento adyuvante con "Trastuzumab", recibiendo la última aplicación en noviembre de 2005 en el hospital en que se desempeña como médica. Además de ello, se aclara que si bien la ANMAT aún no autorizó el tratamiento con "Trastuzumab" con criterio adyuvante, existen reconocidos trabajos publicados en los que se reconoce sus resultados y que justifican su indicación para una paciente colocada en la categoría de alto riesgo. Asimismo, se precisa que la droga, aprobada en Argentina y EE.UU para su uso en período metastático, ya fue autorizada en Canadá y en algunos países Europeos, para su uso en adyuvancia, y que la paciente no puede aguardar los tiempos burocrático administrativos para su aprobación en el país ya que debe continuar por un año con el tratamiento que inició con "Trastuzumab" por sus indudables beneficios. Ante la contundencia de las conclusiones médicas emitidas por los especialistas en oncología que atienden a la actora, que el juez tuvo en cuenta para admitir la medida cautelar solicitada, la demandada se limita a sostener un argumento ya conocido por el a quo, y lo que es más relevante, por los profesionales que prescribieron el tratamiento con la droga cuya cobertura se solicita: que todavía el medicamento no está autorizado por la autoridad sanitaria de nuestro país para su uso adyuvante. Aun en esas condiciones, los médicos indicaron ese tratamiento y lo justificaron por tratarse de una paciente con alto riesgo de recaída y por los resultados demostrados en diversas investigaciones científicas publicadas. Ello así, la mera invocación de esa circunstancia por parte de

los letrados, ya valorada por los médicos especialistas con posterioridad a la negativa de la obra social para proveer el medicamento solicitado con sustento en que su uso en adyuvancia en cáncer de mama todavía no fue aprobado por la ANMAT, por lo que no se encuentra en sus protocolos para esa indicación, no alcanza para revocar la medida cautelar, desde que la demandada no ha brindado fundamentos científicos suficientes para demostrar que resulta equivocada la prescripción médica efectuada en las referidas circunstancias. (0.00166667 || Orlando, Susana Beatriz vs. Provincia de Buenos Aires y otros s. Amparo /// CSJN; 24/05/2005; Rubinzal Online; O.59.XXXVIII; RC J 3351/07).

En consecuencia con lo señalado precedentemente y coincidiendo con lo expresado por el Sr. Vocal titular de la Sala de Procedimientos Constitucionales y Penal del STJ Dr.Miguel Angel Giorgio en autos "CACERES JOSE MARTIN EN NOMBRE Y REPRESENTACION DE SU HIJO MENOR TOSCANO AGUSTIN CACERES C/ INSTITUTO DE LA OBRA SOCIAL DE LA PROVINCIA DE ENTRE RIOS Y OTRO S/ ACCION DE AMPARO".- (18/10/2017) ... que hago mios digo: "En definitiva, a mi juicio, ni la obra social ni el Estado pueden ampararse en interpretaciones restrictivas de la normativa aplicable a estos casos para retacear la calidad y mejor opcion disponible para sus afiliados si los medios existentes, por más que ellos resulten onerosos, son necesarios y conducentes para proporcionar al enfermo -en este caso un niño- una mejor calidad de vida, atenuando sus malestares y paliando su sufrimiento. Una interpretación elemental y básica de la norma constitucional antes citada no puede llevarnos a otra conclusión. Solo cabe agregar, a mayor abundamiento, la opinión de Carlos A. Ghersi quien proclama que "... el derecho a la vida no es un derecho a secas, por sí y en sí (aún cuando sí lo sea en otro aspecto, entiéndaseme bien) si no lo es indisolublemente unido, a la dignidad, a la calidad de vida, al goce del ser humano. Las patologías son contingencias en la vida de las personas que afectan su calidad de vida y que en la medida que pueden ser aliviadas o sanadas deben serlo pues si no incorporan un sufrimiento que poco a poco denigra esa calidad de vida humana. En este sentido, la sociedad como núcleo organizado, al cual cada uno de nosotros le entrega parte de esa libertad, debe colocarse al lado del sufriente pues esa es la función social del Estado o la sociedad organizada, de lo contrario esta última no tiene finalidad teleológica y pierde razones de sus esencias y existencia... Las necesidades humanas son temporales y espaciales, de allí que fuera de un tiempo y lugar propios dejen de ser prioridades para convertirse en 'el sitio' de la historia, por ello cuando se necesita inmediatez, es necesario que el magistrado entienda que la prioridad es lo material y no lo formal... porque está en juego la vida, la salud, la calidad de vida, valores ultraconstitucionales patrimonio de la humanidad toda, por sobre los Estados nacionales; deberían ser el primer derecho globalizado y sin embargo pareciera no hablarse de esto. Por eso es necesario insistir en que las herramientas derecho de fondo y derecho procesal deben aunarse en tiempo y lugar justos; de lo contrario el derecho sólo servirá para el disciplinamiento social injusto y perderemos así la significación moral del derecho..." (Ghersi, Carlos, "Medidas autosatisfactivas: El Poder Judicial y los derechos humanos", en bol. de JA del 29/8/01, p. 78 y sigtes.).

En conclusión, por todo lo expuesto adhiero al voto del Dr. Perotti en el rechazo de los Recursos de Apelación interpuesto por las demandadas y el acogimiento del recurso interpuesto por la parte actora contra la imposición de costas efectuada, las que se impondrán a las demandadas.

Así voto.-
Con lo que no siendo para más, se dio por terminado el acto quedando acordada y, por mayoría, la siguiente sentencia: Bernardo I. R. Salduna (En disidencia) - Eduardo R. Carbó - Hugo D. Perotti

SENTENCIA: Paraná, 31 de enero de 2019.-
Y VISTOS: Por los fundamentos del acuerdo que antecede;

SE RESUELVE:
1º) ESTABLECER que no existe nulidad.-

2º) RECHAZAR los recursos de apelación interpuestos por las demandadas a fs. 242 -S.G.P.E.R.- y a fs. 243vta. -I.O.S.P.E.R.- contra la sentencia de fs. 205/225vta., la que, por los fundamentos de la presente, se confirma.-

3º) HACER LUGAR al recurso de apelación interpuesto por la parte actora a fs. 245, contra la imposición de costas efectuadas en primera instancia las que, en consecuencia, se revocan.-

4º) IMPONER las costas del proceso a la parte demandada vencida.-

5º) DEJAR sin efecto la regulación practicada por el aquo y establecer los honorarios profesionales del Dr. Ramiro J. H. Pereira, por la intervención en primera instancia, en la suma de pesos dieciocho mil quinientos cincuenta ($18.550) y por su intervención en esta Alzada, en la suma de pesos siete mil cuatrocientos veinte ($7.420) -cfme.: art. 1255 del Cód. Civ. y Com. en consonancia con los arts. 2, 3, 5, 6, 12, 15, 59, 64, 91 y ccdtes. Decreto Ley Nº 7046/82, ratif. por Ley Nº 7503.-

Protocolícese, notifíquese y, en estado bajen.- Fdo. Bernardo I.

R. Salduna (En disidencia) - Eduardo R. Carbó - Hugo D. Perotti - Ante mí: Nancy G.Bizai - Secretaria de feria- que en el año 2015, se procedió a realizar el cambio de identidad de género identificando a Lara María Berto

Cámara de apelaciones en lo Contencioso Administrativo de 2da Nominación de la Provincia de Córdoba

Causa: Portal de Belén Asociación civil sin fines de lucro c/ Estado provincial y otro - amparo (ley 4915)

SENTENCIA NÚMERO: DOCE

En la ciudad de Córdoba a los quince días del mes de febrero de dos mil diecinueve, siendo las once y treinta horas se reúnen en acuerdo público los Señores Vocales integrantes de esta Cámara Contencioso Administrativa de Segunda Nominación, Dres. Humberto R. Sánchez Gavier, María Inés Ortiz de Gallardo, y el Dr. Leonardo Fabián Massimino, de la Cámara Contencioso Administrativa de Primera Nominación, a fin de dictar sentencia en estos autos caratulados "PORTAL DE BELÉN ASOCIACIÓN CIVIL SIN FINES DE LUCRO C/ ESTADO PROVINCIAL Y OTRO – AMPARO (LEY 4915)" (Expte. N° 6333290,

Iniciado el 26/05/2017).

En primer lugar, se procede a determinar las cuestiones a resolver:

PRIMERA CUESTIÓN: ¿Es procedente la demanda de amparo de la Ley 4915?
SEGUNDA CUESTIÓN: ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

Conforme al sorteo que en este acto se realiza, los Señores Vocales votan en el siguiente orden: Dr. Humberto R. Sánchez Gavier. Dra. María Inés del Carmen Ortiz de Gallardo y Leonardo Fabián Massimino.

TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA EN EL SISTEMA ARGENTINO: UNA VISIÓN DESDE LOS DERECHOS HUMANOS

ASSISTED HUMAN REPRODUCTION TECHNIQUES IN THE ARGENTINE SYSTEM: A VISION FROM HUMAN RIGHTS

María Florencia Belanti[1]

RESUMEN:
La resolución que se comenta nos estimula a reflexionar sobre las técnicas de reproducción humana asistida con una mirada inescindible desde el prisma de derechos humanos. En este ámbito, se pretende llevar a cabo un análisis desde el derecho a la salud en general y a la salud reproductiva en particular, efectuando una reseña normativa de la materia, una exploración del precedente específico en el ámbito interamericano y una reflexión sobre la situación jurídica del embrión in vitro y/o el propio estado provincial proveyese al menor el medicamento necesario para la continuación de su tratamiento, fármaco este que sólo se expende en Alemania.

1 Diplomada en Ciencias Sociales (UCC) Abogaba (UNC); Auxiliar- Poder Judicial de la Provincia de Córdoba; mail: maflorenciabelanti@gmail.com – ORCID iD: https://orcid.org/0000-0001-6830-4666

A LA PRIMERA CUESTIÓN PLANTEADA EL DR. HUMBERTO SÁNCHEZ GAVIER, DIJO:

Los representantes de Portal de Belén Asociación sin fines de lucro promueven acción de amparo en los términos del art. 43 de la CN y los arts. 48 y 53 de la Constitución Provincial, en contra de la Clínica de Fecundación Asistida "Fecundart" y del Estado Provincial de Córdoba, con el objeto que se ordene de manera inmediata el cese de la práctica conocida como "Diagnóstico Genético de Preimplantación" y todo otro procedimiento de manipulación genética de embriones por resultar manifiestamente contrario a la legislación. Asimismo, requieren el cese de toda otra práctica que vulnere el principio de inviolabilidad de la vida y persona humanas; y designe inmediatamente la tutela judicial en protección de la totalidad de las personas por nacer que se encuentran abandonadas por sus padres y en situación de riesgo inminente de muerte en todos los centros y/o laboratorios públicos y privados que se dedican a la práctica de Técnicas de Reproducción Humana Asistida (TRHA) de la Provincia de Córdoba, y tengan criopreservados a los mismos en la actualidad, previo censo de los mismos (fs. 1/15vta.).

Aclaran que la acción se dirige contra dos actos lesivos; el primero es la realización de técnicas de reproducción humana asistida (TRHA) prohibidas por el art. 57 del Código Civil y Comercial de la Nación. El segundo acto lesivo es la amenaza inminente de muerte de los niños por nacer que se encuentran en situación de abandono por sus padres y en manifiesta desprotección por parte del Estado que ignora y/o omite tal situación por encontrarse criopreservados en centros y/o laboratorios públicos y privados en el ámbito de la Provincia de Córdoba.

Aseguran que es de público conocimiento por información periodística que acompaña, que en fecha 02/05/2017, se dio a conocer que nacerá en esta provincia el primer bebé genéticamente modificado. Agrega que en dicha nota explican que se trata de un procedimiento llamado Diagnóstico genético de preimplantación, y consiste en un análisis en el número de cromosomas, explicando el Dr. Alzaa que es la situación en la que se encuentran los más de 200 embriones abandonados en su Clínica.

ABSTRACT:
The resolution discussed encourages us to reflect on assisted human reproduction techniques with an inescisible look from the perspective of human rights. In this area, it is intended to carry out an analysis from the right to health in general and to reproductive health in particular, making a normative review of the matter, an exploration of the specific precedent in the inter-American sphere and a reflection on the legal situation of the embryo in vitro.

Palabras Claves: Salud reproductiva; Técnicas de reproducción humana asistida.

Key Words: Reproductive health; Assisted human reproduction techniques.

I. Introducción

La resolución que se comenta en las siguientes líneas nos estimula a reflexionar sobre las técnicas de reproducción humana asistida (TRHA) con una mirada inescindible desde el prisma de derechos humanos, baluartes de raigambre constitucional en nuestro ordenamiento jurídico.

El punto de partida lo constituye un hecho periodístico[2]: la publicación de una nota donde se difunde la información de una práctica que se efectúa por vez primera en una clínica del interior del país (la Clínica de Fecundación Asistida "Fecundart", en la provincia de Córdoba). En dicha nota puede apreciarse que el matutino señala que el método

2 Disponible en https://lmdiario.com.ar/noticia/13393/nacera-en-cordoba-el-primer-bebe-perfecto consultada en julio de 2019.

En este contexto, requieren de manera inmediata el cese de dichas prácticas, ya que el Estado debe otorgarle una debida tutela a los mismos, pues de los hechos relatados se evidencia el atentado contra el derecho fundamental a la vida de los embriones abandonados en los laboratorios y privados de la debida protección correspondiente en virtud el art. 19 C.C. y C.N., habida cuenta que reconoce su existencia desde el momento de la concepción- con rango constitucional- de un colectivo indeterminado de personas humanas.

Aseguran que la demanda ha sido interpuesta dentro del plazo legal, conforme consta en la publicación del diario referido, no obstante ello, entienden que los hechos relatados que motivan el amparo constituye una práctica habitual y cotidiana de la demandada "Fecundart", quien la ofrece como un servicio.

Justifican la legitimación activa procesal y sustancial de Portal de Belén- Asociación Civil sin fines de lucro, analiza el art. 2 de su Estatuto, y concluyen que en el ámbito provincial a tenor del art. 53 de la Constitución Provincial, toda persona, también las jurídicas, quedan habilitadas para la protección de los intereses difusos, reconocidas en la misma.

Relatan que en fecha 02/05/2017, en el diario "La nueva mañana", se informó que producto de una nueva técnica de reproducción humana asistida conocida como Diagnóstico Genético de Preimplantación (PGS por sus siglas en inglés), nacerá en Córdoba, el primer bebé genéticamente perfecto, producto de una manipulación in vitro, y según expresa el director médico de la clínica demandada, es el primer bebé genéticamente manipulado, con el fin de lograr un niño cromosómicamente normal.

Transcribe las manifestaciones vertidas por el galeno en la nota periodística para explicar el método referido que tiene como objetivo conseguir embriones que mejoren los resultados, que reduzcan los costos y que una mujer no se someta a fracasos, estrés psicológico, inyecciones, dejando de lado a los cromosómicamente imperfectos, también para los diagnósticos de anomalías cromosómicas como puede ser el síndrome de Down o la fibrosis quística.

De lo expuesto infieren que la clínica demandada es la primera en el interior del país en adquirir la tecnología que permite este tratamiento.

---

se conoce como Diagnóstico Genético de Preimplantación (PGS por sus siglas en inglés) y que consiste en un análisis genético embrionario para la detección de anomalías en el número de cromosomas. También se refiere que el director médico de la clínica (José Pérez Alzaa) al explicar el procedimiento manifiesta: *"Con un equipo láser, se realiza un orificio en la membrana donde se encuentran el embrión, de allí se extraen cuatro o cinco células sin tocar el bebé, y sobre esas células se hace el estudio genético. Se realiza el análisis clásico de recuento de cromosomas o la búsqueda de la mutación de la enfermedad que estamos buscando". "Se criopreserva el embrión en espera del resultado de la biopsia embrionaria, se descartan los embriones que van a ser abortados, se prepara el útero de la mujer para hacer después la transferencia de los embriones viables"*. Se relata que el PGS se utiliza en diagnósticos de anomalías cromosómicas como puede ser el síndrome de Down, permitiendo determinar si ese embrión tiene un número "normal" de cromosomas ya que los embriones portadores de un problema cromosómico se traducen en fallas de implantación, abortos a repetición, o en anomalías cromosómicas viables. Continúa manifestando el informe que cientos de embriones que son creados a partir de fecundaciones in vitro no pueden ser descartados ni donados, razón por la cual refiere el director: *"Esto ocurre mucho, ya que en casos que el embrión presenta una anomalía y la mamá se niega a implantárselo, no lo podemos descartar. Hoy tenemos más de 200 embriones de padres que no volvieron nunca a buscarlos, a la espera de que se legisle en esta materia"*.

La situación fáctica sucintamente referenciada fue la que motivó el pronunciamiento judicial que se comenta, atento la acción de amparo interpuesta por la Asociación sin fines de lucro Portal de Belén.

En este sentido, los representantes de Portal de Belén – con base en dicha nota perio-

Analiza las manifestaciones del director de Fecundart y concluye que el galeno no entiende que tanto los embriones cromosocamicamente normales como los embriones cromosómicamente anormales, todos son personas humanas, y la legislación no hace distingos entre embriones viables y no viables, más aún cuando por una trisonomía, el niño puede ser absolutamente viable, pues la persona humana tiene existencia desde la concepción. Continúan analizando las expresiones del Dr. Alzaa, y describen el procedimiento, enfatizando que se observa la frivolidad de la técnica que realizan en los centros de reproducción humana asistida, siendo de una crueldad enorme.

Denuncian que el profesional llama "bebé" a los niños por nacer, más inmediatamente le da trato de cosa a los anormales conservando la categoría de bebe solo a los seleccionados, sin siquiera manifestar si dicha biopsia traerá como consecuencias posteriores a la persona humana por nacer, realizan la biopsia y luego descartan a los embriones no viables (es decir, las personas humanas que no tienen el número "normal" de cromosomas). Estiman que realizan una selección (anti) natural de personas, juegan a ser Dios, decidiendo que persona es digna de ser implantada en el útero materno, y que persona no lo es, situación prohibida por el art. 57 del C.C.y C.N.

En segundo lugar, continúan analizando las manifestaciones del Dr. Alzaa en cuanto al dilema que se presenta cuando un embrión muestra una anomalía, la madre se niega a su implantación, y el mismo no puede ser descartado, a la espera de que se legisle en esta materia.

Destacan que los especialistas en fecundación asistida, esperaban que la modificación del CCyCN introdujera cambios respecto al momento del inicio de la vida humana, lo que finalmente no ocurrió.

Aseveran que ante la amenaza inminente de muerte de dichos embriones, el Estado tiene el deber de normar un tutor judicial a las personas humanas abandonadas por sus padres, y que se encuentran en la actualidad a merced de las Clínicas de Fertilización Asistida.

Estiman que si bien los mismos deberían estar sometidos al ejercicio de la responsabilidad parental de sus padres, lo cierto es que el abandono es patente, más aún, el consentimiento de los padres para que sus hijos por

dística y justificando su legitimación activa procesal y sustancial en el artículo 2 de su Estatuto, que la habilita para la protección de intereses difusos[3] – promueven amparo en contra de la Clínica de Fecundación Asistida "Fecundart" y del Estado Provincial de Córdoba y solicitan por una parte, el cese de la práctica conocida como Diagnóstico Genético de Preimplantación y de todo procedimiento de manipulación genética de embriones por considerarlos contrarios a la legislación. En relación a esto esgrimen que el primer acto lesivo contra el que se dirige la acción lo es en relación a la realización de técnicas de reproducción humana asistida (TRHA) prohibidas por el Código Civil y Comercial de la Nació en su artículo 57[4].

Por otra parte requieren el cese de toda otra práctica que vulnere el principio de inviolabilidad de la vida y de la persona humana. Asimismo solicitan que el Estado Provincial proporcione inmediatamente la tutela judicial en protección de –según sus manifestaciones- la totalidad de las personas por nacer que se encuentran abandonadas por

3 Conforme la previsión del art. 2 de sus estatutos sociales aprobados por la autoridad competente, dicha asociación tiene entre sus fines "la defensa, protección, cuidado, preservación y desarrollo del derecho pleno a la vida y el respeto a la dignidad de la persona humana desde el momento mismo de su concepción"… y "promover y defender el establecimiento de condiciones sociales que posibiliten y favorezcan la efectiva protección del derecho a la vida de la persona desde el momento de la concepción y el goce del respeto a su dignidad intrínseca a lo largo de su vida" (Portal De Belén Asociación Civil c/ Superior Gobierno De La Provincia De Córdoba s/ Amparo-Recurso De Apelacion-(Expte. N°2301032/36 disponible en http://www.saij.gob.ar/camara-apelaciones-civil-comercial-local-cordoba-portal-belen-asociacion-civil-superior-gobierno-provincia-cordoba-amparo-recurso-apelacion-expte--2301032-36-fa13160060-2013-05-21/123456789-060-0613-1ots-eupmocsollaf? Consultado en julio de 2019).

En este punto vale destacar que, si bien dicha legitimación activa fuera controvertida en el caso que nos convoca por los representantes de ambas entidades demandadas, la Cámara descartó tal planteo atento lo determinado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el precedente Portal de Belén (fallo 325:292) que adscribió a un criterio amplio en cuanto a la representación procesal de la Asociación Civil, habida cuenta de los fines concretos que justifican su creación conforme lo establecido en su respectivo estatuto. (voto del Dr. Humberto Sánchez Gavier acordado por los demás Vocales punto 8. pág. 20)

.

4 El artículo mencionado dispone: "ARTÍCULO 57. Prácticas prohibidas. Está prohibida toda práctica destinada a producir una alteración genética del embrión que se transmita a su descendencia"..

nacer con número de cromosomas anormal sean congelados es una clara desatención del deber de cuidado para con los mismos.

En tercer lugar, advierten que un problema común a todas las instituciones de fertilización es la disposición de los embriones que se van acumulando, que "sobran" de otros tratamientos, y no pueden ser tocados in la autorización de los progenitores o donantes de gametos.

Razonan que si los cientos de embriones que son viables y son abandonados por sus padres, no pueden ser utilizados, donados ni descartados, si pueden ser congelados y abandonados por sus progenitores sin consecuencias para los adultos que intervienen y con posibles consecuencias mortales para los niños.

Desde el punto de vista jurídico, enfatizan que es indispensable que el Estado provincial proporcione la tutela a estos embriones abandonados por sus padres, a su vez, aplique su poder de policía en la materia, realizando un seguimiento de cada una de las personas por nacer que se encuentran en cada uno de estos establecimientos que se dedican a la fecundación asistida.

Por todo lo expuesto, afirman que, desde el Portal de Belén, entienden que es el propio Estado el que debe ocuparse de garantizar el derecho a la vida a aquellos embriones (personas humanas por nacer) que están a la espera de ser implantados o en peligro de ser descartados.

Detalla el plexo jurídico que considera aplicable al caso de autos, tanto provincial, como nacional e internacional.

En último lugar, manifiestan que conforme surge de la entrevista de referencia, existen alrededor de doscientos embriones que no han sido implantados en la Clínica demandada, más la realización de TRHA no se limita sólo a la misma y corresponde al Gobierno Provincial el conocimiento cabal de la cantidad de personas por nacer criopreservadas en su órbita de competencia.

En este contexto, requieren que se ordene un censo de la totalidad de establecimientos médicos autorizados en el territorio de la órbita de control, debiendo los mismos informar la cantidad de embriones criopreservados que tienen, como así también el tiempo que tienen los mismo en dicho estado, y sus progenitores, pues son estos últimos quienes en ejercicio de la responsabilidad parental han omitido su debido cuidado y han abando-

sus padres y en situación de riesgo inminente de muerte en todos los centros y/o los laboratorios públicos y privados que se dedican a la práctica de TRHA de la provincia de Córdoba y tengan criopreservados a los mismos en la actualidad, previo censo de los mismos. Aclaran al respecto que el segundo acto lesivo al que se dirige el amparo es la amenaza inminente de muerte de los niños por nacer que se encuentran en situación de abandono por sus padres y en manifiesta desprotección por parte del Estado que ignora y/o omite tal situación por encontrarse criopreservados en centros y/o laboratorios públicos y privados en el ámbito de la provincia de Córdoba.

Fundan la debida protección en virtud del Artículo 19 de CCyCN[5] habida cuenta que reconoce su existencia desde el momento de la concepción – con rango constitucional- de un colectivo indeterminado de personas humanas.

En este marco, admitida la demanda incoada y producidos los informes circunstanciados acerca de los antecedentes y fundamentos de la medida impugnada por parte de la Provincia de Córdoba y la Clínica de Fecundación Asistida Fecundarte; la Cámara Contencioso Administrativa de Segunda Nominación de la ciudad de Córdoba por sentencia nº 12 de fecha 15/2/2019 resolvió no hacer lugar a la acción de amparo deducida por el Portal de Belém. Para arribar a esta decisión realizó una serie de consideraciones en torno a las TRHA y la regulación nacional en general, también refirió a lo peticionado por la actora en particular.

Es la referida causa la que motiva el presente comentario y en este ámbito se considera propicio iniciarlo con una breve referencia a las Técnicas de Reproducción Humana Asistida (TRHA en adelante) a la luz de los derechos humanos, deliberando en el marco

5 Conforme el "ARTÍCULO 19: Comienzo de la existencia. La existencia de la persona humana comienza con la concepción".

nado a los mismos. Consideran que, tras el censo, se tendrá la certeza de la cantidad de niños por nacer sobre los que deberá ejercerse una tutela efectiva en protección de su derecho a la vida y el respeto a su integridad.
Analiza los requisitos de la acción de amparo, y aseveran que los actos lesivos del derecho a la vida consisten en la amenaza inminente de muerte de todas las personas por nacer que se encuentran en establecimientos donde se practica el método de Diagnóstico Genético Preimplantacional en la Provincia de Córdoba, o cualquier procedimiento en el que se discrimina embriones "normales" y "anormales", por eso solicitan el cese de la práctica manifiestamente inconstitucional.
Niegan que en nuestro ordenamiento jurídico exista vacío legal para descartar los embriones que no serán utilizados, pues aseveran que estos niños por nacer se encuentran protegidos por la legislación, y por tal motivo, en peligro en aquellos establecimientos.

Con cita de jurisprudencia, aseguran que no existe otro medio judicial más idóneo.

Ofrece prueba documental.

Formula reserva del caso federal (art. 14, Ley 48). 2.- Admitida la demanda (fs. 46) se citó y emplazó a las accionadas para que en el término de tres días comparezcan y produzcan el informe del art. 8 de la Ley 4915 (fs. 45/48), por su orden.
A fs. 58/64vta. los representantes de la Provincia de Córdoba contesta el informe, solicitando el rechazo de la acción de amparo, con costas.

En primer lugar, aseguran que su representada carece de legitimación pasiva, a lo cual añade también la falta de legitimación activa del Portal de Belén para instaurar la acción en relación con el objeto de la demanda, la falta de acreditación de un daño ya ocurrido o inminente en autos, y la improcedencia de la vía del amparo

del derecho a la salud y pensando en aquellas mandas inescindiblemente ligadas a tal derecho en virtud de su interdependencia e indivisibilidad. Se pretende a continuación efectuar una sencilla reseña normativa de la materia para, luego de pasar por el precedente específico en el ámbito interamericano, reflexionar sobre la situación jurídica del embrión y así arribar a las conclusiones pertinentes.

II. Las Técnicas de Reproducción Humana Asistida (TRHA) desde la óptica de los derechos humanos

Pensar en las TRHA con el lente de los derechos humanos es una visión no solo útil y pertinente sino también inexcusable. La transversalidad de los mismos nos obliga a examinar los cambios sociales desde una nueva perspectiva propia de los últimos decenios y que nos performa en tanto titulares de esos derechos inherentes. En este ámbito, las TRHA forman parte integrante del derecho humano a la salud y de la salud humana reproductiva en particular[6], amparada en normativa de carácter universal, regional y local

6 Conforme la Observación General nº 22 del año 2016 proveniente del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales relativa al derecho a la salud sexual y reproductiva (artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales) que lo reafirma expresamente: "El derecho a la salud sexual y reproductiva es una parte integrante del derecho a la salud consagrado en el artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Ha quedado reflejado también en otros instrumentos internacionales de derechos humanos": la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, art. 12; la Convención sobre los Derechos del Niño, arts. 17, 23 a 25 y 27; y la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, arts. 23 y 25.
En este punto y en palabras de dicha observación resulta útil destacar que La salud sexual y la salud reproductiva son distintas, aunque están estrechamente relacionadas. La salud sexual, según la definición de la Organización Mundial de la Salud (OMS), es "un estado de bienestar físico, emocional, mental y social en relación con la sexualidad". La salud reproductiva, tal como se describe en el Programa de Acción de la Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo, se refiere a la capacidad de reproducirse y la libertad de adoptar decisiones informadas, libres y responsables. También incluye el acceso a una serie de información, bienes, establecimientos y servicios de salud reproductiva que permitan a las personas adoptar decisiones informadas, libres y responsables sobre su comportamiento reproductivo.

para discutir lo que se propone.
Aclaran esto último por cuanto el amparo involucra decisiones de particulares, que según las normas del código civil, tienen derechos de disposición sobre los tratamientos médicos de fertilización asistida a los cuales recurrieron, y que deberían ser parte en el amparo. Asimismo, señalan que existen otras vías legales para reclamar si existe o no algún nivel de abandono de niños por parte de sus progenitores.
Aseguran que su defensa principal radica en la falta de legitimación pasiva de la Provincia, y aún si, en hipótesis se acreditar algún daño a los embriones como resultado de las prácticas médicas voluntarias y libres de quienes acudieron a ella, no hay ninguna violación de derechos por parte de su representada.
Aseveran que no se está en presencia de ningún acto u omisión de quien representan que resulte arbitrario o lesivo de los derechos que pretende la entidad amparista.
Afirman que según lo establecido por la Ley N° 26.682, la autoridad de aplicación en materia de TRHA es el Ministerio de Salud de la Nación, no es el poder de policía local.
Agregan que quien debe dictar las normas sobre la protección de los embriones crioconservados, es el Congreso de la Nación (norma transitoria segunda del art. 9 de la ley 26.994, aprobatoria del CCCN).
De lo expuesto infieren que su representada no puede realizar acciones, por no ser autoridad de aplicación en la materia, y por no poder dictar normas al respecto, pues esta facultad esta delegada al Congreso de la Nación.
Señalan que es básico que toda disposición legal regulatoria del comienzo y fin de la vida de las personas, con todos los aspectos conexos que estas cuestiones puedan tener, es materia delegada en el Gobierno Nacional, y la Provincia no puede tomar decisiones ni ejercer el poder de policía.
Continúan explicando que el censo que la amparista pide que realice la Provincia queda comprendida en los alcances del art. 4 de la Ley 26.862, y quien debe realizar esos registros es el Ministerio de Salud de la Nación.
Afirman que la actora alude al supuesto abandono de niños por parte de sus padres, en referencia a los embriones crioconservados, es evidente que la Provincia no es, no ha sido, ni puede ser autora de ninguna omisión o acción que haya actuado como causa eficiente de los peligros que se invocan para justificar el amparo pedido.

lo que nos muestra a todas luces su necesaria defensa y observancia.
En tanto que procedimientos médico-científicos que sustituyen o coadyuvan a los biológicos de reproducción, surgieron asociados a la alternativa de aquello que en el ámbito de lo reproductivo era considerado patológico: la infertilidad. Sin perjuicio de ello, y sin desconocer sus buenas implicancias en dicho sentido, el actual entramado de relaciones intersubjetivas y la evolución operada en la sociedad con el reconocimiento de múltiples formas familiares y disímiles proyectos de vida hicieron que se acentuaran como una verdadera elección. Este escenario que da la posibilidad de tenerlo como una de las alternativas posibles, se funda en la estructura de estándares reconocidos en los instrumentos internacionales y su valía se encuentra determinada por el rasgo distintivo de la interdependencia e indivisibilidad de los derechos humanos. Así, en dichas técnicas, a la par del derecho a la salud, se encuentran implicados, entre otros, el derecho a formar una familia (Art. 16 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, Art. 17 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; Art. 10 el Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales; Art. 23 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos) el derecho a la igualdad y no discriminación (Art. 7 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, Arts. 1, 17, 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; Art. 2, 10 el Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales; Arts. 1, 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos) el derecho a la autodeterminación y libre desarrollo de la personalidad (Art. 22 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; Art. 13 del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales); derecho a decidir en condiciones de igualdad, sin discriminación

Asimismo, estiman que la actora carece de legitimación activa para instaurar la acción de amparo, en razón de no tratarse de un interés colectivo, pese a la apariencia de que ha intentado dotar a la demanda, sino que se reclama en virtud de derechos subjetivos individuales.
Consideran que lo expuesto queda en evidencia en la invocación de uno de los daños que efectúa la amparista, cuando reclama la tutela judicial en protección de la totalidad de las personas por nacer que se encontrarían abandonadas por sus padres, en riesgo de muerte, y estén criopreservados en la actualidad.
Enfatizan que no se persigue la tutela de un derecho colectivo, sino de un agregado o sumatoria de derechos individuales, y estos derechos individuales no corresponden a un colectivo indeterminado de personas, sino a un universo determinado o determinable de embriones criopreservados.
Destacan que la decisión sobre el destino de tales embriones corresponde a los individuos que acudieron a la realización de prácticas médicas de reproducción humana asistida, las que se encuentran reguladas por distintas normas, todas del orden nacional, para saber si se trata de derechos difusos, colectivos o individuales, debe acudirse a la normativa respectiva.
En este orden de ideas, exponen que el CCyCN establece en su art. 560 que todas las personas que se sometan a la realización de las TRHA deben brindar su consentimiento informado y libre.
Transcriben el art. 7 del Decreto Nacional N° 956/2013 y advierte que no se trata en absoluto de un colectivo genérico e indeterminado de personas: todos quienes acuden a la realización de prácticas e reproducción asistida, deben dar previamente su consentimiento, el que indudablemente está archivado por los establecimientos asistenciales, y se requiere su consentimiento posterior para la decisión del destino del embrión crioconservado, el que es revocable hasta antes de la implantación.
Entienden que por tales motivos, dista de involucrar derechos colectivos o de incidencia colectiva, y se trata de situaciones reguladas por normas específicas, no siendo el amparo la vía adecuada para ello.
Añaden que la entidad demandante se refiere a los embriones como niños por nacer, y a quienes acudieron a su realización los denomina sus padres, quienes los habrían hecho objeto de abandono, resultando de aplica-

y libremente, sobre las funciones reproductivas (Art. 16 Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer) derecho a participar en el progreso científico y en los beneficios que de él resulten (Art. 27 de la Declaración Universal de Derechos Humanos) a no ser sometido sin su libre consentimiento a experimentos médicos o científicos (Art. 7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos). Todos ellos de raigambre constitucional (por imperio del art. 75 inc 22 de nuestra Carta Magna) y de ineludible observancia en cumplimiento de lo suscripto y a efectos de evitar que el Estado Argentino, incurra en responsabilidad internacional.
Resulta oportuno destacar la existencia de una concepción volitiva que cala de lleno en estas nuevas técnicas; el de voluntad procreacional. En este sentido:

> *"Kemelmajer de Carlucci y otras autoras afirman que si bien las TRHA son generalmente utilizadas por quienes no quieren renunciar a tener un hijo "genéticamente propio", el elemento genético no es el que determina la filiación, sino el volitivo: la voluntad procreacional. Ésta es la decisión, la voluntad de querer llevar adelante un proyecto parental, conjuntamente con otra persona, o bien, en el marco de una familia monoparental"*[7].

En este punto, merece subrayarse que el propósito de acudir a TRHA se enlaza con la posibilidad de materializar ese proyecto decidido de forma voluntaria e intencional, en íntima ligazón con el derecho a la salud en su más amplia acepción. Resulta así funda-

7 Kemelmajer de Carlucci, Herrera y Lloveras, "Tratado de derecho de familia", según el Código Civil y Comercial 2014, tomo II, Argentina, Rubinzal – Culzoni, citado por Mariana Iturburu - María Martina Salituri Amezcua -Mariana Vázquez Acatto "La regulación de la filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida en la Argentina: voluntad procreacional y consentimiento informado" Revista IUS versión impresa ISSN 1870-2147 -Rev. IUS vol.11 no.39 Puebla ene./jun. 2017.

ción las normas del art. 638, 641 y cc.. del CCyCN.
Sostienen que, dado que la amparista persigue una tutela de los embriones criopreservados que, según la contraria, estarían en riesgo de morir, sin duda su pretensión es que se disponga el nacimiento de esos embriones, ya que no indica otra manera de preservar sus derechos, desde la perspectiva que propone Portal de Belén.
Entienden que claramente los estatutos de la amparista no le pueden conferir legitimación para peticionar aquello que las leyes sustantivas no le reconocen, y que excede largamente de lo que se puede ventilar a través de un amparo.
Recalcan que se trata de derechos individuales e inherentes a las personas que no pueden ser subrogados por la vía de amparo. Cita jurisprudencia en abono de su postura.
Analizan las categorías de derechos colectivos y entiende que, en el caso de autos, se trata de situaciones jurídicas individuales, con causas dispares, debiendo indagarse en cada caso particular porque no han sido implantados, y/o si lo serán en un futuro.
Razonan que, descartados los derechos colectivos, queda un solo supuesto en que Portal de Belén podría tener legitimación activa, es decir, en el caso de derechos de incidencia colectiva, pero tampoco la tiene.
En este contexto, exponen que de los propios términos de la demanda surge la inexistencia de un hecho común susceptible de provocar el daño pretendido, ya que los embriones permanecen sin anidar en el seno materno por razones que no son presentadas, pero que claramente corresponden a decisiones personalísimas de los interesados.
Recalcan que cada embrión crioconservado está en esa situación por haberlo así decido los progenitores mediante el consentimiento informado y libre.
Insisten que el pretendido daño (si lo hubiere) habría sido ocasionado en cada caso por una decisión personal de los pacientes y/o de los médicos, y nada autoriza a inferir que respondan todos a la misma motivación, son hechos individuales, no habiendo un hecho común o colectivo.
Concluyen en este punto, que lo que se pretende en realidad es que se tomen decisiones violando el derecho

mental resaltar el argumento esgrimido en el fallo por los representantes de la provincia de Córdoba en oportunidad de producir informe en los términos de la ley local nº 4915[8], al afirmar la inexistencia de violación de derechos constitucionales en la realización de la práctica médica que se invoca *"por el contrario, se realiza para prevenir mal formaciones o interrupciones de embarazo. En otras palabras asegura el derecho a la salud, incluyendo el derecho a la salud reproductiva"*[9].
Se infiere que el concretar el proyecto personal de vida familiar, en el marco de un derecho protegido constitucional y convencionalmente, fue la razón de quienes recurrieron a la clínica especializada, donde se utilizó esta avanzada técnica, cuya innovación dio lugar a la divulgación en distintos medios de información.
Por ello en el caso particular, la amparista solicita que en el marco de éstas técnicas de reproducción asistida sea especialmente el Diagnóstico Genético de Preimplantación sobre el que se dictamine el cese en su realización; ya que, afirma, se trata de un procedimiento de manipulación genética y extensivamente requiere pronunciamiento de prohibición de todas las prácticas que impliquen este tipo de maniobra. Es oportuno referirse al basamento de su consideración; pues sostiene que lo aseverado se fundamenta en una única reproducción periodística, aquella publicitada en el diario "La nueva mañana". Esto puede proporcionarnos una visión –a criterio personal- un poco parcializada de la situación, ya que de la exploración de otras informaciones coetáneas sobre el mismo caso[10] se deriva el presentar la técnica como un avance en la ciencia, aclarando que sirve

8 Ley provincial nº 4915 "REGLAMENTACIÓN DE LA ACCIÓN DE AMPARO".

9 Manifestaciones vertidas por los representantes de la Provincia de Córdoba en el fallo analizado, página 2.

10 https://www.infobae.com/salud/2017/05/03/avance-de-la-ciencia-nacera-en-cordoba-el-primer-bebe-con-genes-perfectos/; https://viapais.com.ar/

de defensa y otros derechos personalísimos de los progenitores, incluyendo un censo que vulneraría la confidencialidad de las historias clínicas.
Resumen que la tutela que se pide en la demanda consiste en una máxima violación de los derechos humanos.
Proceden a producir el informe, y en primer lugar denuncia que la amparista funda su acción en una serie de apreciaciones teñidas de subjetividad, no en verdades objetivamente establecidas, es decir, sus postulaciones responden a un posicionamiento ideológico, no a parámetros objetivamente fijados por la ciencia.

En segundo lugar, enfatizan que la legislación de fondo no prohíbe la realización de TRHA, pero sí en cambio, las prácticas destinadas a producir una alteración genética del embrión que se transmita a su descendencia (art. 57 CCyCN), pero no es el caso que propone en autos.

En tercer lugar, analizan la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y de la CSJN.

En cuarto lugar, reiteran que la autoridad de aplicación en materia de salud reproductiva humana es el Ministerio de Salud de la Nación, según lo establece con toda claridad el art. 3 de la Ley 26.862.
Por todo lo expuesto, concluyen que no se configuran los requisitos de la acción de amparo, en cuanto al acto u omisión que serían lesivos de derechos y garantías de la entidad demandante.
Agregan que existen vías legales propias del derecho de familia para el supuesto de admitirse que efectivamente hubiera niños en situación de abandono, desde la perspectiva que asume la amparista, no pueden soslayarse las normas de derecho de familia en el presente caso.
Manifiestan que la pretensión esgrimida exige una mayor amplitud procedimental que hace impropia la vía del amparo, y torna necesaria otra vía procesal distinta, con más posibilidad de debate y también de pruebas.
Aseguran que no está precisado el objeto demandado, se pide tutela, pero no se aclara a qué fines concretos, dado que el Estado no puede disponer de estos embriones sin el consentimiento de quienes se sometieron a la

para diagnosticar y manifestando que no implica modificación. Todo esto sin desconocer el uso de expresiones incongruentes en sus titulares y términos poco asertivos en relación a la claridad del método que se presenta. Y todo lo anterior, inclusive, sin restar importancia al cúmulo de derechos en juego y a la trascendencia de un pronunciamiento sobre la criopreservación de embriones, circunstancia que tiene inescindible conexión con el comienzo de la vida.
Por otra parte resulta propicio acudir a la visión técnica del DGP, respecto del cual se manifiesta ser un procedimiento que "analiza el material genético de embriones formados por fertilización in vitro (FIV) para su selección y transferencia al útero, con el fin de obtener un embarazo con feto genéticamente sano"[11]. Se la presenta como aquella que

> *"detecta en los embriones logrados a través de Fertilización In Vitro, estas alteraciones cromosómicas que no darán lugar a un embarazo evolutivo en la mujer. Indican que "esta técnica no puede modificar o "arreglar" estas alteraciones cromosómicas en los embriones ni mucho menos manipular su composición genética, sólo hace un diagnóstico antes que se implante en el útero"*[12]

De lo que se colige que de manera absoluta implica una práctica tendiente a producir una alteración genética del embrión que se transmite a su descendencia en los términos de la limitación impuesta en el art. 57 del Código Civil y Comercial cuando se refiere a las TRHA.

cordoba/104676-nacera-en-cordoba-el-primer-bebe-de-embrion-geneticamente-modificado/

11 Vittola, Leonardo "El diagnóstico genético preimplantacional desde la perspectiva jurisprudencial", disponible en http://www.salud.gob.ar/dels/entradas/el-diagnostico-genetico-preimplantacional-desde-la-perspectiva-jurisprudencial Recibido: 12/08/2016; Publicado: 03/2017.

12 Informe emitido en autos que se comenta por el Hospital Materno Provincial y que no fue desvirtuado por prueba en contrario por la parte actora. (Expte nº 6333290 pág. 22)

correspondiente práctica médica.
Finalmente, sin perjuicio de todo lo expresado, niegan el relato, la plataforma fáctica, l reclamado y el derecho contenido en la demanda. Niega todos y cada uno de los hechos expuestos en la demanda, excepto los que sean expresamente reconocidos.
Niegan que la práctica genética de que da cuenta la noticia- en el supuesto de que sea la información veraz y exacta, sea nociva para el embrión, para el niño o para la persona por nacer. No hay violación alguna de derechos constitucionales en la realización de la práctica médica, por el contrario, se realiza para prevenir mal formaciones o interrupciones de embarazo. En otras palabras, asegura el derecho a la salud (incluyendo el derecho la salud reproductiva).
Niegan que los embriones se encuentren en riesgo de muerte. Niega que la técnica denominada DGP sea contraria a la legislación vigente o a las Constitución Nacional o Provincial, y a los tratados internaciones con rango constitucional. Ofrecen prueba: instrumental.
3.- A fs. 96/107 los representantes de Fecundart contestan el informe, solicitando el rechazo de la acción intentada, con costas.
Tras formular una reseña del objeto de la acción, en primer lugar, asegura que Fecundart, como entidad privada, no puede realizar acciones tendientes a otorgar la tutela judicial que se requiere, pues no es la autoridad de aplicación, ni es el Estado Nacional, ni menos aún el Estado Provincial,
Advierte que por otra parte, la amparista alude a un supuesto abandono de niños por parte de sus padres, en relación con los embriones criopreservados, con lo cual Fecundart no puede ser autora de algún acto u omisión que haya actuado como causa eficiente del peligro que se invoca como fundamento del amparo. Entiende que en todo caso, el acto u omisión es de las personas que decidieron fecundar tales embriones, no Fecundart.
Asegura que su representada no puede ser demandada, en relación con el hecho segundo del líbelo introductorio, debiendo rechazarse la acción en tal sentido, con costas.
Señala que la actora basa su demanda en un artículo publicado en un periódico, sin siquiera tomarse el trabajo

.....

En adición a lo anterior resulta imperante recordar que la legislación de fondo ha acogido en términos específicos el acceso integral a procedimientos y técnicas médico-asistenciales de reproducción médicamente asistidas, no resultando óbice a la licitud de la práctica que se debate el hecho de que particularmente no se encuentre cubierta de manera obligatoria por las obras sociales.
De esta manera, resulta acertada la decisión unánime en la causa en el sentido de desestimar la pretensión de prohibición de dicha práctica, solución razonable a la legislación local y a los estándares internacionales tutelares de derechos humanos en general y del derecho a la salud en particular.

III. Una mirada introspectiva. Acerca de cómo han sido receptadas en nuestra legislación las técnicas de reproducción humana asistida

Las TRHA han sido receptadas en la novel legislación civil que regula el decurso de la vida de los individuos en sus relaciones privadas. Fue una de las principales incorporaciones en el ámbito del derecho de familia al ser reconocida como una tercera fuente filial y regulada por clausulas propias[13]. El elemento identificador de las mismas es la voluntad de ser progenitor, que se exterioriza en el previo, libre e informado consentimiento[14].

13 El Código Civil y Comercial de la Nación dedica entre otros los arts. 558 al 563, 569, 577 a las TRHA. A través de dichas disposiciones no solo le asigna el carácter de ser una nueva fuente de filiación, sino que detalla las características del consentimiento informado que debe prestarse, refiere específicamente a la voluntad procreacional y estipula parámetros en materia de acciones de filiación.

14 Rodríguez Iturburu, Mariana, "Filiación derivada de las técnicas de reproducción humana en el CCyCN" disponible en http://www.salud.gob.ar/dels/entradas/filiacion-derivada-de-las-tecnicas-de-reproduccion-humana-en-el-ccycn Recibido: 12/08/2016; Publicado: 03/2016.

citar o basarse en información científica vinculada a la Técnica de Diagnóstico Preimplantacional (PGS).
Advierte que si se repara en texto del artículo publicado por el referido diario, no es más que una alteración intencional de los dichos del Dr. Pérez Alzaa, pues existen afirmaciones realizadas por el periodista, que corresponden a su propia interpretación, y que no son de ninguna manera afirmaciones realizadas por el mismo.
Asegura que en ningún momento se hace referencia a que en los próximos días nacerá en Córdoba el primer genéticamente perfecto, producto de una manipulación in vitro. Considera que la parte actora tergiversa las manifestaciones del Dr. Perez Alzaa, habida cuenta que cuando se refiere al descarte de embriones, se refiere a los embriones que no son trasferidos a la paciente, pues solo se transfieren los embriones cromosómicamente sanos, el resto permanecen criopreservados.
Afirma que la práctica conocida como Diagnóstico Genético de Preimplantación es un método de diagnóstico y no de manipulación genética embrionaria, lo cual termina por fulminar la suerte del amparo.
Estima que si la actora hubiera profundizado el tema en lugar de basarse en una simple nota periodística, se hubiera evitado el desgaste jurisdiccional.
Analiza los requisitos para la procedencia de la acción de amparo, y estima que no se encuentran reunidos, pues como primera medida, la parte actora hubieran podido realizar el reclamo pertinente a la autoridad de aplicación, esto es, el Ministerio de Salud de la Nación, quien conforme a la Ley 26.682, tiene entre sus funciones, la de disponer de los mecanismos necesarios en cada jurisdicción para recibir los reclamos efectuados por los usuarios y prestadores del sistema, referidos a condiciones de atención, funcionamiento de los servicios e incumplimientos.
En esta línea, refiere que la cuestión no es menor, pues es el Ministerio de Salud que no sólo es la autoridad de aplicación, sino que, como órgano técnico especializado, es el más indicado para resolver el planteo de la actora. Cita jurisprudencia en abono de su postura.
Agrega que en el caso de autos se requiere de una mayor amplitud de debate o prueba, ya que toda cuestión vinculada al comienzo de la vida humana y de la protección de los embriones, excede largamente el presente tramite.

Fue necesaria su inserción. En este sentido no debe perderse de vista que, la razón de ser del actual Código Civil y Comercial de la Nación fue el reconocimiento normativo de aquellos cambios operados en la sociedad actual en general y de las modalidades vinculares en particular, a los fines de aggiornarse a lo que acontece en la saga de la realidad y con el objetivo de ajustar sus contenidos a la Constitución Nacional y a los Tratados internacionales de derechos humanos en los que la República es parte.
No puede dejar de mencionarse que previamente el ordenamiento jurídico argentino aprobó la ley nº 26862[15], que procura garantizar el acceso integral a estos procedimientos ya que se dedica a la cobertura médica de estas prácticas. En dicho dispositivo normativo recepta una definición legal en su artículo segundo, entendiendo por tales "a los procedimientos y técnicas realizados con asistencia médica para la consecución de un embarazo". Contiene tanto las técnicas de baja complejidad como las de alta complejidad, que incluyan o no la donación de gametos y/o embriones.
La legislación es de avanzada atento a que no establece discriminaciones por motivos de género, no requiere el estado patológico de la infertilidad ni solicita el estar en pareja para poder acceder a la cobertura[16]. Asimismo implica un trato equitativo de aquellos que poseen como que carecen recursos económicos suficientes. Por esta razón es que las TRHA son una parte integrante de nuestra democrática, múltiple y plural sociedad

15 Promulgada el 25 de Junio de 2013.

16 Lo que se desprende de la referida ley en su art. 7 que al definir a los beneficiarios refiere "toda persona, mayor de edad". Además, con claridad meridiana queda plasmado en los considerandos que aprueban la reglamentación de la misma; al manifestar *"Que la Ley Nº 26.862 establece que pueden acceder a las prestaciones de reproducción médicamente asistida todas las personas, mayores de edad, sin que se pueda introducir requisitos o limitaciones que impliquen discriminación o exclusión fundadas en la orientación sexual o el estado civil de quienes peticionan por el derecho regulado. La cobertura prestacional la deben brindar los establecimientos asistenciales de los TRES (3) subsectores de la salud: público, seguridad social (obras sociales) y privado (medicina prepaga)".*

Continúa analizando los requisitos del amparo, y afirma que en autos no existe acto que amenace con ilegalidad manifiesta los derechos invocados en la demandada, entre ellos, el derecho a la vida. Cita de jurisprudencia.
Explica que la práctica no es ilegal, no sólo por cuanto es un método de diagnóstico, sino por cuanto no es contrario a ninguna norma del derecho positivo, siendo que la propia Apross, entre otros entes gubernamentales, lo autoriza para sus afiliados.
Continúa relatando que es una técnica de diagnóstico que permite conocer la constitución cromosómica de los embriones mediante el análisis de una o más células de cada embrión, y como su nombre lo indica, se realiza antes de transferir los embriones al útero.
Asegura que es una técnica que no modifica, ni altera la información genética/cromosómica del embrión, es solo de diagnóstico, no terapéutica, siendo el equivalente al estudio cromosómico que se realiza en cualquier ser vivo y que se denomina "cariotipo", consistente en realizar un análisis del número de cromosomas del embrión, con la finalidad de diagnosticar cual de esos embriones dará lugar a un embarazo evolutivo, a un aborto espontáneo o a nada (ni siquiera la posibilidad de implantarse).
Asevera que la posibilidad de un aborto espontáneo o la imposibilidad de implantación del embrión se verifican en el 80% de los tratamientos de reproducción asistida, razón por la cual poder conocer con antelación el número normal de cromosomas, ayuda a la pareja a lograr más rápidamente el embarazo, evitando así múltiples tratamientos con los riesgos que eso implica para la paciente.
Señala que todos los embriones a los cuales se les realiza esta técnica son criopreservados en espera de resultado, ningún embrión es descartado, ni los que no tendrán ninguna posibilidad de implantarse, ni aquellos con alteraciones cromosómicas viables, como por ejemplo el Síndrome de Down, embriones que quedan criopreservados a la espera de la resolución de los progenitores, de lo que resuelva un juez o lo que disponga una norma específica sobre la materia.
Transcribe el informe de fecha 21/06/2017 realizado por el Hospital Materno Provincia, dependiente del Ministerio de Salud de la Provincia, y concluye que además de esta opinión especializada, otra prueba evidente

y en tanto ellas no impliquen una práctica que quebrante los límites legales impuestos, se enlazan con la contribución de la ciencia y la tecnología a la realización más plena de los derechos humanos.

IV. La línea adoptada en el ámbito regional

Las TRHA no han sido ajenas de debate en el ámbito del sistema regional de protección de derechos humanos. En este caso es sumamente destacable la interpretación efectuada por la Corte interamericana de Derechos Humanos en caso Artavia Murillo y otros ("fecundación in vitro") vs. Costa Rica, sentencia de 28 de noviembre de 2012[17]. Este precedente es motivado por la declaración de inconstitucionalidad en el año 2000 de un decreto ejecutivo del año 1995 que autorizaba la práctica de la fecundación in vitro para parejas conyugales y regulaba su ejecución. Nueve parejas presentaron una petición a la CIDH debido a esta situación.
En dicha oportunidad -y en una apretada síntesis- la Corte se expidió respecto del derecho a la vida privada y familiar manifestando que la Convención Americana prohíbe toda injerencia arbitraria o abusiva en la vida privada de las personas y que incluye un concepto de libertad en un sentido extenso como la capacidad de hacer y no hacer todo lo que esté lícitamente permitido (párrafo 142). Consideró asimismo que la decisión de ser o no madre o padre es parte del derecho a la vida privada, en el sentido genético o biológico (párrafo 143). También refirió que el derecho a la vida privada se relaciona

17 Disponible en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_257_esp.pdf

de que el método PGS es legal, lo constituye la circunstancia que el mismo es autorizado por diversos entes de salud, por ejemplo, Apross. Añade que el estudio en cuestión no lo realiza Fecundart, sino que se remite al Laboratorio Igenomix, S.L.

Enfatiza que por todo lo expuesto, se advierte con mucha facilidad que el método en modo alguno viola el art. 57 del C.C.yC.N.

Analiza la normativa en cuestión, y asegura que de la norma surge que no se prohíbe los diagnósticos de genes tales como el diagnóstico pre-implantacional en los que se aplican técnicas que no afectan al cigoto.

Añade que si bien la norma en cuestión procura que no se altere la especie humana, no impide que se eviten enfermedades o se seleccionen embriones con fines terapéuticos.

Destaca que la norma prohíbe alterar o producir una alteración genética, situación que, conforme expuesto, no se verifica en PGS.

Resalta que en autos, no se está afectando el derecho a la vida. Contradice los argumentos de la actora en este sentido, e invoca normas del CCyCN y jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en abono de su postura.

Sostiene que no es posible silenciar la difundida utilización de las TRA y/o la presencia de importantes antecedentes jurisprudenciales locales e internacionales sobre la materia, así como la existencia de normas específicas o intentos legislativos al respecto.

Analiza lo que debe entenderse como "concepción" en el CCyCN y por los tratados de derechos humanos.

Añade que, en sentido coincidente, el régimen de acceso integral a los procedimientos y técnicas médico-asistenciales de reproducción médicamente asistida, vigente en nuestro país, por la Ley 26.862, y el Decreto N° 956, sigue idéntica línea de razonamiento a la establecida en el CCyCN.

Razona que la acción de amparo igualmente debe ser desestimado, con fundamento en la cláusula transitoria segunda contenida en el art. 9 de la Ley 26.994 que asigna al embrión no implantado una categoría especial – distinta a la prevista en el CCyCN para las "cosas" y para las "personas humanas", y lo somete a un régimen

con: i) la autonomía reproductiva, y ii) el acceso a servicios de salud reproductiva, lo cual involucra el derecho de acceder a la tecnología médica necesaria para ejercer ese derecho (146)

Por su parte, atento a que el principal argumento desarrollado por la Sala Constitucional de la Corte Suprema al momento de declarar la inconstitucionalidad del decreto se fue el que manifestaba que la Convención Americana obliga a efectuar una protección absoluta del "derecho a la vida" del embrión y, en consecuencia, obliga a prohibir la fertilización in vitro por implicar la pérdida de embriones, estimó pertinente analizar en detalle esta manifestación (párrafo 162).

Para analizar si existe una obligación de protección absoluta en esos términos, la Corte procede a analizar el alcance de los artículos 1.2 y 4.1 de la Convención Americana respecto a las palabras "persona", "ser humano", "concepción" y "en general" (párrafo 173).

Entiende que para efectos de la interpretación del artículo 4.1, la definición de persona está anclada a las menciones que se hacen en el tratado respecto a la "concepción" y al "ser humano", términos cuyo alcance debe valorarse a partir de la literatura científica (párrafo 176).

Utiliza diversos métodos de interpretación, los cuales han llevado a resultados coincidentes en el sentido de que el embrión no puede ser entendido como persona para efectos del artículo 4.1 de la Convención Americana. Asimismo, luego de un análisis de las bases científicas disponibles, la Corte concluyó que la "concepción" en el sentido del artículo 4.1 tiene lugar desde el momento en que el embrión se implanta en el útero, razón por la cual antes de este evento no habría lugar a la aplicación del artículo 4 de la Convención. Además, es posible concluir de las palabras "en general" que la protección del derecho a la vida con arreglo a dicha disposición no es absoluta, sino es gradual e

especial de protección.
Infiere que contrariamente a lo manifestado por el amparista, a efectos de determinar el momento a partir del cual los derechos y garantías contenidos en los bloques constitucionales y supraconstitucional resultan plenamente operativos, no resulta indiferente si la concepción ocurre dentro o fuera del seno materno. Añade que es así, pues en el segundo caso, el inicio de la existencia de la persona humana, aun cuando estuviera condicionada a su nacimiento con vida, ocurre con la trasferencia o implantación en el seno materno.
Continúa analizando el fallo de la CIDH "Artavia ...", y sostiene que tal como resuelve el máximo tribunal en derechos humanos, se entiende el termino de concepción desde el momento en que ocurre la implantación, y concluyó que antes de ese evento no procede aplicar el art. 4 de la Convención Americana.
Finalmente, concluye que la práctica conocida como Diagnóstico Genético de Preimplantación (PGS por sus silgas en inglés) realizada por Fecundart no encuadra en el art. 1 de la Ley 4915, en cuanto no constituye un acto que lesiona o amenace con ilegalidad manifiesta los derechos invocados en la demanda, entre ellos, el derecho a la vida.
Sin perjuicio de todo lo expuesto, niega el relato, la plataforma fáctica, lo reclamado, y el derecho contenido en la demanda de amparo.
Niega que la práctica de que da cuenta la noticia invocada en la demanda, sea nociva para el embrión.
Niega que se verifique la violación de derecho constitucional alguno con el método PGS; por contrario, se realiza para prevenir malformaciones o interrupciones de embarazos, todo lo cual asegura el derecho a la salud, y a la vida, lo cual incluye el derecho a la procreación. Niega que los embriones se encuentren en riesgo de muerte.

Ofrece prueba: documental, informativa.

Formula reserva del caso federal (art. 48, Ley 48). 4.- Por el Auto N° Trescientos treinta y siete de fecha

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 (párrafo 264).
De esta manera el Alto intérprete regional al reflexionar sobre si el embrión está asimilado a la categoría de persona, se manifiesta por la negativa; lo cual nos lleva a indagarnos de manera obligatoria sobre la consideración jurídica del embrión no implantado.

V. La situación jurídica del embrión

Atento que ciertas TRHA gravitan alrededor de la fertilización in vitro; esto es, la unión del óvulo y el espermatozoide en un marco de laboratorio, es decir por fuera del cuerpo humano la consideración sobre el carácter que reviste el embrión desde el punto de vista jurídico no es menor. Máxime cuando en el caso analizado la amparista esgrime que los embriones son personas por nacer, personas humanas abandonadas por sus padres, y arguye la existencia de una amenaza inminente de muerte de todas las personas por nacer que se encuentran en estos establecimientos criopreservándose.
A esta altura resulta propicio indagarse sobre el estatus jurídico que detenta el embrión, pues si bien es cierto que a los fines de resolver el pronunciamiento que se comenta no fue necesario esgrimir una postura al respecto, tampoco es menos cierto que lo reclamado por la amparista guarda una intrínseca conexión con esta situación. Es de destacar que la accionante solicita dentro de sus pretensiones el nombrar un tutor judicial para los embriones criopreservados.
De esta manera y tomando como eje el análisis integral de la normativa vigente en nuestro ordenamiento se considera que el embrión in vitro no posee la misma categoría que

01/08/2017 (fs.69/72) no se hizo lugar a la medida cautelar solicitada por la parte actora, sin imposición de costas. Proveída y diligenciada la prueba (fs. 108/269), se dicta el decreto de autos para sentencia (fs. 271). Firme y consentido queda el amparo en estado de ser resuelto.

5.- Podemos sintetizar los términos de la litis en los siguientes términos: Los representantes de Portal de Belén Asociación Civil sin fines de lucro promueven acción de amparo en los términos del art. 43 de la CN y los arts. 48 y 53 de la Constitución Provincial, en contra de la Clínica de Fecundación Asistida "Fecundart" y del Estado Provincial de Córdoba, con el objeto que se ordene de manera inmediata el cese de la práctica conocida como "Diagnóstico Genético de Preimplantación" y todo otro procedimiento de manipulación genética de embriones por resultar manifiestamente contrario a la legislación. Asimismo, requieren el cese de toda otra práctica que vulnere el principio de inviolabilidad de la vida y persona humanas; y designe inmediatamente la tutela judicial en protección de la totalidad de las personas por nacer que se encuentran abandonadas por sus padres y en situación de riesgo inminente de muerte en todos los centros y/o laboratorios públicos y privados que se dedican a la práctica de Técnicas de Reproducción Humana Asistida (TRHA) de la Provincia de Córdoba, y tengan criopreservados a los mismos en la actualidad, previo censo de los mismos (fs. 1/15vta.). Aclaran que la acción se dirige contra dos actos lesivos; el primero es la realización de técnicas de reproducción humana asistida (TRHA) prohibidas por el art. 57 del Código Civil y Comercial de la Nación. El segundo acto lesivo es la amenaza inminente de muerte de los niños por nacer que se encuentran en situación de abandono por sus padres y en manifiesta desprotección por parte del Estado que ignora y/o omite tal situación por encontrarse criopreservados en centros y/o laboratorios públicos y privados en el ámbito de la Provincia de Córdoba (cfr. fs. 1/15vta.).
La co-demandada Provincia de Córdoba se opone al progreso de la acción de amparo y alega que no se configuran los presupuestos para su procedencia, esgrimiendo: a) falta de legitimación pasiva de la Provincia de Córdoba, habida cuenta que la Ley 26.682 la autoridad de aplicación en materia de TRHA es el Ministerio de

.....

la de persona desde el punto de vista jurídico. Ello atento que el Código Civil y Comercial al regular el comienzo de la vida humana establece en la disposición transitoria segunda que su regulación será materia de una ley especial. Si detentara el mismo carácter lo hubiese regulado en el mismo cuerpo normativo. Además cuando el art. 21 habla del nacimiento con vida alude a la adquisición irrevocable de los derechos del "concebido o implantado en la mujer" si nace con vida. De esta manera la categoría de persona no estaría presente en la probeta; a imagen y semejanza en materia de consentimiento informado estipula la posibilidad de su revocación "antes de su implantación" y no antes de su fecundación. Por otra parte lo manifestado guarda armonía con la ley de Acceso integral a los procedimientos y técnicas médico-asistenciales de reproducción médicamente asistida, su decreto reglamentario, así como con los estándares convencionales y las interpretaciones internacionales en la materia[18].
Ahora bien, lo antes manifestado no es extensivo a asimilarlo a un mero objeto material esto es, tampoco puede tratarse como si fuera una cosa. Ello así dado que si bien no posee el estatus jurídico de centro de imputación normativa si posee células vivas que no están totalmente desprovistas de significado. El embrión humano in vitro necesita ser considerado con un estatus particular con mayor protección que las cosas (para evitar su comercialización, la utilización con fines espurios, meras investigaciones experimentales que nada tienen que ver con la búsqueda de solución a enfermedades genéticas, etc)

18 Caramelo, Gustavo; Picasso, Sebastián; Herrera, Marisa "Código Civil y Comercial de la Nación Comentado" /. - 1a ed. - Ciudad Autónoma de Buenos Aires : Infojus, 2015

Salud de la Nación, no el poder de policía local. Además, quien debe dictar las normas sobre la protección de los embriones crioconservados es el Congreso de la Nación (cfr. norma transitoria segunda del art. 9, Ley 26.994) b) falta de legitimación activa de Portal de Belén Asociación Civil sin fines de lucro, en razón de no tratarse el objeto de la demanda de un interés colectivo, pese a la apariencia, sino que se reclaman derechos subjetivos individuales; c) la legislación de fondo no prohíbe la realización de las TRHA, en cambio, sí están prohibidas las prácticas una alteración genética del embrión que se transmita a su descendencia (cfr. art. --- 57 CCyCN), que no es el caso de autos; d) de acuerdo con la interpretación jurisprudencial de la CIDH y la última interpretación de la CSJN en la materia, dejando librado a la autoridad de aplicación - Ministerio de Salud de la Nación- la autorización o no de la práctica de DGP, concluye que la concepción tiene lugar desde el momento en que el embrión se implanta en el útero; e) las cuestiones debatidas y los presupuestos fácticos que deben ser discutidos, probados y engarzados, requieren de mayor debate y prueba.

La codemandada Fecundart esgrime que: a) Portal de Belén fundamenta su demanda en una publicación periodística sin base científica, en el que tergiversaron las afirmaciones del profesional, b) la autoridad de aplicación en la materia es el Ministerio de Salud de la Nación, de conformidad a la Ley 26.862 inc. j), debiendo dirigirse los reclamos a dicha autoridad; c) la cuestión vinculada al comienzo de la vida humana y a la protección de los embriones, excede el trámite del amparo, y requieren una mayor amplitud de debate o pruebas, d) el DGP no es ilegal, es exclusivamente un método de diagnóstico, que no está prohibido por ninguna norma de derecho positivo, e inclusive la Apross, entre otros entes gubernamentales, en algunos casos lo autoriza para sus afiliados, e) el DGP es una técnica que no modifica ni altera la información genética / cromosómica del embrión, es decir, es una técnica de diagnóstico no terapéutica. Ningún embrión es descartado, ni los que no están en condiciones de implantarse, no encuadra la situación en el art. 57 del C.Cy.CN. d) el C.C.y C.N., y los tratados internacionales de derechos humanos, establecen como punto de partida para el inicio de la vida humana, la implantación en el útero materno.

pero sin la amplia protección que posee la persona humana[19]. En este sentido resulta relevante destacar el proyecto de ley presentado en abril del corriente año en la Cámara de Diputados que pretende la regulación necesaria en cumplimiento de la manda estatuida por la disposición transitoria segunda del CCCN; proyecto que se inscribe en el sentido antes manifestado.[20]

VI. Consideraciones finales

Luego del recorrido efectuado y llegado a este punto de las consideraciones finales es dable advertir que el tema que nos convoca está permeado por los nuevos acontecere s de la vida actual. El avance de la técnica posibilitó el surgir de estas prácticas, que se gestaron a la par del concepto de revertir enfermedades y que en el presente se encuentran embebidas y reafirmadas por los cambios operados en el sistema integral de protección humana. Son múltiples los derechos en ellas imbricados y es por eso que merecen una especial atención. Ahora bien, esta última no puede estar desprovista de la vigilancia necesaria en pos de evitar convertirse en un medio que justifique cualquier fin. En este punto resultan ilustrativas las manifestaciones vertidas por el Tribunal Superior de Justicia y citada en la causa que se debate en torno a que implican un fenómeno en que las cuestiones éticas y deontológicas componen un núcleo (de preguntas y dis-

19 LAMM, Eleonora "El status del embrión in vitro y su impacto en las técnicas de reproducción humana asistida. Aclarando conceptos para garantizar derechos humanos" Publicado en: Sup. Esp. Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. Familia: Filiación y Responsabilidad Parental 20/05/2015, 20/05/2015, 43 - LA LEY20/05/2015, Cita Online: AR/DOC/1297/2015

20 https://www.diputados.gov.ar/proyectos/proyecto.jsp?exp=1541-D-2019

6.- Cabe recordar que reiteradamente se ha dicho que el amparo es un proceso excepcional, utilizable en delicadas y extremas situaciones en las que, por carencia de otras vías aptas, peligra la salvaguarda de derechos fundamentales, y exige para su apertura circunstancias muy particulares caracterizadas por la presencia de arbitrariedad o ilegalidad manifiestas que, ante la ineficacia de los procedimientos ordinarios, originan un daño concreto y grave, sólo eventualmente reparable por esta vía urgente y expedita (Fallos: 306:1453; 308:2632; 310:576, 2470; 311:612, 1974 y 2319; 312:262,357; 314:996; 316:3209; 317:164, 1128; 320:1617; 323:1825 y 2097; 325:396, entre muchos otros).
La jurisprudencia también ha aceptado que, en principio, la acción de amparo no altera el juego de las instituciones vigentes (Fallos: 269:187; 270:176; 303:419 y 422), regla que ha sustentado cuando el asunto versa sobre una materia opinable que exige una mayor amplitud de debate o de prueba para la determinación de la eventual invalidez del acto (Fallos: 303:422), o cuando se requieren trámites probatorios, por estar en presencia de cuestiones complejas y que, por lo tanto, exigen un aporte mayor de elementos de juicio que no pueden producirse en el breve trámite previsto en la reglamentación legal (Fallos: 307:178).
Teniendo en cuenta tales conceptos, corresponde analizar la pretensión esgrimida por la parte actora y las defensas opuestas por las demandadas, conforme ha quedado relacionado el punto anterior.

7.- En primer lugar, corresponde analizar las cuestiones formales planteadas, y en tal sentido cabe descartar la falta de legitimación pasiva de la Provincia de Córdoba, invocada como defensa por la codemandada, por cuanto si bien en la Ley Nacional 26.682 la autoridad de aplicación en materia de TRHA es el Ministerio de Salud de la Nación, regulando con amplitud el acceso a la cobertura de los tratamientos en cuestión y esencialmente, lo atinente a cuestiones sustanciales delegadas por las provincias a la nación conforme el art. 75 inc. 12 de la Constitución Nacional. Los gobiernos locales conservan la competencia no delegada relativa esencialmente a la instrumentación de tales normativas federales, las cuales con carácter de orden público deben

cusiones) insoslayable, al constituir un universo en constante movimiento y abierto al progreso científico.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

• CARAMELO, Gustavo; Picasso, Sebastián; Herrera, Marisa "Código Civil y Comercial de la Nación Comentado" /. - 1a ed. - Ciudad Autónoma de Buenos Aires : Infojus, 2015
• CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS CASO ARTAVIA MURILLO Y OTROS ("FECUNDACIÓN IN VITRO") VS. COSTA RICA SENTENCIA DE 28 DE NOVIEMBRE DE 2012 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas) http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_257_esp.pdf
• LAMM, Eleonora "El status del embrión in vitro y su impacto en las técnicas de reproducción humana asistida. Aclarando conceptos para garantizar derechos humanos" Publicado en: Sup. Esp. Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. Familia: Filiación y Responsabilidad Parental 20/05/2015, 20/05/2015, 43 - LA LEY20/05/2015, Cita Online: AR/DOC/1297/2015

aplicarse en todo el territorio nacional (art. 10 Ley 26.862).
En ese sentido se reconoce expresamente en la citada Ley la competencia provincial (art. 10), en cuanto invita a las mismas "… a sancionar, para el ámbito de sus exclusivas competencias, las normas correspondientes". Conceptos también reiterados en el Decreto Reglamentario N° 956/13 (arts. 3 y 4).
En consecuencia, coexisten en la integralidad del ordenamiento jurídico vigente ambas normativas respecto a la temática en cuestión, erigiéndose en poder de policía también la Administración Provincial.
Respecto al segundo tópico que ambas demandadas invocan, esto es la falta de legitimación activa de Portal de Belén Asociación Civil sin fines de lucro, debe tenerse en cuenta que la CSJN en el precedente Portal de Belén (fallos 325:292), adscribe a un criterio amplio en cuanto a representación procesal de la Asociación Civil, habida cuenta de los fines concretos que justifican su creación conforme lo establecido en su respectivo estatuto y por ende, tal argumento no puede prosperar.

8.- Efectuadas estas consideraciones y en orden al análisis de las cuestiones sustanciales planteadas, es innegable que con la sanción del Código Civil y Comercial de Nación y de la Ley N.º 26.862 se trata a las personas concebidas mediante TRHA como un tercer tipo filial, regulándolos a la par de las causas fuentes filiales ya existentes (por naturaleza y la adoptiva). Al respecto el Decreto 956/13 reglamentario de la mencionada norma, establece que se entiende por técnicas de reproducción médicamente asistida a todos los tratamientos o procedimientos para la consecución de un embarazo.
A continuación, define a las técnicas de baja complejidad como aquellas que tienen por objeto la unión entre óvulo y espermatozoide en el interior del sistema reproductor femenino, lograda a través de la inducción de ovulación, estimulación ovárica controlada, desencadenamiento de la ovulación e inseminación intrauterina, intracervical o intravaginal, con semen de la pareja o donante. Se entiende por técnicas de alta complejidad a aquellas donde la unión entre óvulo y espermatozoide tiene lugar por fuera del sistema reproductor femenino, incluyendo a la fecundación in vitro; la inyección intracitoplasmática de espermatozoide; la criopreservación

• Observación General No. 22, Comentarios generales adoptados por el Comité de los Derechos Humanos, Artículo 18 - Libertad de pensamiento, de conciencia y de religión, 48º período de sesiones, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.7 at 179 (1993).
• RODRÍGUEZ ITURBURU, Mariana, "Filiación derivada de las técnicas de reproducción humana en el CCyCN" disponible en http://www.salud.gob.ar/dels/entradas/filiacion-derivada-de-las-tecnicas-de-reproduccion-humana-en-el-ccycn Recibido: 12/08/2016; Publicado: 03/2016
• SALITURI AMEZCUA, María Martina - Vázquez Acatto Mariana "La regulación de la filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida en la Argentina: voluntad procreacional y consentimiento informado" Revista IUS versión impresa ISSN 1870-2147 -Rev. IUS vol.11 no.39 Puebla ene./jun. 2017.
• VITTOLA, Leonardo "El diagnóstico genético preimplantacional desde la perspectiva jurisprudencial", disponible en http://www.salud.gob.ar/dels/entradas/el-diagnostico-genetico-preimplantacional-desde-la-perspectiva-jurisprudencialRecibido: 12/08/2016; Publicado: 03/2017.

de ovocitos y embriones; la donación de ovocitos y embriones y la vitrificación de tejidos reproductivos. La Autoridad de Aplicación resolverá la inclusión de nuevos procedimientos y técnicas en la cobertura que explicita la Ley Nº 26.862, siempre que tales procedimientos y técnicas hayan demostrado eficacia y seguridad con nivel de evidencia A, es decir, a través de ensayos clínicos aleatorizados y controlados, y luego de la evaluación técnica realizada por la Dirección Nacional de Regulación Sanitaria y Calidad de los Servicios de Salud, conforme las previsiones del Programa Nacional de Garantía de Calidad de la Atención Médica. Los mismos serán incorporados por normas complementarias dictadas por el Ministerio de Salud.

El Tribunal Superior en pronunciamientos recientes, ha señalado que las TRHA implican un fenómeno en el que coexisten la medicina reproductiva, la biotecnología y la ingeniería genética; todas ellas, conectadas desde una perspectiva bioética, y en las que las cuestiones éticas y deontológicas componen un núcleo (de preguntas y discusiones) insoslayable. Esto, en la medida en que ellas suponen una *"disociación entre el fenómeno reproductor humano y el ejercicio de la sexualidad que viene a plantear una problemática que ha desbordado las estructuras jurídicas existentes"*, al impactar y ampliar *"las tipologías de familias"*. Desde esa óptica, las TRHA constituyen un universo en constante movimiento y abierto al progreso científico. (cfr. Sentencia Nº1/18, en autos "ONTIVERO, ANA FERNANDA Y OTRO C/

ADMINISTRACIÓN PROVINCIAL DEL SEGURO DE SALUD (APROSS) – AMPARO (LEY 4915), RECURSO DE APELACIÓN (Expte Nº 2541886).

En el estado actual de la cuestión, no existen dudas respecto de la recepción legal de las TRHA en nuestro ordenamiento jurídico vigente.
Clave es enfatizar que la Ley 26.862 no prohíbe la crioconservación de embriones, y del Decreto Reglamentario precisamente en su art. 2, segundo párrafo, la dispone como técnica de alta complejidad. A su vez, el art. 4 reconoce la existencia de bancos de gametos y/o embriones.; y el art. 7 permite revocar el consentimiento para la práctica de procreación asistida hasta la implantación del embrión en la mujer.
Pese a que la ley admite como técnica compleja la criopreservación, no fija límites de tiempo en que los embriones deben estar almacenados, ni el destino final de los mismos en caso de no ser utilizados en el tratamiento a realizarse (vgr. disposición por sus titulares, donación con fines de investigación, cese de su conservación sin otra utilización, entre otros).
Dicho tema, que supone la necesidad de una previa definición legal relacionada con la concepción y el comienzo de la vida humana (art. 19 CCyC), que tantos debates y conflictos generan por sus aspectos bio-éticos, aun no ha sido resuelto por el legislador nacional. En la disposición transitoria segunda, art. 9 Ley 26.994, ley de aprobación del Código Civil y Comercial de la Nación (art. 1°), se dispone que *"la protección del embrión no implantado será objeto de una ley especial"*, la cual al día de la fecha no se ha sancionado.

9.- Íntimamente relacionado con lo anterior, la práctica cuestionada en autos, denominada Diagnóstico Genético Preimplantacional, según el informe emitido por el Hospital Materno Provincial es un procedimiento que –en el marco de la reproducción asistida- permite detectar anomalías genéticas y cromosómicas de los embriones obtenidos a través de la Fertilización In Vitro, y seleccionar los que sean genéticamente normales para ser transferidos al útero materno, optimizando así la posibilidad de embarazo, y del nacimiento de un niño libre de enfermedades genéticas, así como también disminuyendo las chances de aborto en parejas que conciben mediante TRHA por la transferencia de embriones con alteraciones cromosómicas (fs. 49). Tal informe no fue desvirtuado por prueba en contrario por la parte actora.
Los profesionales destacan que el PGS (siglas en inglés) o Screening Genético Preimplantacional detecta en los embriones logrados a través de Fertilización In Vitro, estas alteraciones cromosómicas que no darán lugar a un embarazo evolutivo en la mujer. Indican que *"esta técnica no puede modificar o "arreglar" estas alteraciones cromosómicas en los embriones ni mucho menos manipular su composición genética, sólo hace un diagnóstico antes que se implante en el útero"* (cfr. fs. 52).

Ahora bien, en el articulado de la Ley 26.862 y de su decreto reglamentario no está incluido el DGP como prestación integrante del Programa Médico Obligatorio (PMO) que deba ser cubierto en consecuencia por los efectores del sistema de salud. A la fecha la Autoridad de Aplicación tampoco ha resuelto su inclusión.
Si bien existe un vacío legislativo, la práctica en sí misma no se encuentra estrictamente prohibida. En este punto resulta imperioso referirse al art. 57 del C.C.y C.N, el que prescribe: "*Prácticas prohibidas: está prohibida toda práctica destinada a producir una alteración genética del embrión que se transmita a su descendencia*". Es ilustrativo el informe y recomendación elaborado por el Comité Nacional de Ética en la Ciencia y Tecnología en el ámbito del Ministerio de Ciencia, Tecnología e Innovación Productiva Nacional, propuestas para la redacción de artículos del Proyecto de reforma, actualización y unificación de los Códigos Civil y Comercial, el que expresamente destaca que La prohibición estipulada en el artículo 57 se refiere exclusivamente a las intervenciones que alteran el genoma del cigoto o del embrión temprano y estén destinadas a producir mutaciones que se transmitirán a la descendencia.
El Comité en cuestión, aclara que el artículo 57 no prohíbe los diagnósticos de genes tales como los pre-natales y pre-implantatorios en los que se aplican técnicas que no afectan al cigoto. Tampoco pone límites a la terapia génica de células somáticas ni a otras técnicas terapéuticas que no están orientadas al reemplazo del núcleo del óvulo. Por tales motivos y para evitar dificultades en la interpretación del artículo se sugiere que en la redacción se destaque la única prohibición respecto a producir alteraciones genéticas del embrión que resulten transmisibles a la descendencia (cfr. http://www.cecte.gov.ar/recomendaciones-e-informes/).

10.- De todo lo expuesto hasta aquí surge sin hesitación la problemática compleja y arduamente discutida en nuestro derecho que conlleva la práctica en cuestión y la pretensión concreta de la parte actora -Portal de Belén- en relación con ésta (cese de su utilización en toda la provincia) pues impone –como ya lo adelanté- debatir respecto a la naturaleza jurídica del embrión no implantado y el destino de aquellos que se crioconservan.
En efecto, la trascendencia de la cuestión que encierra el DPG, teniendo en cuenta que es una técnica de diagnóstico y no terapéutica que implique alterar genéticamente el embrión, radica en las consecuencias de su realización, esto es, en la selección de embriones obtenidos mediante Fecundación In Vitro (FIV) y la posterior transferencia al útero materno únicamente de aquellos genéticamente sanos y viables, a fin de lograr un embarazo libre de enfermedades genéticas, ello nos obliga a concluir que se trata de una actividad lícita que en modo alguno justifica prohibir su utilización.
Además aparece la problemática de la conservación y el destino final de aquellos embriones no implantados, que necesariamente exige una previa definición del Congreso de la Nación para poder exigir de las Provincias actuaciones positivas en relación al tema. Considero que los jueces, como ya lo adelanté, excedemos nuestras potestades si pretendemos sustituir con decisiones la competencia asignada por la Constitución a los otros poderes del Estado.

11.- En efecto, la ausencia de norma legal que establezca con precisión las cuestiones sustanciales mencionadas, impide la actuación judicial que se pretende, con mayor razón si tenemos en cuenta los disímiles argumentos brindados por la doctrina y jurisprudencia sobre el tema. Así vemos que se distingue entre aquellos que se inclinan por considerar el embrión no implantado como persona desde el momento de la fecundación del óvulo por el espermatozoide, independientemente de donde se lleve a cabo ese suceso, sea dentro o fuera del seno materno (vgr. "S.G.E. C/ IOMA s/ Amparo, 24/02/2012, Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo de Mar del Plata; "L.E.H. c/ OSEP s/ Amparo, 30/07/2014, Suprema Corte de Justicia de Mendoza Sala 1; "G.Y.S. c/ Osde s/ Amparo, 12/11/2014, voto en disidencia, Cámara Federal de Apelaciones de San Martín; "M. I. N. c/ OSDE s/ Amparo," 16/06/2014, Cámara de Apelaciones de Salta, entre otros); de los argumentos que consideran que el embrión no implantado no es persona desde el punto de vista jurídico, (vgr. Corte Interamericana de Derechos Humanos, "Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica", 28/11/2012; L.E.H. c/ OSEP s/ Amparo, 30/07/2014, Suprema Corte de Justicia de Mendoza Sala 1, voto en disidencia, "G.Y.S. c/ Osde s/ Amparo, 12/11/2014, voto en disidencia, Cámara Federal de Apelaciones de San Martín, voto de la mayoría, entre otros).

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en autos "Costa y Pavan v. Italia, de fecha 28/08/2012, reconoce la permisión de la técnica, en el entendimiento que la prohibición importaba una violación del derecho a la vida privada y familiar, previsto en el art. 8 de la Convención Europea de Derechos Humanos.
Es del caso insistir que más allá de que el DGP pueda o no ser considerado todavía un método experimental, lo cierto es que el destino final de los embriones no implantados afecta tantos aspectos éticos, biológicos, morales, sociales y religiosos, que su legislación impone la necesidad de un previo debate social y parlamentario, que no puede ser suplido por voluntad de los magistrados.
Por lo demás, reitero que el vacío legislativo relacionado a algunos aspectos vinculados al TRHA y al DGP, no habilita al Tribunal para decidir en relación a su aplicación, tal como lo pretende la actora, dado que tratándose de una práctica no prohibidapor el derecho vigente, en las actuales condiciones, requieren de una evaluación cuidadosa con mayor debate y prueba que, debido a la complejidad de la cuestión, excede también el marco excepcional y expedito de la presente acción de amparo.
La propia CSJN omitió pronunciarse respecto de la cuestión debatida en autos, en cuanto a la inclusión o no de la DGP a los fines de la cobertura por los efectos del sistema de salud, por considerar que la misión de los jueces es dar pleno efecto a las normas vigentes sin sustituir al legislador ni juzgar sobre el mero acierto o conveniencia de las disposiciones adoptadas por los otros poderes en ejercicio de sus propias facultades (L.E.H. y otros c/ O.S.E.P. s/ amparo, CSJN 3732/2014, doctrina de Fallos: 315:2443; 318:1012; 329:5621, entre muchos otros).
Es que la misión más delicada de la Justicia es la de saberse mantener dentro del ámbito de su jurisdicción, sin menoscabar las funciones que incumben a los otros poderes ni suplir las decisiones que deben adoptar para solucionar problemas, como en el caso de autos, vinculados a aspectos que hacen a la salud reproductiva y a la fertilidad de las personas.
En otras palabras, no sólo es facultad sino también deber del legislador fijar el contenido concreto de las garantías constitucionales en juego, debatir el tema teniendo presente los aportes del conocimiento científico, respetando los principios fundamentales de la sociedad democrática, en el marco de los instrumentos internacionales de derechos humanos, y establecer el comienzo de la persona, y el tratamiento del embrión no implantado.
Por ello y atento a los considerandos precedentemente desarrollados como fundamento de este pronunciamiento, me hacen llegar a la convicción de que la acción de amparo interpuesta por la actora resulta improcedente, por lo que corresponde no hacer lugar a la misma.

12.- En cuanto a las costas, atento a la naturaleza de la cuestión debatida y de los derechos en juego, corresponde imponerlas por el orden causado. Así voto.

A LA PRIMERA CUESTIÓN PLANTEADA LA SEÑORA VOCAL DRA. MARÍA INÉS ORTIZ DE GALLARDO DIJO:

1.- Me remito a la relación de causa realizada por el Sr. Vocal de primer voto Dr. Humberto R. Sánchez Gavier.
Acuerdo con la solución propuesta, con los siguientes argumentos coadyuvantes y los alcances de la decisión.

2.- La amparista -Portal de Belén Asociación Civil sin Fines de Lucro- interpone la presente acción de amparo con dos pretensiones claramente diferenciables (cfr. fs. 1vta.):

a) Que se ordene de manera inmediata el cese de la práctica conocida como Diagnóstico Genético de Preimplantación y todo procedimiento de manipulación genética de embriones por resultar manifiestamente contrario a nuestra legislación.

b) Que se ordene el cese de toda otra práctica que vulnere el principio de inviolabilidad de la vida y de la persona humana y se designe inmediatamente la tutela judicial en protección de la totalidad de las personas por nacer que se encuentran abandonadas por sus padres y en situación de riesgo inminente de muerte, en todos los centros y/o laboratorios públicos y privados que se dedican a la práctica de Técnicas de Reproducción Humana Asistida (TRHA) en la Provincia de Córdoba y los tengan criopreservados en la actualidad, previo censo.

Con ese objeto demanda a la Clínica de Fecundación Asistida "FECUNDART" y a la Provincia de Córdoba.

3.- En orden a la defensa de falta de legitimación activa y pasiva desarrollada por la Provincia de Córdoba en su informe, me remito a los fundamentos y conclusiones propuestos por el Sr. Vocal de Primer Voto.
En cuanto al análisis acerca de la procedencia de la pretensión actora y de su oposición, tanto por la Provincia de Córdoba cuanto por la Clínica FECUNDART, estimo conducente efectuar las siguientes apreciaciones.

4.- Derecho a la vida desde la concepción

4.1.- La Constitución Nacional, a partir de la reforma de 1994, en el art. 75 inc. 22 dispuso: *"La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; la Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes; la Convención sobre los Derechos del Niño; en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos. Sólo podrán ser denunciados, en su caso, por el Poder Ejecutivo Nacional, previa aprobación de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara.*
Los demás tratados y convenciones sobre derechos humanos, luego de ser aprobados por el Congreso, requerirán del voto de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara para gozar de la jerarquía constitucional".
Por su parte, en el inc. 23 ib. se estableció: *"Legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos, en particular respecto de los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad.*
Dictar un régimen de seguridad social especial e integral en protección del niño en situación de desamparo, desde el embarazo hasta la finalización del período de enseñanza elemental, y de la madre durante el embarazo y el tiempo de lactancia".
De ese modo, la reforma constitucional ha fortalecido e incorporado a nuestro bloque de constitucionalidad una serie de derechos humanos, entre los cuales es posible destacar de manera especial a la:

I.- Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, Aprobada en la IX Conferencia Internacional Americana, en Bogotá, Colombia, 1948:
"Artículo I.-Todo ser humano tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona".
"Artículo VI. – Toda persona tiene derecho a constituir familia, elemento fundamental de la sociedad, y a recibir protección para ella".
"Artículo VII.- Toda mujer en estado de gravidez o en época de lactancia, así como todo niño, tienen derecho a protección, cuidados y ayuda especial".

II.- Declaración Universal de Derechos Humanos, adoptada y proclamada por la Resolución 217 A (III) de la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948: Preámbulo: *"…considerando que los pueblos de las Naciones Unidas han reafirmado en la Carta su fe en los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y el valor de la persona humana y en la igualdad de derechos de hombres y mujeres; y se han declarado resueltos a promover el progreso social y a elevar el nivel de vida dentro de un concepto más amplio de la libertad…".*
"Artículo 3º- Todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona".

"Artículo 12.- Nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques a su honra o a su reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales injerencias o ataques".

III.- Convención Americana sobre Derechos Humanos – Pacto de San José de Costa Rica- Ley N° 23.054:

"Artículo 4. Derecho a la Vida.

1. 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".

"Artículo 11. Protección de la Honra y de la Dignidad:

1.Toda persona tiene derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad.

2. Nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación.

3. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques".

IV.- Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y Civiles y Políticos y su Protocolo facultativo, Ley N° 23.313:

"Artículo 6

1. 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".

"Artículo 12

1. 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".

En orden a este precepto el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ha señalado que *"…la mujer y el hombre están en libertad para decidir si desean reproducirse y en qué momento, y tienen el derecho [a] tener acceso a métodos de planificación familiar seguros, eficaces, asequibles y aceptables de su elección, así como el derecho de acceso a los pertinentes servicios de atención de la salud que, por ejemplo, permitirán a la mujer pasar sin peligros las etapas de embarazo y parto"* (Observación General n° 14, "El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales)", E/C.I2/2000/4, 2000, párr. 12; en el mismo sentido, Programa de Acción de la Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo, El Cairo, AlCONF.l71113/Rev. l, 1994, párr. 7, inc. 2).

"Artículo 17

1. Nadie será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra y reputación.

2. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques".

V.- Convención sobre los Derechos del Niño, Ley Nº 23.849:

V.a.- Preámbulo: *"Teniendo presente que los pueblos de las Naciones Unidas han reafirmado en la Carta su fe en los derechos fundamentales del hombre y en la dignidad y el valor de la persona humana, y que ha decidido promover el progreso social y elevar el nivel de vida dentro de un concepto más amplio de la libertad…".*

"Artículo 3

1. En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño….".

"Artículo 6

1. Los Estados Partes reconocen que todo niño tiene el derecho intrínseco a la vida.

2. Los Estados Partes garantizarán en la máxima medida posible la supervivencia y el desarrollo del niño".

"Artículo 16

1. Ningún niño será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra y a su reputación.
2. El niño tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o ataques".

V.b.- Ley Nº 23.849(B.O. 22/10/1990) aprobatoria de esta convención, en su art. 2 establece: *"Al ratificar la convención, deberán formularse las siguientes reservas y declaraciones: …Con relación al artículo 1º de la CONVENCION SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO, la REPUBLICA ARGENTINA declara que el mismo debe interpretarse en el sentido que se entiende por niño todo ser humano desde el momento de su concepción y hasta los 18 años de edad…"* (énfasis agregado).

La C.S.J.N. ha señalado que *"…el artículo 2º de l? l?? 23.849, ?n cuanto estipula que ?l artículo 1º de l? Convención "debe interpretarse en el sentido que se entiende por niño todo ser humano desde el momento de la concepción", no constituye una reserva que, en los términos del artículo 2º de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, altere el alcance con que la Convención sobre los Derechos del Niño rige en los términos del artículo 75, inciso 22, de la Constitución Nacional. Esto porque, como surge del texto mismo de la ley, mientras que el Estado Argentino efectuó una reserva con relación a la aplicación del artículo 21 de la Convención, respecto del artículo 1º se limitó a plasmar una declaración interpretativa (ver al respecto, Anuario de la Comisión de Derecho Internacional, 1999, Volumen II, A/CN.4/SER.A/1999/Add.1, Parte 2, Directrices aprobadas por la Comisión en su período de sesiones N° 51 -1.2; 1.3-)…"* ("F., A. L. s/ MEDIDA AUTOSATISFACTIVA" de fecha 13/03/2012 Fallos: 335:197).

VI.- Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y su protocolo facultativo, aprobados mediante resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas del 13 de diciembre de 2006:

"Artículo 10 - Derecho a la vida
Los Estados Partes reafirman el derecho inherente a la vida de todos los seres humanos y adoptarán todas las medidas necesarias para garantizar el goce efectivo de ese derecho por las personas con discapacidad en igualdad de condiciones con las demás".

VII.- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos Ley 23.313:
"Artículo 6
1. 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.
5. No se impondrá la pena de muerte …a las mujeres en estado de gravidez".

4.2.- La Ley N° 26.994 (B.O. 08/10/2014) aprobatoria del Código Civil y Comercial, en su art. 9 dispuso como norma transitoria de aplicación del Código Civil y Comercial de la Nación, entre otras, la siguiente:
"Segunda. La protección del embrión no implantado será objeto de una ley especial.
(Corresponde al artículo 19 del Código Civil y Comercial de la Nación)".

El Código Civil y Comercial de la Nación en el *"LIBRO PRIMERO - PARTE GENERAL", "TITULO I Persona humana", "Capítulo 1 Comienzo de la existencia"* prevé:
"Art. 19.- Comienzo de la existencia. La existencia de la persona humana comienza con la concepción.
"Art. 20.- Duración del embarazo. Época de la concepción. Época de la concepción es el lapso entre el máximo y el mínimo fijados para la duración del embarazo. Se presume, excepto prueba en contrario, que el máximo de tiempo del embarazo es de trescientos días y el mínimo de ciento ochenta, excluyendo el día del nacimiento.
"Art. 21.- "Nacimiento con vida. Los derechos y obligaciones del concebido o implantado en la mujer quedan irrevocablemente adquiridos si nace con vida.
Si no nace con vida, se considera que la persona nunca existió. El nacimiento con vida se presume".
El Capítulo 3 de *"Derechos y actos personalísimos"* dispone:

"*Art. 51.- Inviolabilidad de la persona humana. La persona humana es inviolable y en cualquier circunstancia tiene derecho al reconocimiento y respeto de su dignidad*". *"Art. 57.- Prácticas prohibidas. Está prohibida toda práctica destinada a producir una alteración genética del embrión que se transmita a su descendencia*".
El Código Civil y Comercial en el *"TITULO V Filiación", "CAPITULO 1, Disposiciones generales"establece:*
"Art. 558.- 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.
Ninguna persona puede tener más de dos vínculos filiales, cualquiera sea la naturaleza de la filiación.
Art. 559.- Certificado de nacimiento. El Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas sólo debe expedir certificados de nacimiento que sean redactados en forma tal que de ellos no resulte si la persona ha nacido o no durante el matrimonio, por técnicas de reproducción humana asistida, o ha sido adoptada".
En el *"CAPITULO 2"* sobre "Reglas generales relativas a la filiación por técnicas de reproducción humana asistida", se normó:
"Art. 560.- Consentimiento en las técnicas de reproducción humana asistida. El centro de salud interviniente debe recabar el consentimiento previo, informado y libre de las personas que se someten al uso de las técnicas de reproducción humana asistida. Este consentimiento debe renovarse cada vez que se procede a la utilización de gametos o embriones.
Art. 561.- Forma y requisitos del consentimiento. La instrumentación de dicho consentimiento debe contener los requisitos previstos en las disposiciones especiales, para su posterior protocolización ante escribano público o certificación ante la autoridad sanitaria correspondiente a la jurisdicción. El consentimiento es libremente revocable mientras no se haya producido la concepción en la persona o la implantación del embrión".
Art. 574.- Reconocimiento del hijo por nacer. Es posible el reconocimiento del hijo por nacer, quedando sujeto al nacimiento con vida.
Art. 592.- Impugnación preventiva de la filiación presumida por la ley. Aun antes del nacimiento del hijo, el o la cónyuge pueden impugnar preventivamente la filiación de la persona por nacer.
Esta acción puede ser ejercida, además, por la madre y por cualquier tercero que invoque un interés legítimo.
La inscripción del nacimiento posterior no hace presumir la filiación del cónyuge de quien da a luz si la acción es acogida.
Esta disposición no se aplica en los supuestos de técnicas de reproducción humana asistida cuando haya mediado consentimiento previo, informado y libre, con independencia de quienes hayan aportado los gametos".

4.3.- La Ley 26.862 de Acceso integral a los procedimientos y técnicas médico-asistenciales de reproducción médicamente asistida (B.O. 26/06/2013) tiene por objeto garantizar el acceso integral a los procedimientos y técnicas médico-asistenciales de reproducción médicamente asistida.
A los efectos de esta ley, se entiende por reproducción médicamente asistida a los procedimientos y técnicas realizados con asistencia médica para la consecución de un embarazo, quedando comprendidas las técnicas de baja y alta complejidad, que incluyan o no la donación de gametos y/o embriones.
Asimismo, dispone que podrán incluirse nuevos procedimientos y técnicas desarrollados mediante avances técnico-científicos, cuando sean autorizados por la autoridad de aplicación (art. 2).
La autoridad de aplicación de la presente ley es el Ministerio de Salud de la Nación (art. 3). El art. 4 ib. crea en el ámbito del Ministerio de Salud de la Nación, un registro único en el que deben estar inscriptos todos aquellos establecimientos sanitarios habilitados para realizar procedimientos y técnicas de reproducción médicamente asistida. Quedan incluidos los establecimientos médicos donde funcionen bancos receptores de gametos y/o embriones. El art. 7 señala que: *"Beneficiarios. Tiene derecho a acceder a los procedimientos y técnicas de reproducción médicamente asistida, toda persona mayor de edad que, de plena conformidad con lo previsto en la ley 26.529, de derechos del paciente en su relación con los profesionales e instituciones de la salud, haya explicitado su consentimiento informado. El consentimiento es revocable hasta antes de producirse la implantación del embrión en la mujer"*.
También declaró que *"Las disposiciones de la presente ley son de orden público y de aplicación en todo el te-*

rritorio de la República. Se invita a las provincias y a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires a sancionar, para el ámbito de sus exclusivas competencias, las normas correspondientes".

4.4.- El Decreto Nacional N° 956/2013(B.O. 23/07/2013) reglamentario de la ley dispone: *"Art. 3.- Autoridad de Aplicación. La Autoridad de Aplicación de la Ley Nº 26.862 y de la presente Reglamentación es el MINISTERIO DE SALUD y la SUPERINTENDENCIA DE SERVICIOS DE SALUD, en lo que resulte materia de su competencia.*

La Autoridad de Aplicación podrá coordinar con las autoridades sanitarias provinciales y de la CIUDAD AUTONOMA DE BUENOS AIRES el desarrollo y aprobación de las normas de

Expediente Nro. 6333290 - 35 / 65

habilitación categorizante de los servicios de reproducción humana asistida".

"Art. 4.- Registro. El registro único de establecimientos sanitarios habilitados para realizar procedimientos y técnicas de reproducción médicamente asistida y los bancos de gametos y/o embriones funcionará en el ámbito del REGISTRO FEDERAL DE ESTABLECIMIENTOS DE SALUD (ReFES) en la DIRECCION NACIONAL DE REGULACION SANITARIA Y CALIDAD EN SERVICIOS DE SALUD, dependiente de la SUBSECRETARIA DE POLITICAS, REGULACION Y FISCALIZACION de la SECRETARIA DE POLITICAS, REGULACION E INSTITUTOS del MINISTERIO DE SALUD. Las autoridades sanitarias de las provincias y de la CIUDAD AUTONOMA DE BUENOS AIRES serán las responsables de registrar los establecimientos que hayan habilitado a tal fin, conforme a las normas de habilitación categorizante que se hubieran aprobado".

"Art. 5.- Requisitos. La Autoridad de Aplicación deberá establecer los requisitos de habilitación de los establecimientos sanitarios destinados para realizar procedimientos y técnicas de reproducción médicamente asistida, en el marco de la normativa de habilitación categorizante del PROGRAMA NACIONAL DE GARANTIA DE LA CALIDAD DE LA ASISTENCIA MEDICA.

La habilitación sanitaria del servicio y de los establecimientos será otorgada por la autoridad jurisdiccional competente".

Por su parte, el art. 7 ib. al reglamentar los "beneficiarios" prevé: *"El consentimiento informado deberá ser prestado por la persona que requiera la aplicación de técnicas de reproducción médicamente asistida, antes del inicio de cada una de ellas. El consentimiento informado y su revocación deben documentarse en la historia clínica con la firma del titular del derecho expresando su manifestación de voluntad. Se aplican, en lo pertinente, las Leyes Nº 26.529 de Derechos del Paciente en su relación con los Profesionales e Instituciones de la Salud y Nº 25.326 de Protección de los Datos Personales.*

En los casos de técnicas de reproducción médicamente asistida de baja complejidad el consentimiento es revocable en cualquier momento del tratamiento, o hasta antes del inicio de la inseminación. En los casos de técnicas de reproducción médicamente asistida de alta complejidad, el consentimiento es revocable hasta antes de la implantación del embrión".

4.5.- La Ley 26.529(B.O. 20/11/2009) de los Derechos del Paciente en su Relación con los Profesionales e Instituciones de la Salud, a partir del art. 5 establece la necesidad de contar con consentimientos informados en todo procedimiento médico, incluido las TRHA.

Esta ley, vale aclarar, es anterior al Código Civil y Comercial, en los artículos transcriptos presentemente, referidos al as TRHA.

4.6.- La Constitución de Córdoba de 1987 en el *"TÍTULO PRIMERO" "Declaraciones, Derechos, Deberes y Garantías", "SECCIÓN PRIMERA", "Declaraciones de Fe Política",* consagra que:

"Art. 4º: La vida desde su concepción, la dignidad y la integridad física y moral de la persona son inviolables. Su respeto y protección es deber de la comunidad y, en especial, de los poderes públicos".

La "SECCIÓN SEGUNDA - Derechos", Capítulo Primero Derechos Personales" consagra como "DERECHOS ENUMERADOS":

"Artículo 19.- Todas las personas en la Provincia gozan de los siguientes derechos conforme a las leyes que reglamentan su ejercicio:

1. A la vida desde la concepción, a la salud, a la integridad psicofísica y moral y a la seguridad personal".

El Diario de Sesiones de la Convención Constituyente de 1987, a través del Convencional Martínez, en sus debates expresó:

"El artículo 19 propuesto enumera una serie de derechos que reafirman la dignidad y valor de la persona humana.

Su inciso 1° reconoce el derecho a la vida. Para algunos quizás resulte extraño que la Constitución Nacional no contenga un principio similar, aunque es evidente que este derecho está comprendido y supuesto en todos los demás. Bidart Campos, parafraseando a Ortega y Gasset, señala que la vida humana, la de cada uno, "es la suprema y radical realidad", lo que nos hace comprender que "todos los demás derechos y libertades son gozados en la medida en que se radican en la vida humana, en el derecho de vivir, en la libertad jurídica de vivir". El derecho a la vida es la facultad inherente a todo ser humano de conservar su existencia y, por extensión, su integridad física. Es este un atributo primario y esencialísimo a la persona, al que están subordinados, por motivos obvios los demás derechos.

Este derecho ha sido reconocido universalmente por los grandes sistemas religiosos, morales y jurídicos de la humanidad, aunque las formas y límites de su observancia hayan podido variar, según el grado de cultura y de civilización de cada pueblo. Cronológicamente, ha sido, sin duda, el primero de los derechos humanos expresamente consagrado y protegido. Es evidente que sin el amparo de la existencia de sus miembros, la sociedad misma no podría subsistir. En todo tiempo y lugar, el atentado contra la vida ha sido considerado como un gravísimo delito, que ofende al Creador, viola el orden moral y subvierte los fundamentos mismos de la convivencia social. "La vida es sagrada". El mandamiento del Decálogo resuena eternamente en la conciencia del hombre: "No matarás".

Merece destacarse la protección de la vida "desde la concepción", como una toma de posición valiente y decidida frente a las tendencias legislativas que propician o permiten "la interrupción voluntaria de la gestación". El respeto al hombre no admite limitaciones artificiales e hipócritas ya que debe ser protegido cuando más indefenso está. La clara definición contra el aborto es, en definitiva, una opción por el hombre y la vida…" (conf. Diario de Sesiones de la Convención Provincial Constituyente Año 1987, 29 de diciembre de 1986 a 30 de abril de 1987, Córdoba, pág. 1392, énfasis agregado). Dicho artículo fue votado y aprobado (pág. 1395 Diario de Sesiones cit.).

El art. 22 sobre *"OPERATIVIDAD" refiere que: "Los derechos y garantías establecidos en esta Constitución son de aplicación operativa, salvo cuando sea imprescindible reglamentación legal".*

El art. 59 sobre "SALUD" declara: "La salud es un bien natural y social que genera en los habitantes de la Provincia el derecho al más completo bienestar psicofísico, espiritual, ambiental y social.

El Gobierno de la Provincia garantiza este derecho mediante acciones y prestaciones promoviendo la participación del individuo y de la comunidad. Establece, regula y fiscaliza el sistema de salud, integra todos los recursos y concerta la política sanitaria con el Gobierno Federal, Gobiernos Provinciales, Municipios e instituciones sociales públicas y privadas.

La Provincia, en función de lo establecido en la Constitución Nacional, conserva y reafirma para sí, la potestad del poder de policía en materia de legislación y administración sobre salud.

El sistema de salud se basa en la universalidad de la cobertura, con acciones integrales de promoción, protección, recuperación y rehabilitación de la salud, e incluye el control de los riesgos biológicos sociales y ambientales de todas las personas, desde su concepción. Promueve la participación de los sectores interesados en la solución de la problemática sanitaria. Asegura el acceso en todo el territorio Provincial, al uso adecuado, igualitario y oportuno de las tecnologías de salud y recursos terapéuticos" (énfasis agregado).

El Diario de Sesiones de la Convención Provincial Constituyente Año 1987, registra como antecedentes de este precepto que:

*"Existen en el ámbito de la Provincia en vigencia leyes y decretos de orden nacional que se superponen y dejan sin vigencia la norma legal sugerida de legislación provincial (leyes 4853 y 6222). A los efectos de salvaguardar el principio federal y prevenir nuevas anomalías recomendamos el texto precitado" (*conf. pág. 296 Diario de Sesiones cit.).

4.7.- En la Argentina, merced a nuestra organización de estado federal, la salud no se cuenta entre

las competencias delegadas por las provincias a la Nación.
La Ley 23.054 Convención Americana sobre Derechos Humanos (art. 4); el art. 2 de la Ley 23.849 Convención sobre los Derechos del Niño; la Ley 26.944 Código Civil y Comercial (art. 19); declaran textualmente que la existencia de la persona humana comienza con la concepción.
En la mayoría de las constituciones provinciales se garantiza de modo expreso el derecho a la vida desde la concepción: Buenos Aires (art. 12.1.); Catamarca (art. 65, III, inc. 1º); Chaco (art. 15.1.); Chubut (art. 18.1.); Entre Ríos (art. 16); Formosa (art. 5º); Río Negro (art. 16 en correlación con el 59); Salta (art. 10); San Juan (art. 4º.1.), San Luis (arts. 13 y 49); Santiago del Estero (art. 16.1.); Tierra del Fuego, Antártida Argentina e Islas del Atlántico Sur (art. 14.1.); Tucumán (Preámbulo y arts. 40.1. y 146).
La Constitución de Córdoba es categórica al reconocer el derecho a la vida desde la concepción, y los debates que precedieron a la aprobación de ese precepto constitucional en el seno de la Convención Constituyente de 1987 nos ilustran de la causa-fin con la cual fue sancionado.
Como señaló la Procuración General de la Nación en su dictamen *"…no caben dudas que todo niño -siempre otorgando al vocablo la acepción amplia contenida en la convención que tutela sus derechos- es merecedor de las garantías y protecciones que se desprenden de la naturaleza humana y de su condición de tal, desde su concepción, en la medida que el derecho del niño a la vida no se adscribe a una entelequia ("...desde la concepción...") sino que responde -y debe responder, para no ser totalmente desconocido- a una realidad concreta y dinámica…"* .(T. 421. XXXVI. "T., S. c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/ amparo" del 08/01/2001 y "P. 709. XXXVI. Portal de Belén - Asociación Civil sin Fines de Lucro c/ Ministerio de Salud y Acción Social de la Nación s/ amparo" del 24/04/2001).

5.- La doctrina constitucional de la Corte Suprema de Justicia de la Nación sobre el derecho a la vida desde la concepción

La Corte Suprema de Justicia de la Nación se ha expedido en diversos fallos sobre la condición jurídica del niño por nacer. Así, por ejemplo, en:

I.- "T., S. c. Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/ amparo" de fecha 11/01/2001, Fallos 324:5. En este pronunciamiento referido a la autorización para que se proceda a inducir el parto a quien se hallaba en avanzado estado de gravidez de un feto anencefálico - enfermedad que excluye su viabilidad extrauterina-, la C.S.J.N., por mayoría, concluyó:
"Esta es una decisión con pleno respeto a la vida desde el momento de la concepción, con gestación de plazo suficiente -que comienza el curso del octavo mes o trigésima segunda semana-, cuyo resultado no depende de la acción humana, sino de la trágica condición de este niño por nacer: su carencia de cerebro producirá, ante un parto normal, su casi inmediata incapacidad de subsistir, debido a la ausencia de los medios fisiológicos mínimos para la actuación de sus funciones vitales" (énfasis agregado).

II.- "Portal de Belén Asociación Civil c. Ministerio de Salud y Acción Social de la Nación s/ amparo", de fecha 05/03/2002, Fallos 325:292, se refería a una acción de amparo contra el Ministerio de Salud y Acción Social de la Nación, consiste en determinar si el fármaco "Imediat", denominado "anticoncepción de emergencia", poseía efectos abortivos, al impedir el anidamiento del embrión en su lugar propio de implantación, el endometrio. Ello hacía necesario precisar si la concepción se produce con la fecundación o si, por el contrario, se requiere la implantación o anidación del óvulo fecundado en el útero materno.
La C.S.J.N. afirmó por mayoría que *"…el comienzo de la vida humana tiene lugar con la unión de los dos gametos, es decir con la fecundación; en ese momento, existe un ser humano en estado embrionario"* (énfasis agregado).
El efecto de inhibir la implantación *"…ante el carácter plausible de la opinión científica según la cual la vida comienza con la fecundación constituye una amenaza efectiva e inminente al bien jurídico primordial de la vida que no es susceptible de reparación ulterior"* (considerando 10º).
III.- "Sánchez, Elvira B. c. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación", de fecha 22/05/2007, Fallos 330:2304, la C.S.J.N. sostuvo que *"el derecho a la vida es el primer derecho natural de la persona humana,*

preexistente a toda legislación positiva, y que resulta garantizado por la Constitución Nacional (doctrina de Fallos: 323:1339, entre muchos), derecho presente desde el momento de la concepción,reafirmado con la incorporación de tratados internacionales con jerarquía constitucional" (del Dictamen de la Procuración General de la Nación que hicieron propio los Dres. Highton de Nolasco y Zaffaroni, énfasis agregado).

IV.- "F., A. L. s/ Medida Autosatisfactiva"de fecha 13/03/2012 Fallos: 335:197 referido al caso del aborto no punible, donde el embarazo fue la consecuencia de una violación.

En uno de los votos en minoría se expresó que: *"Si en el recurso extraordinario se invoca, unilateralmente, la afectación del derecho a la vida de las personas por nacer, pero se omite toda consideración con respecto al otro extremo del conflicto, la situación de la niña de 15 años embarazada a consecuencia de una violación, al sesgar de tal modo su argumentación, se ignora la valoración integral que hizo el tribunal provincial para sostener la constitucionalidad de su interpretación del art. 86, inc. 2° del Código Penal, asumiendo sus implicancias en cuanto a la afectación de la persona por nacer y contrapesando ello con los derechos de la niña, enunciando los sufrimientos que para ella conllevaría una ponderación de los intereses en pugna contraria a la que fuera previamente definida por el legislador"* (Voto del Dr. Enrique Santiago Petracchi).

Este fallo, es anterior al art. 19 del Código Civil y Comercial que estableció que la existencia de la persona humana comienza con la concepción. V.- "L.E.H. Y OTROS c/ O.S.E.P. s/ Amparo" de fecha 01/09/2015 Fallos: 338:779 en el cual resolvió que: "Corresponde confirmar la sentencia que rechazó el pedido de cobertura integral de la prestación de fertilización in vitro con diagnóstico genético preimplantacional (DGP) si dicha prestación no aparece incluida dentro de las técnicas y procedimientos médico-asistenciales de reproducción médicamente asistida enumerados por la ley 26.862 ni en su decreto reglamentario 956/2013" (doctrina seguida por la C.S.J.N. en "F., M. A. c/ Esencial s/amparo contra actos de particulares", fallo del 27/09/2016 y FBB 6678/20l4/l/RH1 "Serra, Adrián Javier y otro c/ Mutual Federada 25 de Junio S.P.R. s/ amparo ley 16.986", fallo del 07/02/2017).

6.- La Corte Interamericana de Derechos Humanos y el embrión no implantado

6. 1.- La Corte Interamericana de Derechos Humanos en su fallo Caso "ARTAVIA MURILLO Y OTROS ("FECUNDACIÓN IN VITRO") VS. COSTA RICA", Sentencia del 28 de noviembre de 2012 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)", abordó el tratamiento de una cuestión planteada en Costa Rica que era el único país de la región que prohibía y, por tanto, no autorizaba prácticas de la FIV.

La Corte I.D.H. en el fallo citado concluyó en orden a la interpretación del artículo 4.1 que

"264. La Corte ha utilizado los diversos métodos de interpretación, los cuales han llevado a resultados coincidentes en el sentido de que el embrión no puede ser entendido como persona para efectos del artículo 4.1 de la Convención Americana. Asimismo, luego de un análisis de las bases científicas disponibles, la Corte concluyó que la "concepción" en el sentido del artículo 4.1 tiene lugar desde el momento en que el embrión se implanta en el útero, razón por la cual antes de este evento no habría lugar a la aplicación del artículo 4 de la Convención. Además, es posible concluir de las palabras "en general" 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" (énfasis agregado).

La Corte I.D.H. ha relacionado el concepto jurídico de "persona" con el concepto científico de viabilidad del embrión. El Tribunal expresó que: *"…186. No obstante lo anterior, la Corte considera que es procedente definir, de acuerdo con la Convención Americana, cómo debe interpretarse el término "concepción". Al respecto, la Corte resalta que la prueba científica concuerda en diferenciar dos momentos complementarios y esenciales en el desarrollo embrionario: la fecundación y la implantación. El Tribunal observa que sólo al cumplirse el segundo momento se cierra el ciclo que permite entender que existe la concepción. Teniendo en cuenta la prueba científica presentada por las partes en el presente caso, el Tribunal constata que, si bien al ser fecundado el óvulo se da paso a una célula diferente y con la información genética suficiente para el posible desarrollo de un "ser humano", lo cierto es que si dicho embrión no se implanta en el cuerpo de la mujer sus posibilidades de desarrollo son nulas. Si un embrión nunca lograra implantarse en el útero, no podría desarrollarse pues no*

recibiría los nutrientes necesarios, ni estaría en un ambiente adecuado para su desarrollo…".
En el Voto disidente del Juez Eduardo Vio Grossien "Artavia Murillo" se dijo en primer lugar que: "…*los comentarios incluidos en este voto disidente se han hecho considerando, no lo que el intérprete desea, sino lo que el Derecho expresa. Igualmente, se ha tenido en cuenta que a la Corte le corresponde interpretar y aplicar la Convención y no asumir la función que le compete a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ni la función normativa, la que le corresponde a los Estados, únicos habilitados para eventualmente modificar la Convención Y, final y especialmente, se ha tenido presente que de lo que se trata es precisar lo que la voluntad de los Estados expresaron en la Convención y acuerdos y práctica posteriores, de suerte de poder exigirles aquello a lo que efectivamente se comprometieron*".

6.2.- En este aspecto es necesario destacar que, además, el art. 19 del Código Civil y Comercial es posterior al fallo "Artavia Murillo" por lo que el concepto jurídico de "concepción" ingresa al margen de deferencia o apreciación del Estado Argentino, cuya definición debe ser objeto de un consenso legislativo por el órgano instituido por la Constitución Nacional a ese fin (art. 75 inc. 22, C.N.).

7.- El Diagnóstico Genético Preimplantacional

7.1.- La amparista pretende en primer lugar que se ordene el cese de la práctica consistente en el Diagnóstico Genético Preimplantacional y todo procedimiento de manipulación genética de embriones por resultar manifiestamente contrario a nuestra legislación.
El Diagnóstico Genético Preimplantacional (en adelante DGP) es un procedimiento desarrollado con el objeto de evitar las enfermedades que se transmiten genéticamente, lo que permite implantar embriones sanos al seno materno.
Es una forma de diagnóstico temprano desarrollado a partir de la aparición de las técnicas de reproducción asistida, como la Fecundación in Vitro (FIV) y la Inyección Intracitoplasmática de espermatozoides (ICSI). Este diagnóstico permite de forma precoz detectar mediante estudios genéticos, enfermedades monogénicas, anomalías cromosomales así como determinar el sexo de los embriones antes de transferirlos al útero y por tanto antes de que se produzca la implantación.
El objetivo generalmente será seleccionar aquellos embriones sanos evitando la transmisión de enfermedades genéticas y hereditarias, así como los síndromes de predisposición al cáncer, entre otras enfermedades.
El DGP es una opción cada vez más accesible y menos invasiva, indicado cuando por lo menos uno de los padres tiene antecedentes de riesgo genético, haber procreado previamente un hijo con enfermedades graves o cuando la edad de la madre supera los 35 años. Idóneamente la finalidad que persigue el DGP es la terapéutica, esto es, tratar la afección detectada.
El DGP proporciona una opción de reproducción para aquellas parejas que buscan tener descendencia propia, pero quieren prevenir el riesgo de transmitir una enfermedad o anomalía genética heredable (vid Cámara Federal de La Plata, Sala I, sentencia del 13/09/2018 "C.N. c/ SWISS MEDICAL S.A s/ LEYES ESPECIALES (diabetes, cáncer, fertilidad)".
Si el diagnóstico prenatal respeta la vida e integridad del embrión y del feto humano y si se orienta hacia su custodia o hacia su curación, el diagnóstico es lícito. Es que son lícitas las intervenciones sobre el embrión humano siempre que respeten la vida y la integridad del embrión, que no lo expongan a riesgos desproporcionados, que tengan como fin su curación, la mejora de sus condiciones de salud o su supervivencia individual. Una acción estrictamente terapéutica que se proponga como objetivo la curación de diversas enfermedades, como las originadas por defectos cromosómicos, será en principio considerada deseable, supuesto que tienda a promover verdaderamente el bienestar personal del individuo, sin causar daño a su integridad y sin deteriorar sus condiciones de vida (conf. Discurso a los participantes en la 35ª Asamblea General de la Asociación Médica Mundial, 29 de octubre de 1983: AAS 76 (1984), 392 de Juan Pablo II).

7.2.- Ley N° 26.689(B.O. 03/08/2011) sobre el Cuidado Integral de la Salud de las Personas con Enfermedades Poco Frecuentes (en adelante EPF), establece como uno de sus objetivos la promoción del acceso al cuidado de la salud de las personas con EPF, incluyendo las acciones destinadas a la detección precoz, diagnóstico, tratamiento y recuperación, en el marco del efectivo acceso al derecho a la salud para todas las personas.

Mediante la Resolución N° 1227/2008 del Ministerio de Salud de la Nación (B.O. 29/10/2008), modificada por la Resolución N° 1129/2009 (B.O. 14/01/2010), se creó el Programa para la Implementación de la Red Nacional de Genética, en el ámbito de la Dirección de Medicina Comunitaria, dependiente de la Ex Subsecretaría de Salud Comunitaria, ulterior Subsecretaría de Medicina Comunitaria, Maternidad e Infancia, dependiente de la Secretaría de Salud Comunitaria de ese Ministerio.

En el marco del Programa Red Nacional de Genética Médica se conformó el Registro Nacional de Anomalías Congénitas (RENAC) cuyos objetivos son producir conocimiento epidemiológico sobre las Anomalías Congénitas estructurales y visibles al nacimiento, y orientar en el abordaje de las Anomalías Congénitas para su atención oportuna.

La Resolución N° 2329/2014 del Ministerio de Salud de la Nación (B.O. 02/01/2015), dictada en el marco de las disposiciones de la ley de enfermedades poco frecuentes, expresa que la resolución de la Asamblea Mundial de la Salud -de mayo de 2010- explícitamente refiere que para poder dar cumplimiento a la meta correspondiente al cuarto Objetivo del Desarrollo del Milenio (reducir las dos terceras partes -entre 1990 y 2015-, la mortalidad de los niños menores de 5 años) los países miembros, deben necesariamente abordar y tratar en forma integral la prevención, diagnóstico, tratamiento y seguimiento de las Anomalías Congénitas debido a que estas representan uno de los "Núcleos Duros" de la mortalidad infantil.

Asimismo, en el marco del Programa Red Nacional de Genética Médica, dependiente del Ministerio de Salud, se conformó el Registro Nacional de Anomalías Congénitas (RENAC), cuyos objetivos son producir conocimiento epidemiológico sobre las anomalías congénitas estructurales y visibles del nacimiento, y orientar en el abordaje de las anomalías congénitas para su atención oportuna. En el mismo sentido, el Programa procura mejorar la accesibilidad al diagnóstico, asesoramiento y tratamiento de las personas que presentan este tipo de padecimiento, en el marco de la equidad, entendiendo salud integral como un derecho inherente a las personas.

Concretamente, es dable precisar que en el artículo 2 de la referida resolución, se sostiene que a los fines de cumplir con los objetivos del Programa se desarrollan diferentes acciones, tal como, *"k) Promover el desarrollo de estrategias de diagnóstico prenatal de anomalías congénitas en el subsector público de la salud"* (énfasis agregado).

La Ley 26.862, en tanto autoriza las prácticas de baja y alta complejidad, que incluyan o no la donación de gametos y/o embriones y crea un registro único en el que deben estar inscriptos todos aquellos establecimientos sanitarios habilitados para realizar procedimientos y técnicas de reproducción médicamente asistida, incluyendo a los establecimientos médicos donde funcionen bancos receptores de gametos y/o embriones, ha autorizado los procedimientos de la TRHA que en algunos casos hace necesario el DGP.

Lo que la ley ha dispuesto, es no incluir la cobertura del 100% de dicha práctica en el Plan Médico Obligatorio (en adelante PMO).

El Decreto N° 956/2013, reglamentario de la ley, al definir y explicitar el alcance que cabe atribuir a las definiciones legales, fundamentalmente en relación con el concepto de "técnicas de alta complejidad", solo menciona la fecundación in vitro; la inyección intracitoplasmática de espermatozoide; la criopreservación de ovocitos y embriones; la donación de ovocitos y embriones y la vitrificación de tejidos reproductivos; ninguna referencia realiza con relación al DGP lo que significa que el hecho que las obras sociales no estén obligadas a cubrirlo, se trata de una práctica no prohibida si se realiza con los alcances del art. 57 del C.C.C.

Tampoco lo ha incluido en la cobertura la Resolución Nº 1 - E/2017 del Ministerio de Salud (B.O. 04/01/2017), desde que no contempla ese procedimiento como parte integrante de los tratamientos de reproducción médicamente asistida.

7.3.- En esta causa, la pretensión de la amparista que persigue el cese de toda práctica de DGP y de todo procedimiento de manipulación genética de embriones, por resultar manifiestamente contrario a nuestra legislación, por las normas relacionadas y las razones indicadas, no es de recibo.

Ello es así toda vez que ha sido la propia legislación de fondo la que lo ha instituido (Ley Nº 26.689 y art. 2 inc. k) de la Resolución Nº 2329/2014).

En orden a este punto la amparista no ha efectuado un planteo concreto de inconstitucionalidad de la Ley 26.689 y/o de la Ley 26.862 que pudiera sustentar el acogimiento de la pretensión que intenta.

En otras palabras, que el DGP no esté incluido en la cobertura del PMO que reconoce la Ley 26.862, eso no significa que el DGP esté expresa o implícitamente prohibido como práctica médica, cuando está expresamente relacionado en la normativa analizada.

Vale insistir, que el DGP no esté incluido en la cobertura médico asistencial que reconoce la ley y su reglamentación tal como así lo ha resuelto la C.S.J.N. cuando sostuvo que el DGP no parece incluido dentro de las técnicas y procedimientos enumerados por la Ley N° 26.862 como integrantes de la cobertura que los prestadores de servicios de salud deben proporcionar con carácter obligatorio (C.S.J.N. "L. E. H. y otros c/ O.S.E.P. s/ Amparo" Fallos: 338:779; y también de la C.S.J.N. FRO 5664/2014/CSl "F., M. A. c/ Esencial s/amparo contra actos de particulares", fallo del 27/09/2016 y FBB 6678/20l4/l/RH1 "Serra, Adrián Javier y otro c/ Mutual Federada 25 de Junio S.P.R. s/ amparo ley 16.986", fallo del 07/02/2017), ello no significa que constituya una práctica prohibida cuando la Ley 26.689 y la Resolución Nº 2329/2014 la reconocen como parte de una estrategia para aminorar la mortalidad infantil, en las condiciones del art. 57 del C.C.C..

Si la Corte Suprema de Justicia de la Nación hubiese entendido que esa práctica era contraria al orden público, no habría cabido la discusión acerca de si estaba incluida o no en el PMO y así la habría descalificado por estrictas razones de un previsible orden lógico de los argumentos.

A esta conclusión se arriba además en virtud de la interpretación literal del art. 57 del Código Civil y Comercial de la Nación que prohíbe toda práctica destinada a producir una alteración genética del embrión que se transmita a su descendencia.

Dicha norma debe ser interpretada complementariamente con lo prescripto por la Ley 26.689 y con las técnicas de DGP que en función del citado art. 57 del C.C.C. no permiten alteraciones genéticas de los embriones.

7.4.- En mérito a las razones desarrolladas y a la normativa que le sirven de fundamento jurídico, la pretensión del amparista en cuanto al primer aspecto analizado –cese inmediato del DGP- no procede, atento que dicha práctica no está prohibida, salvo cuando pueda producir una alteración genética del embrión que se transmita a su descendencia (art. 57, C.C.C.).

8.- La protección jurídica del embrión no implantado

8.1.- En la medida que la legislación argentina no especifique el concepto jurídico de concepción" que se incorpora en el art. 19 del C.C.C., el consenso general defiende que el preembrión y el embrión no implantado, deben ser respetados como un ser humano desde el mismo momento de la fecundación. El embrión es vida humana (entre los autores que defienden la llamada "teoría de la fecundación", vid FEMENIA LÓPEZ, P., *Status jurídico del embrión humano, con especial atención al concebido in vitro*, Mc Graw Hill, Madrid, 1999, p. 7 nota 1).

Desde esta perspectiva se considera que una vez producida la fecundación, el embrión es vida humana, por lo cual hay que regular su estatuto jurídico pues la posibilidad de su "descarte" o "destrucción" atentan gravemente contra la ética y la moral.

8.2.- Cabe señalar que las teorías basadas en la fecundación desaprueban que sea éticamente lícito manipular o experimentar con preembriones o embriones humanos para fines no terapéuticos que preserven su integridad (vid, Academia Pontificia para la Vida en "Reflexiones sobre la clonación"¨disponible en: http://www.aciprensa.com/Docum/clonacion2.htm y Donum Vitae, de la Congregación de la Doctrina para la Fe de la Iglesia católica, que en el Capítulo I relativo a *"El respeto de los embriones humanos" establece que: "El ser humano debe ser respetado y tratado como persona desde el instante de su concepción y, por eso, a partir de ese mismo momento se le deben reconocer los derechos de la persona, principalmente el derecho inviolable de todo ser humano incocente a la vida*" disponible en: http://www.vatican.va/roman_curia/congregations/cfaith/documents/rc_con_cfaith_doc_19870222_respect-for-human-life_sp.html).

La doctrina explica que "*…La consideración del preembrión como una entidad que tiene una dignidad en sí misma (y que por tanto no puede instrumentalizarse con fines de experimentación) también ha sido defendida desde fuera de la Iglesia Católica por autores con planteamientos más o menos ajenos a cuestiones religiosas. El argumento fundamental es que no estamos ante una "cosa", sino ante un ser de la especie humana en estado potencial que contiene todo el ADN necesario para desarrollar un nuevo código genético. En consecuencia, el*

preembrión tiene una dignidad intrínseca que debe ser respetada y se asume (de manera abierta o implícita) que el fin esencial de un preembrión es su implantación y posterior nacimiento, y que por tanto darle un destino distinto al de la reproducción supone violar la dignidad que le es propia…" (vid entre muchos otros: GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, Ignacio, "El resurgir del Golem: la clonación de preembriones humanos con fines terapéuticos y el concepto de persona. Aspectos éticos, constitucionales y jurídico-privados, en Revista de Derecho Privado y Constitución, N° 15, Enero-Diciembre 2001, Madrid, pág. 143 y sgtes.; GRACIA, D., "El estatuto del embrión", en GAFO, J (Ed), Procreación humana asistida, Comillas, 1998, pág. 1; PALAZZANI, L., "Significados del concepto filosófico de persona y sus implicaciones en el debate bioético y biojurídico actual sobre el estatuto del embrión humano", en *La identidad y estatuto del embrión humano*, VV.AA, Ediciones Internacionales Universitarias, 2000, p. 77; COZZOLI, M "El embrión humano: Aspectos éticos normativos», en La identidad.. cit., pág. 247; SERRA, A. y COLOMBO, R., "Identidad y Estatuto del embrión humano: La contribución de la biología", en La identidad y estatuto del embrión humano, op. cit, pág. 142, LUCAS, R., "El estatuto antropológico del embrión humano", op. cit. pág. 166; entre muchos otros).

9.- Vacío legal y estatus moral del embrión no implantado

9.1.- Aún para los que sostienen que el embrión humano no puede ser considerado una persona humana completa (KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída - HERRERA, Marisa y LAMM, Eleonora, "El embrión no implantado - Proyecto de Código unificado. Coincidencia de la solución con la de los países de tradición común", Revista La Ley, 10/07/2012, p. 1 y ss., La Ley 2012-D, 925; HERRER, Marisa, "Texto y contexto de la noción de persona humana en el Código Civil y Comercial desde una perspectiva sistémica", RCCyC 2018 (julio), 13/07/2018, 3; KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída - HERRERA, Marisa - LAMM, Eleonora, "Hacia la ley especial de reproducción asistida. Cuando la razón prima", LA LEY 27/11/2014, 1 Y LA LEY 2014-F, 1075), sin embargo, reconocen expresamente que tampoco es mero tejido humano sin estatus moral.

El Comité Nacional de Ética en la Ciencia y la Tecnología, del ex Ministerio de Ciencia, Tecnología e Innovación Productiva, en el documento titulado "Ética de la investigación científica y tecnológica y Derecho: El comienzo de la persona humana y el tratamiento del embrión no implantado", sugirió, en relación con el tratamiento de embriones no implantados *"…regular el destino de los embriones no implantados remanentes de la realización de técnicas de reproducción humana asistida, previendo su posible utilización para la investigación científica debidamente autorizada y prohibiendo su comercialización en todos los casos"* (disponible en www.cecte.gov.ar/pdf/68/, pág. 13).

Este mismo Comité ha puesto de relieve *"…la necesidad de establecer diálogos efectivos y permanentes entre el sector científico, los órganos que integran los poderes públicos del Estado, los medios de comunicación social y otros actores de la sociedad civil. Además, ha puesto de manifiesto que los conocimientos científicos y tecnológicos proponen complejos desafíos a la elaboración y aplicación de la ley, pero al mismo tiempo abren posibilidades para la creación, ampliación y perfeccionamiento de derechos…*" (disponible en www.cecte.gov.ar/pdf/000082-es.pdf página 2).

Por lo demás, la Comisión Asesora en Técnicas de Reproducción Humana Asistida de la Sociedad Argentina de Medicina Reproductiva, al establecer directrices sobre los alcances de los consentimientos informados refiere que: *"Los modelos de consentimiento informado elaborados en el marco de CATRHA parten de la base de considerar que el embrión in vitro o no implantado no son personas humanas de conformidad con una gran cantidad de argumentos jurídicos que se pasan a explicitar de manera sintética a los fines de tener un conocimiento básico de carácter jurídico al respecto…"* (disponible en http://samer.org.ar).

Por su parte, en el Modelo de Consentimiento Informado para la Criopreservación de Embriones de la Red Latinoamericana de Reproducción Asistida (REDLARA – disponible en http://www.redlara.com), se publica lo siguiente:

"Alternativas a este tratamiento

- *Criopreservar células en estado de pronúcleo en caso de problemas ético-morales.*
- *Inseminación de un número bajo de óvulos (descartando o donando el resto de óvulos) para tratar de evitar los embriones excedentes.*
- *Donación de embriones a otra pareja (cuando esto es posible).*

• *Donación de embriones para investigación (cuando esto es posible).*
• *Descartar los embriones excedentes".*

De todo ello, se infiere claramente, que aún los que sostienen posturas no basadas en la doctrina de la fecundación, sino en la implantación, también ponen de relieve las dificultades interpretativas que se derivan de la falta de una ley del congreso que regule el tratamiento jurídico de los preembriones y/o de los embriones humanos, con todas sus implicancias médico legales.

9.2.- En ese contexto, deviene inadmisible que sean los jueces o tribunales -y más en el limitado marco cognoscitivo que ofrece la acción de amparo- quienes determinen el contenido sustancial y/o los alcances de esa reglamentación.

Ello es así pues *"…la misión de los jueces es dar pleno efecto a las normas vigentes sin sustituir al legislador ni juzgar sobre el mero acierto o conveniencia de las disposiciones adoptadas por los otros poderes en ejercicio de sus propias facultades"* (C.S.J.N. Fallos: 315:2443; 318:1012; 329:5621, entre muchos otros).

10.- El margen de apreciación del Estado Argentino

10.1.- El tema traído a debate por la amparista, pone de relieve la necesidad impostergable de un consenso legislativo sobre el estatus jurídico del preembrión y del embrión no implantado. Téngase presente que ante la estructura federal de gobierno esa materia integra el derecho de fondo (art. 75 inc. 12, C.N.), lo que al propio tiempo de sostener la atribución del Congreso de la Nación al respecto, desde el plano internacional se reconoce un margen de deferencia o de apreciación nacional del Estado Argentino para establecer legislativamente la tutela jurídica del embrión, en el marco de las obligaciones asumidas en el orden interno e internacional. Ello es así con más razón cuando diversas Constituciones Provinciales -entre las cuales se incluye a la Constitución de Córdoba- han tomado una posición jurídica amplia a favor de defensa de la vida desde la concepción, lo que significa que el margen de apreciación concedido a la protección jurídica de la persona se traduce necesariamente en un margen de apreciación según el cual el Estado especifica los alcances de esa protección jurídica con un criterio unificador a través de la legislación nacional.

10.2.- Téngase presente que nuestro Sistema Americano de Derechos Humanos, no cuenta como el Sistema Europeo, de un Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y la Dignidad del Ser Humano con respecto a la Aplicación de la Biología y Medicina, conocido como el "Convenio de Oviedo", el cual fue adoptado en el marco del Consejo de Europa, y que expresamente establece:

"Artículo 18. Experimentación con embriones in vitro:
1. Cuando la experimentación con embriones in vitro esté admitida por la ley, ésta deberá garantizar una protección adecuada del embrión.
2. Se prohíbe la constitución de embriones humanos con fines de experimentación".

Sin embargo, el citado art. 57 del Código Civil y Comercial ha establecido límites jurídicos claros, con directas consecuencias científicas sobre la manipulación de los embriones.

10.3.- Por tanto, si la legislación de fondo (Ley 26.689 y normas reglamentarias y complementarias) promueve el desarrollo de estrategias de diagnóstico prenatal congénitas, la necesidad de especificar el estatus jurídico del embrión no implantado es impostergable.

11.- La solución del caso

11.1.- La parte actora, en el segundo aspecto de la pretensión deducida en esta acción de amparo, pretende que se ordene el cese de toda otra práctica que vulnere el principio de inviolabilidad de la vida y de la persona humana y se designe inmediatamente la tutela judicial en protección de la totalidad de las personas por nacer que se encuentran abandonadas por su padres y en situación de riesgo inminente de muerte, en todos los centros y/o laboratorios públicos y privados que se dedican a la práctica de Técnicas de Reproducción Humana Asistida (TRHA) en la Provincia de Córdoba y los tengan criopreservados en la actualidad, previo censo.

La pretensión así incoada no puede ser acogida, sin contar con la previa sanción de una ley que regule, entre otros aspectos, las acciones que propicia la amparista en el objeto de su pretensión.

11.2.- En este sentido, la ausencia de legislación que regule los aspectos jurídicos que se derivan de las Técnicas de Reproducción Humana Asistida (TRHA) son puestos de relieve incluso por quienes sostienen

que los gametos son considerados como un material biológico separado del cuerpo humano, desde que los interrogantes que surgen desde el Derecho se orientan hacia la cuestión relacionada con su apropiabilidad y su disponibilidad, lo que comprende la donación de embriones y el cese de su criopreservación, con directas implicancias éticas, morales, y más allá de las propias instrucciones de cada religión.

Además, desde que los gametos constituyen un soporte de información genética, también se abre un cúmulo de aspectos jurídicos a regular como son la protección de datos personales, los que deben adecuarse a la normativa vigente que los tutela hasta tanto se regulen sus especificaciones para la TRHA.

En suma, si la sociedad argentina quiere debatir sobre "categorías de vida humana" como lo ha hecho la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso "ARTAVIA MURILLO Y OTROS ("FECUNDACIÓN IN VITRO") VS. COSTA RICA", Sentencia del 28 de noviembre de 2012 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)", existe un espacio institucional creado y reservado por la Constitución Nacional, cual es el Congreso de la Nación y los Poderes Legislativos Provinciales, en el ámbito de sus respectivas competencias y con los límites de sus exclusivas jurisdicciones.

Hasta tanto ello no acontezca, la hermenéutica judicial está condicionada por la norma jurídica vigente contenida en el art. 19 del C.C. y C., en el bloque de constitucionalidad (art. 31 y 75 inc. 22 de la C.N.) y, por sobre todo, en la búsqueda de soluciones justas para los casos concretos que se presenten, con un sentido *pro homine*.

11.3.- El tema es tan complejo y de tanta o máxima sensibilidad que destacada doctrina de nuestra provincia ha puesto de relieve que *"…Más importante que especificar qué dice cada una de estas teorías [la teoría de la fecundación, la de la anidación, la de la aparición de la cresta neuronal, la teoría gradualista], nos parece relevante poner de resalto que, el debate acerca de cuándo comienza la vida humana, en lugar de acercar a los participantes a una zona común, en donde se puedan encontrar verdades para todos, polariza las posiciones cada vez más"* (LLOVERAS, Nora y SAPENA, Josefina, "El Diagnóstico Genético Preimplantacional", *Publicación Cuatrimestral del Máster de Bioética y Derecho, Revista de Bioética y Derecho*, Número 18, enero 2012, pág. 10).

Como se afirma en ese ensayo *"Es necesario seguir reflexionando, a fin de no poner obstáculos al progreso científico, pero sin perder de vista nuestros objetivos finales como humanidad: preservar la vida, la dignidad, la igualdad, de los seres humanos, entre otros principios fundamentales"*.

Nuestra sociedad ha sido recientemente testigo de los intensos debates, algunos fuertemente radicalizados, con motivo del tratamiento del proyecto de ley sobre la interrupción voluntaria del embarazo.

Todo lo cual pone en evidencia la necesidad de reconocer el espacio de reserva de cada Poder del Estado en la toma de decisiones que hacen a sus atribuciones.

12.- Exhortación

A la luz de las consideraciones que anteceden, estimo que la acción de amparo debe proceder solamente con el alcance de exhortar a las autoridades del Ministerio de Salud de la Provincia de Córdoba y, por su intermedio, a los legisladores provinciales y nacionales que invisten la representación democrática del pueblo de la Provincia de Córdoba, a promover el debate democrático y participativo para alcanzar la necesaria reglamentación del estatuto jurídico de los preembriones y embriones humanos y de las implicancias jurídicas del desarrollo científico de la TRHA.

La proyección del principio de primacía del ser humano en el ejercicio de la ponderación que implica una toma de decisión de naturaleza judicial, sugiere asimismo exhortar a quienes practican las TRHA, a preservar los gametos, hasta tanto existan reglas jurídicas claras que brinden certeza y seguridad jurídica para quienes se someten voluntariamente y con su libre consentimiento a esas intervenciones terapéuticas.

Esta decisión armoniza claramente con uno de los elementos distintivos más esenciales de este proceso constitucional desde el momento mismo de su creación pretoriana, cual es el carácter preventivo de la acción de amparo, el que se hace operativo en el caso bajo análisis cuando es de público y notorio que desde las Sociedades Médico Científicas Especializadas (Red Latinoamericana de Reproducción Asistida y la Sociedad Argentina de Medicina Reproductiva) se divulgan modelos de Consentimiento Informado con la alternativa del "descarte de embriones" lo que traduce la existencia de un genuino y paradigmático "caso judicial por omisión

legislativa", lo que evidencia la existencia actual e impostergable de exhortar consensos legislativos en temas directamente vinculados a la "vida humana" y su "dignidad".

13.- Costas: Se imponen por el orden causado atento la naturaleza de las cuestiones planteadas y lo novedoso del asunto (arts. 14 y 17 de la Ley 4915 y art. 130 del C.P.C.C. aplicable por remisión del art. 13 de la Ley 7182).

A LA PRIMERA CUESTIÓN PLANTEADA EL SEÑOR VOCAL DR. LEONARDO FABIÁN MASSIMINO DIJO:

I.- Doy por reproducida la relación de causa efectuada por el Sr. Vocal de primer voto, a la cual remito por razones de brevedad.

II.- En el sub lite, los representantes de Portal de Belén Asociación sin fines de lucro promueven acción de amparo en los términos del art. 43 de la Constitución Nacional y los arts. 48 y 53 de la Constitución Provincial, en contra de la Clínica de Fecundación Asistida "Fecundart" y del Estado Provincial de Córdoba, con el objeto que se ordene de manera inmediata el cese de la práctica conocida como "Diagnóstico Genético de Preimplantación" (DGP) y todo otro procedimiento de manipulación genética de embriones por resultar manifiestamente contrario a la legislación.

También requieren el cese de toda otra práctica que vulnere el principio de inviolabilidad de la vida y persona humanas; y designe inmediatamente la tutela judicial en protección de la totalidad de las personas por nacer que se encuentran abandonadas por sus padres y en situación de riesgo inminente de muerte en todos los centros y/o laboratorios públicos y privados que se dedican a la práctica de Técnicas de Reproducción Humana Asistida (TRHA) de la Provincia de Córdoba, y tengan criopreservados a los mismos en la actualidad, previo censo de los mismos (fs. 1/15vta.).

III. En relación a la cuestión así planteada, los Sres. Vocales preopinantes coinciden en que la primera pretensión de la actora (el cese de la práctica de Diagnóstico Genético Preimplantatorio –DGP-), es improcedente por las razones que exponen. En cuanto a la segunda pretensión esgrimida por la actora (el cese de toda práctica que vulnere el principio de inviolabilidad de la persona humana), también coinciden en que en nuestro sistema existe un vacío legal relacionado a algunos aspectos vinculados al TRHA y al DGP, que debe ser cubierto por otros poderes del Estado.

Sin embargo, divergen respecto de los alcances de la decisión a adoptar en el sub lite: mientras el Sr. Vocal de primer voto propone no hacer lugar a la acción de amparo deducida por la actora, la Sra. Vocal de segundo voto propicia hacer lugar a la acción con el único alcance de exhortar a las autoridades para que promuevan el debate sobre el tema y "*…al alcanzar la necesaria reglamentación del estatuto jurídico de los preembriones y embriones humanos…*"y a FECUNDART a no descartar los embriones criopreservados "*…hasta tanto existan reglas claras que brinden certeza y seguridad jurídica…*".

La diferencia de opiniones radica en el desenlace propuesto y estriba, en prieta síntesis, en que el Sr. Vocal del primer voto no hace lugar a la acción pues considera que "*… tratándose de una práctica no prohibida por el derecho vigente, en las actuales condiciones requieren de una evaluación cuidadosa, de mayor debate y prueba, que debido a la complejidad de la cuestión, excede el marco excepcional y expedito de la presente acción de amparo… En otras palabras, no sólo es facultad sino también deber del legislador fijar el contenido concreto de las garantías constitucionales en juego…*". *En cambio, la Sra. Vocal de segundo voto - que también considera que "… si la sociedad argentina quiere debatir sobre "categorías de vida humana"…., existe un espacio institucional creado y reservado por la Constitución Nacional, cual es el Congreso de la Nación y los Poderes Legislativos Provinciales …-, postula que "… Hasta tanto ello no acontezca, la hermenéutica judicial está condicionada por la norma jurídica vigente contenida por el art. 19 del C.C. y C. en el bloque de constitucionalidad (art. 31 y 75 inc. 22 de la C.N.) y, por sobre todo, en la búsqueda de soluciones justas para los casos concretos que se presenten, con un sentido pro homine*".

IV. En tal estado, estimo relevante expresar, en primer lugar, mi coincidencia con los argumentos y conclusión a la que arriban mis colegas en orden a la falta de legitimación activa y pasiva desarrollada por la

Provincia en su informe; como así también en cuanto al análisis que efectúan a cerca de la procedencia de la pretensión actora y su oposición, tanto por la Provincia como por cuanto de Fecundart.
Ello así, reitero, por estar de acuerdo con los argumentos que expuestos en cada caso y a los que remito por razones de brevedad.
Específicamente, considero que el reconocimiento de la legitimación de la actora el sub lite resulta inobjetable dada la magnitud de los derechos fundamentales controvertidos y teniendo en cuenta que, además de su corte procesal (*ad causam*), el concepto tiene detrás de sí un *"subsuelo constitucional del cual aquél debe nutrirse por estar vinculado estrechamente con el derecho de peticionar ante las autoridades y a la efectiva vigencia de la garantía del debido proceso legal"* (vid. Verbic, Francisco; Procesos colectivos, Astrea, Bs. As., 2007, p. 79.). En otras palabras, *"…sin desatender las particularidades de cada causa como se verá infra, cuando hay conflictos que versan sobre bienes, intereses o derechos de la máxima entidad y trascendencia -y, por ello mismo, de pertenencia difusa-, la legitimación debe ser analizada cuidadosamente para no sesgar el acceso a la jurisdicción mediante interpretaciones excesivamente formalistas y restrictivas. En ese entendimiento, insisto, los reparos formulados en torno a la legitimación de la actora no resultan procedentes…".* (cfr. Sentencia N° 24/18 recaída in re "Portal de Belén, Asociación Civil c/ Superior Gobierno de la Provincia de Córdoba- Amparo- Recurso de Casación e Inconstitucionalidad", segundo voto).
Por su parte, en cuanto a la primer pretensión de la amparista – el cese inmediato del DGP-, no procede pues dicha práctica no se encuentra prohibida, salvo cuando pueda producir una alteración genética del embrión que se transmita a su descendencia (art. 57. C.C.C.), tal como analiza en detalle la Sra. Vocal preopinante en el punto 7. de su voto.
La segunda pretensión de la actora; esto es, la protección jurídica del embrión no implantado, según quedó establecido, no puede ser acogida, sin contar con la previa sanción de una ley que regule los distintos aspectos involucrados en la cuestión.
En ese contexto y en referencia concreta a la diferencia suscitada, coincido con el desenlace propuesto para el sub lite por el Sr. Vocal de primer voto toda vez que, a mi modo de ver, el no acogimiento de la acción impetrada resulta de una derivación lógica de los argumentos expuestos y los antecedentes obrantes de la causa.

V. En efecto, en la tarea de examinar la temática de que se trata, es dable recordar que, tal como puntualizó esta Cámara in re *"Alvarez, Ana Carolina c/ Apross. Amparo 4915",* ratificado el TSJ mediante Auto n° 239 del 29/11/16, – entre otros-, es bien conocida la doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en casos vinculados a la salud reproductiva (C.S.J.N. in re "L.E.H. y otros /O.S.E.P. s /amparo" del 01/09/2015), en cuanto a que, de conformidad a nuestro ordenamiento jurídico tales derechos de raigambre constitucional, así como los principios y garantías consagrados en la Carta Magna, no son absolutos sino que deben ser ejercidos con arreglo a las leyes que reglamentan su ejercicio, en la forma y extensión que el Congreso, en uso de sus facultades propias, lo estime conveniente a fin de asegurar el bienestar general (arts. 14 y 28 de la Constitución Nacional), con la única condición de no ser alterados en su substancia (Fallos: 249:252; 257:275; 262:205; 283:98; 300:700; 322:215; 325:11 entre muchos otros).
También dijo la Corte Suprema en ese caso *"…10) Que, en razón de lo expuesto, deviene inadmisible que sean los jueces o tribunales -y más aún dentro del limitado marco cognoscitivo que ofrece la acción de amparo- quienes determinen la incorporación al catálogo de procedimientos y técnicas de reproducción humana autorizados, una práctica médica cuya ejecución ha sido resistida en esta causa. Ello es así pues, como lo ha sostenido repetidamente esta Corte, la misión de los jueces es dar pleno efecto a las normas vigentes sin sustituir al legislador ni juzgar sobre el mero acierto o conveniencia de las disposiciones adoptadas por los otros poderes en ejercicio de sus propias facultades (doctrina de Fallos: 315:2443; 318:1012; 329:5621, entre muchos otros)".*
Consecuentemente, es deber del legislador fijar el contenido concreto de las garantías constitucionales en juego, sin que corresponda a los jueces sustituirlos en esa tarea. Por cierto, ello debe hacerse, teniendo en consideración los aportes del conocimiento científico, respetando los principios fundamentales de la sociedad democrática, en el marco de los instrumentos internacionales de derechos humanos, y establecer el comienzo de la persona, y el tratamiento del embrión no implantado.

VI. Por otra parte y con referencia a la exhortación que se propicia y su fundamento, advierto que la accionante inicia la presente acción con cita de los dichos de la demandada en el diario "La Nueva Mañana", 02/05/17 (fs. 28) que dice: *"Se criopreserva el embrión en espera del resultado de la biopsia embrionaria, se descartan los embriones que van a ser abortados, se prepara el útero de la mujer para hacer después la transferencia de los embriones viables". "Hoy tenemos más de 200 embriones de padres que no volvieron nunca a buscarlos, a la espera de que se legisle en esta materia".*

El matutino aludido por la actora agrega que un problema común a todas las instituciones de fertilización es la disposición de los embriones que se van acumulando, que sobran de otros tratamientos, y no pueden ser tocados sin la autorización del padre y de la madre. De allí que, explicó Pérez Alzaa, según la cita, que *"los cientos de embriones que son viables y son abandonados por sus padres, no pueden ser utilizados, donados, ni descartados".*

También se dijo en el diario "La Nación", 08/08/17 (fs. 90/94) que: *"Con los embriones no implantados no podemos hacer nada hasta que la legislación autorice a donarlos o descartarlos".*

En el artículo publicado en Infobae (02/05/17), el médico explicó que cuando un embrión muestra una anomalía y la madre se niega a su implantación, el mismo no puede ser descartado ya que el Código Civil sostiene que *"la existencia de la persona humana comienza con la concepción". Por eso, cientos de embriones que son creados a partir de fecundaciones in vitro no pueden ser descartados ni donados" "Los tenemos guardados hasta que aparezca una legislación para utilizarlos en otra investigación o descartarlo. En Fecundart tenemos más de 200…".*

Como vemos, los dichos de Fecundart y que la propia actora emplea como sustento de la demanda evidencian que la técnica empleada comprende la preservación de los embriones razón por la cual la exhortación cursada devendría inane e ineficaz en consideración de los argumentos que la sustentan.

VII. Como corolario de lo anterior, cabe recordar que en la presente causa en la que se pretende genéricamente, por vía de amparo, *"…se ordene de manera inmediata el cese de la práctica conocida como "Diagnóstico Genético de Preimplantación" (DGP) (…) También requieren el cese de toda otra práctica que vulnere el principio de inviolabilidad de la vida y persona humanas…",* la comprobación de la existencia de un "caso" es imprescindible (art. 116 de la Constitución Nacional; art. 2 de la ley 27; y Fallos: 310: 2342, considerando 7°; 311:2580, considerando 3°; y 326: 3007, considerandos 7° y 8°, entre muchos otros), ya que no se admite una acción que persiga el control de la mera legalidad de una disposición.

Al respecto, la Corte Suprema de Justicia ha precisado que el "caso" tiene una configuración típica diferente según la categoría de derecho de que se trate, - sea de derechos individuales, de incidencia colectiva que tienen por objeto bienes colectivos, y de incidencia colectiva referentes a intereses individuales homogéneos-,*"…. siendo esto esencial para decidir sobre la procedencia formal de pretensiones. También es relevante determinar si la controversia en cada uno de esos supuestos se refiere a una afectación actual o se trata de la amenaza de una lesión futura causalmente previsible…".* (vid. Fallos 332:111 y concs.).

Dicho recaudo dista de ser satisfecho en el sub examine si se considera que, una vez analizados los aspectos convencionales y legales referenciados en los votos precedentes, no hay mención alguna respecto de afectación actual o amenaza de una lesión futura causalmente previsible. Desde esta perspectiva, el presente pronunciamiento no importa soslayar la intervención del tribunal de verificarse una afectación en los términos requeridos por el

Jurisprudencia citada.

Así voto.

A LA SEGUNDA CUESTIÓN PLANTEADA EL SEÑOR VOCAL DR. HUMBERTO SANCHEZ GAVIER DIJO:

Corresponde:

I.- No hacer lugar a la acción de amparo deducida en autos por Portal de Belén AsociaciónCivil.

II.- Imponer las costas por el orden causado y diferir la regulación de honorarios de los letrados intervinientes

para cuando se determine el monto del juicio.

Así voto.
A LA SEGUNDA CUESTIÓN PLANTEADA LA DRA. MARÍA INÉS DEL CARMEN ORTIZ DE GALLARDO DIJO:

Corresponde:
I.- Hacer lugar a la acción de amparo presentada por "Portal de Belén" Asociación Civil sin Fines de Lucro, con los siguientes alcances:
1) Exhortar a las autoridades del Ministerio de Salud de la Provincia de Córdoba y, por su intermedio, a los legisladores provinciales y nacionales que invisten la representación democrática del pueblo de la Provincia de Córdoba, a promover el debate democrático y participativo para alcanzar la necesaria reglamentación del estatuto jurídico de los preembriones y embriones humanos y de las implicancias jurídicas del desarrollo científico de las TRHA.
2) Exhortar a la Clínica de Fecundación Asistida FECUNTART a no descartar los embriones criopreservados, hasta tanto existan reglas jurídicas claras que brinden certeza y seguridad jurídica para quienes se someten voluntariamente y con su libre consentimiento a esas intervenciones terapéuticas.
II.- Imponer las costas por el orden causado.-

Así voto.-
A LA SEGUNDA CUESTIÓN PLANTEADA EL SEÑOR VOCAL DR. LEONARDO FABIÁN MASSIMINO DIJO:

Por las razones expuestas, adhiero al desenlace que propone el Sr. Vocal de primer voto; razón por la cual me pronuncio en igual sentido. Por ello, normas legales citadas y por mayoría

SE RESUELVE:

I.- No hacer lugar a la acción de amparo deducida en autos por Portal de Belén Asociación Civil.
II.- Imponer las costas por el orden causado y diferir la regulación de honorarios de los letrados intervinientes para cuando se determine el monto del juicio.

Protocolícese y hágase saber.-

DIRECTRICES para AUTORES

Aspectos generales:

Los textos deberán ser originales e inéditos y deberán ser enviados a la **Secretaría de la Revista Derecho y Salud** (en formato .doc o .docx), al correo electrónico **idi-das@ubp.edu.ar.** En el correo electrónico, los originales deberán ir acompañados de un **teléfono** y **dirección postal** de contacto del autor. Se aceptarán artículos unipersonales o grupales, con un límite de tres autores.

Una vez recibido el trabajo, el Consejo Editorial lo revisará durante los quince días hábiles posteriores y, si lo considera de interés y cumple con los requisitos formales de presentación, será enviado a r**evisión de pares** para su evaluación, informando de ello al autor. En ningún caso la recepción del material supone la aceptación para su publicación. Resuelta la evaluación (la que no podrá superar los cuarenta y cinco días desde la comunicación de envío a revisión), se comunicará la decisión sobre la aceptación o no del trabajo para su publicación. La revisión será llevada a cabo por docentes e investigadores de las más destacadas Universidades de Latinoamérica y Europa, como así también por expertos provenientes de organismos e instituciones públicas y privadas del ámbito nacional e internacional. Cuando sea necesario, conforme a la evaluación, la Secretaría podrá contactar con el autor para acordar mejoras en la redacción, en los aspectos formales o en el contenido del texto enviado, para su publicación.

Al enviar un artículo los autores **adquieren el compromiso de garantizar la originalidad** de su trabajo y de la **inexistencia de plagios en su texto**, incluido el **auto-plagio** o **publicación duplicada**. Los autores asumen, además, la obligación de **no enviar su artículo a otra Revista** hasta tanto no haya recibido una resolución favorable o negativa de la evaluación.

Aspectos particulares:

Extensión y diseño

- La extensión mínima de los artículos será de 15 páginas y la máxima de 30 (incluyendo resumen, palabras clave, notas al pie de página y referencias bibliográficas);
- Hoja tamaño A4;
- Interlineado del texto a 1,5, salvo en las notas a pie de página, que será sencillo;
- Márgenes superior e inferior a 2,5 cm e izquierdo y derecho a 3 cm;
- El espaciado anterior será de 12 puntos y el espaciado posterior será de 0 puntos;
- El texto debe estar justificado.

Idioma

El idioma de las presentaciones será en castellano, inglés, italiano o portugués. Los artículos en otros idiomas serán publicados según su temática, previo acuerdo del Consejo Editorial de la Revista. En su caso, de ser un idioma poco frecuente en el mundo académico, estos artículos podrán ser traducidos por juristas que dominen la lengua, a propuesta del Consejo Editorial, el nombre de la persona que realice la traducción deberá figurar necesariamente en el artículo.

Estilo y tamaño de letra

- Para el cuerpo: letra Calibrí, tamaño 11;
- Para las notas al pie de página: letra Calibrí, tamaño 10.

Precisiones sobre el texto

- En ningún caso se usará negrita en el interior del texto. La negrita estará reservada sólo a la división del texto, como se indica a continuación.
- No se permite el subrayado de palabras para ser destacadas. En todo caso, de querer destacar algún concepto, debe hacerse o bien entrecomillado, o bien en cursiva.

División del Texto

- Título:

Constará de un enunciado en que se dará cuenta del tema objeto de estudio. Irá centrado, en Calibrí, en mayúscula sostenida y en negrita, tamaño 13. Debajo del mismo debe indicarse el título traducido al inglés.

- Autor:

Deberá constar debajo del título, en cursiva y centrado, en Calibrí, tamaño 11. La primera nota al pie de página hará referencia a sus datos personales: condición profesional, títulos académicos, referencias a Proyectos de Investigación en el que se desarrolla el artículo y correo electrónico. Los autores deberán informar, en este apartado, su **número de ORCID**. De no tenerlo, debe gestionarlo gratuitamente a través de www.orcid.com.

- Resumen y Palabras Clave:

Se debe incluir, en castellano y en inglés, un resumen / abstract con un máximo de 10 líneas o 150 palabras y deberán aportarse, además, cinco palabras clave / keywords. Tanto el resumen como las palabras clave deberán ubicarse antes de comenzar el texto, justificadas, con interlineado a 1,5 y letra Calibrí, tamaño 11.

La forma de organizarlo será la siguiente: primero, el resumen y el abstract y, luego, las palabras clave / keywords.

- Enumeraciones:

Títulos: en número Romano, seguido de un punto. Epígrafes: en números ordinarios, seguido de un punto. Subepígrafes: en letras, seguido de un punto.
Ejemplo:

I. Título
1. Epígrafe
A. Subepígrafe

En ningún caso se usará mayúscula sostenida ni versalita.

Citas y Referencias Bibliográficas
Las citas deberán ir entrecomilladas y en cursiva. Cuando superen las 30 palabras, deberán ir en párrafo aparte, con un centímetro menos en cara margen y se hará referencia, en la primera oportunidad, con el mismo estilo que la Bibliografía, indicando siempre el número de página. Si se indicase nuevamente la fuente, se indicará el autor, el año de publicación y, seguido, *Op. Cit.* (en cursiva), con el número de página.
Ejemplo:
CARRANZA, Martín Adrián (2006): *Op. Cit.,* p. 135.

Al finalizar el texto, se indicarán las fuentes ordenadas alfabéticamente, bajo el título de Referencias Bibliográficas, siguiendo las indicaciones:

- **Libros:**
  Apellido(s) del autor en mayúsculas y nombre(s) de pila completo seguido del año de publicación entre paréntesis: *Título de la obra en cursiva*, editorial, lugar de publicación.

  Ejemplo:
  BARONE, Pamela María (2015): *Derecho sanitario argentino*, Abeledo Perrot, Buenos Aires.

  Si se citan dos o más obras de un determinado autor publicadas en el mismo año, se distinguirán por medio de una letra. Esta cuestión aplica a diversos tipos publicaciones de un mismo autor.

  Ejemplo:
  BARONE, Pamela María (2015a): *Cuestiones actuales del derecho sanitario argentino*, Marcial Pons, Madrid.
  BARONE, Pamela María (2015b): *Salud pública en España,* CEPC, Madrid.

- **Capítulos de Libros:**
  Apellido(s) del autor en mayúsculas y nombre(s) de pila completo seguido del año de publicación entre paréntesis, título del capítulo entrecomillado, apellidos en mayúscula e inicial del nombre de pila de los editores o coordinadores y la mención abreviada de esta categoría (ed./dirs./coord.,), título del libro en cursiva, editorial, lugar de publicación, páginas del capítulo (acompañadas de la sigla pp.).

  Ejemplo:
  SÁNCHEZ, Andrea Cecilia (2015): "La legitimación activa del defensor del pueblo en Córdoba" en BERNAL, Germán Esteban (dir.): *El futuro del defensor del pueblo a nivel provincial en Argentina*, Advocatus, Córdoba, pp. 256-289.

- **Artículos de Revistas científicas:**
  Apellido(s) del autor en mayúsculas y nombre(s) de pila completo seguido del año de publicación entre paréntesis, título del artículo entrecomillado, nombre de la revista en cursiva, número del ejemplar, editorial, lugar de publicación, páginas del artículo (acompañadas de la sigla pp.). Sólo en el caso de que el artículo posea DOI (*Digital Object Identifier*), se debe acompañar el link al final.

Ejemplo:
SANTAMARÍA, Juan Andrés (2016): "El federalismo plurinacional como forma de reestructuración de la divergencia territorial", en *Revista Española de Derecho Constitucional*, Nro. 78, CEPC, Madrid, pp. 259-286, doi: https://doi.org/10.3145/epi.2010.nov.01.

- **Documentos de fuentes electrónicas:**
  Apellido(s) del autor en mayúsculas y nombre(s) de pila completo seguido del año de publicación entre paréntesis, título del artículo entrecomillado, nombre de la fuente en cursiva o base de datos, cita online.
  Ejemplo:
  ZAMBRANO, Elizabeth (2018): "Análisis del desarrollo del derecho a la salud en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos", en *La Ley Online*, Cita Online: AR/DOC/1234.

- **Documentos de fuentes electrónicas:**
  Nombre de la fuente, seguido del año entre paréntesis, seguido del nombre del artículo en cursiva. Se debe indicar "Tomado de:" junto al link y, luego de la coma, indicar la fecha de consulta en formato "DD.MM.AAAA".

  Ejemplo:
  Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2016): *Informe sobre el desarrollo democrático en Venezuela*. Tomado de: www.cidh.com/informe-de-venezuela.html, fecha de consulta: 22.02.2019.

Aceptación y cesión de derechos

Los autores transfieren de manera exclusiva y a título gratuito los derechos materiales de autor a la Universidad Blas Pascal para su publicación y divulgación, en los términos de la ley 11.723 y sus modificatorias. El solo hecho de remitir un artículo al editor responsable, a través de cualquier medio para ser revisado a los fines de su publicación, implicará la cesión a que se refiere el párrafo anterior. Los artículos publicados en la revista podrán ser reproducidos libremente con fines académicos citando la fuente y el autor.

UBP
UNIVERSIDAD
BLAS PASCAL

0 810 1 2233 827 (UBP) | www.ubp.edu.ar