



Vacunación: hacia un equilibrio entre libertad de conciencia e interés público

ANÁLISIS JURÍDICO COMPARADO DURANTE LA CRISIS DEL COVID-19

Sandra M. Wierzba, Juli Mansnerus y Toni Malminen ()*

SUMARIO: I. Planteo.— II. Enfoques jurídicos actuales en materia de vacunación.— III. Reticencia a la vacunación y derechos de los pacientes.— IV. Marco regulatorio y experiencia jurisprudencial latinoamericana.— V. Perspectivas europeas: la jurisprudencia del TEDH sobre la vacunación obligatoria.— VI. Reflexiones jurídicas en torno a la vacunación durante la pandemia de COVID-19.— VII. Palabras finales.

➔ Los debates sobre la vacunación obligatoria impactan en el corazón del Derecho Constitucional, la Teoría del Derecho, la Filosofía Política y el Derecho a la Salud. Giran en torno a un interrogante esencial, que puede expresarse del siguiente modo: ¿Cómo lograr un equilibrio entre la libertad de conciencia -incluidas las excepciones de orden religioso a las leyes generalmente aplicables- y el interés público -incluida la salud pública-?

I. Planteo

Se considera a la vacunación como una de las vías más eficaces para prevenir enfermedades, al tratarse de un método capaz de generar inmunidad contra ellas(1). De hecho, resulta habitual leer que, luego de la potabilización del agua, la vacunación es el hito sanitario que más vidas ha salvado en el mundo a lo largo de la historia de la humanidad(2).

La Organización Mundial de la Salud (OMS) ha expresado reiteradamente que la inmunización reduce en gran medida las enfermedades, la discapacidad, la muerte y la desigualdad a nivel mundial(3). Su efectividad puede advertirse en la erradicación de la viruela y la restricción de múltiples enfermedades, como la poliomielitis, el sarampión, la rubéola y el tétanos, estimándose que actualmente las vacunas evitan de dos a tres millones de muertes cada año(4).

A su vez, se destaca la idea de “inmunidad colectiva” o “de rebaño”, de acuerdo con la cual se requiere que una proporción suficiente de la población, generalmente una gran parte de ella, se vacune, para proteger a quienes no pueden hacerlo, por ejemplo, por problemas o condiciones de salud previas(5)(6). En otros términos, la eficacia en la prevención de enfermedades depende de la tasa de cobertura de las vacunas(7). Y si bien los procedimientos médicos realizados en una persona suelen referirse únicamente a esa persona en particular, la inmunidad de rebaño y la salud pública son los elementos esenciales que

hacen que la vacunación no afecte solo el interés individual, sino, asimismo, el de terceros y de la población en general. Es así que, aunque comprometa una decisión individual, la vacunación afectará el derecho a la salud de los demás.

Por ese tipo de razones, algunos Estados disponen de sistemas de vacunación obligatoria.

Los debates sobre la vacunación obligatoria impactan en el corazón del derecho constitucional, la teoría del derecho, la filosofía política y el derecho a la salud. Giran en torno a un interrogante esencial, que puede expresarse del siguiente modo: ¿Cómo lograr un equilibrio entre la libertad de conciencia —incluidas las excepciones de orden religioso a las leyes generalmente aplicables— y el interés público —incluida la salud pública—?

Tal pregunta se resignifica en un mundo donde los llamados “movimientos antivacunas” vienen cobrando fuerza en los últimos años y donde la inmunización masiva podría poner fin a la mayor crisis sanitaria global desde la gripe española.

Asimismo, la vacunación supone un procedimiento médico y, por lo tanto, involucra también los derechos del paciente(8), que hoy en día están fuertemente asociados a los derechos humanos(9) y, en algunas legislaciones, a los “derechos personalísimos”(10). En última instancia, el tema planteado compromete la cuestión de la seguridad colectiva frente a los derechos de las personas; la salud de una comunidad y los derechos de cada uno de sus integrantes.

Sin ofrecer una conclusión definitiva, este artículo pretende arrojar luz sobre los temas en juego, mediante la adopción de un enfoque comparativo, describiendo los marcos regulatorios actuales y ciertas experiencias habidas con la vacunación en Latinoamérica y en la Unión Europea, con especial referencia a la situación de la Argentina y de Finlandia(11).

II. Enfoques jurídicos actuales en materia de vacunación

En los últimos años ha habido una creciente resistencia hacia las vacunas, con brotes de

enfermedades prevenibles por vacunación que solían estar mejor controlados, incluso en los países desarrollados(12). Ello ha generado preocupaciones sobre cómo lograr una inmunización efectiva, que garantice la salud pública.

Así, por ejemplo, algunos países europeos, como Alemania e Italia, han dispuesto la obligatoriedad parcial de ciertas vacunas, imponiendo diferentes sanciones a los infractores y prohibiendo la asistencia a la escuela a los niños no vacunados(13). A su vez, la Gran Sala del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) está considerando una serie de casos conocidos como “Vavricka” (solicitud 47621/13) y otras cinco solicitudes contra la “República Checa”, todos referidos a la legislación checa sobre vacunación obligatoria y a las consecuencias para los demandantes que se negaron a cumplirla (en lo sucesivo, “Vavricka y otros vs. La República Checa”)(14)(15). Es así que resultará de gran interés conocer la decisión que por primera vez dictará el TEDH con relación al concepto de vacunación obligatoria, bajo la perspectiva de los derechos protegidos por la Convención Europea de Derechos Humanos (CEDH) y su interpretación sobre si las interferencias que tal método supone respecto de los derechos individuales resultan justificadas.

Las políticas de vacunación obligatoria pueden ser una novedad para algunas naciones y son parte de una discusión presente en Europa. Sin embargo, cuentan con una larga tradición y relevancia en varios países de América Latina, muchas veces castigados por enfermedades prevenibles por vacunación, asociadas a la fragilidad de la infraestructura y a la carencia de servicios básicos. Así, por ejemplo, en la Argentina, además de haberse establecido por ley el derecho a la vacunación en todas las etapas de la vida, se ha dispuesto la obligatoriedad de distintas vacunas en el Calendario Nacional de Vacunación, conforme a criterios que establece la autoridad de aplicación (p. ej., según edad, para el personal de salud), con posibilidad de aplicar sanciones que van desde la simple notificación hasta la vacunación compulsiva, en caso de incumplimiento de las obligaciones correspondientes (ley 27.491, de 2019, arts. 2º, 7º, 8º y 14).

Los cuestionamientos en torno a la vacunación obligatoria resultan de gran actualidad, considerando la pandemia de COVID-19 en curso. Pero, además, las presentes circunstancias pueden condicionar las políticas públicas a futuro, en cuanto los Estados pueden razonablemente plantearse qué tipo de medidas deben tomar de tal modo de garantizar la inmunidad de su población, con el fin de eliminar o prevenir nuevas pandemias. A su vez, se impone investigar este tema y plantearse preguntas sobre posibles violaciones a los derechos de las personas, desde la perspectiva del paciente y con base en los derechos humanos, pero también sobre la seguridad colectiva, mientras se mantienen los esfuerzos por crear vacunas y esquemas de inmunización que sean mejores y más seguros.

Ahora bien, antes de entrar en algunos detalles sobre el estado actual del derecho a la salud en las comunidades de referencia, contrastaremos dos tipos ideales de libertad de creencia.

El primero suele dar prioridad a las libertades individuales por sobre el interés público. En este sentido, cabe afirmar que el más conocido sistema legal existente que representa este tipo ideal es el derecho de los Estados Unidos de América. Así, por ejemplo, en el caso “Masterpiece Cakeshop”(16), la Corte Suprema de ese país reconoció una excepción a las leyes que garantizan la no discriminación en alojamientos y comercios que prestan servicios al público, al revocar la decisión de los tribunales inferiores que consideraran discriminatoria la negativa a elaborar una torta para el casamiento de una pareja del mismo sexo, priorizando así las creencias religiosas del propietario de una pastelería. Del mismo modo, casi todos los Estados de esa nación prevén excepciones a la vacunación obligatoria por motivos religiosos o filosóficos. Tal modelo es comprensible en una sociedad como la de ese país, nacida de la persecución religiosa, donde la legitimidad del gobierno se cuestiona continuamente y los derechos individuales a menudo triunfan.

Un tipo ideal contrastante es el modelo social nórdico, donde la sociedad se encuentra altamente secularizada, el Estado y las políticas públicas son centrales en el desarrollo y los gobiernos gozan de gran legitimidad. Allí, los mo-

DOCTRINA

Vacunación: hacia un equilibrio entre libertad de conciencia e interés público
Análisis jurídico comparado durante la crisis del COVID-19

Sandra M. Wierzba, Juli Mansnerus y Toni Malminen 1

NOTA A FALLO

Comentario a un fallo desalentador sobre las técnicas de reproducción humana asistida

María Laura Berterreix 7

La gestación por sustitución, un obstáculo cultural más que jurídico o técnico

Fabiana Quaini 7

JURISPRUDENCIA

GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN. Revocación de sentencia que desplazó la filiación materna de la mujer gestante y admitió el emplazamiento filial de una pareja homosexual. Figura que no está admitida por el ordenamiento jurídico. Determinación de la maternidad por el útero. Orden público. Inexistencia de vacío legislativo. Inaplicabilidad del art. 19 de la Constitución Nacional. Disidencia. Derecho a formar una familia. Voluntad procreacional. Igualdad. Interés superior del niño e identidad (CNCiv.) 7

vimientos antivacunas han sido contenidos, aunque algunos ejemplos sorprendentes surgieron en los últimos años, en ocasiones a partir de los debates estadounidenses. Sin historia de persecución religiosa, el logro de un equilibrio entre la libertad de conciencia y el interés público ha resultado más fácil entre los nórdicos. Ello es así, aunque el aumento de la inmigración y el mayor interés en los derechos humanos está ejerciendo algunas presiones sobre este modelo.

Latinoamérica comprende comunidades que presentan fuertes contrastes y desigualdades estructurales. Algunas de sus naciones han sido cuna de construcciones sobre derechos humanos reconocidas a nivel global, incorporando y desarrollando profusamente normas, doctrina y jurisprudencia sobre los derechos de los pacientes. Sin embargo, y acaso por las fragilidades y carencias mencionadas, que impactan fuertemente en la salud de sus poblaciones, la vacunación obligatoria hace a una práctica ya tradicional en distintos países, apreciada por la mayor parte de sus ciudadanos y avalada por la ley.

III. Reticencia a la vacunación y derechos de los pacientes

La indecisión o reticencia a la vacunación (*vaccine hesitancy*) se asocia a la *desgana o negativa a vacunarse a pesar de la disponibilidad de vacunas* (17). En 2019, la OMS incluyó tal conducta entre las diez amenazas para la salud mundial, además del cambio climático y las pandemias.

Sin embargo, tal fenómeno no es nuevo (18). Existen múltiples razones por las que las personas se oponen a la vacunación, que incluyen las propias creencias, la sospecha generalizada sobre la eficacia de las vacunas y la voluntad de decidir sobre su propio plan de vacunación (19).

Según la OMS, las vacunas pueden causar algunos eventos adversos muy raros pero graves, como parálisis, anafilaxia y meningitis aséptica, que son impredecibles e incluso pueden provocar la muerte (20). Este es un factor que debe tenerse en cuenta en lo que respecta a los derechos del paciente, en especial con relación al derecho a la autodeterminación. Sin embargo, la reticencia no siempre proviene del temor a

posibles efectos secundarios adversos. Algunas personas simplemente no quieren vacunarse, incluso por razones que nada tienen que ver con la salud. Y, considerando la evidencia científica sobre la eficiencia de las vacunas, la racionalidad de ese tipo de decisiones puede cuestionarse.

En general, cabe afirmar que los pacientes tienen un derecho genérico a tomar decisiones sobre el cuidado de su propio cuerpo, incluido el derecho a rechazar tratamientos, incluso si tal rechazo importa consecuencias negativas para su la salud. En la Argentina ello surge claramente de profundas fuentes jurídicas, como el art. 59 del Cód. Civ. y Com. de la Nación y los arts. 5º y 6º de la Ley de Derechos del Paciente (ley 26.529, de 2009); de múltiples decisiones judiciales, entre las que se destacan los precedentes de la Corte Suprema de Justicia de la Nación “Albarracini Nieves” y “D., M. A. s/ declaración de incapacidad” (21) (22), y de muy variados trabajos de doctrina (23).

El consentimiento informado del paciente es uno de los temas fundamentales en el derecho de la salud, también amparado por el Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y la Dignidad del Ser Humano con Respecto a las Aplicaciones de la Biología y la Medicina (en adelante, Convenio Relativo a los Derechos Humanos y la Biomedicina) (24), que en su art. 5º establece: “Una intervención en el campo de la salud solo podrá llevarse a cabo después de que el interesado haya dado su consentimiento libre e informado”. Dicho Convenio ha sido considerado en la jurisprudencia del TEDH (25).

A su vez, se ha considerado que el elemento más esencial en el cuidado de la salud de las personas es la autodeterminación, interpretándose que toda persona competente tiene derecho a decidir sobre su propio cuerpo, además de tener derecho a recibir asistencia de otros, con el fin de tomar decisiones informadas (26). También implica la idea de permitir que una persona viva de acuerdo con sus creencias, siempre que no atente contra el derecho de otras personas a ejercer su propia autodeterminación (27).

Ahora bien, la reticencia a la vacunación no necesariamente depende de la obligatoriedad de las vacunas. Por ejemplo, en Finlandia, a pesar

de que las vacunas no son obligatorias para los niños, ha habido cierto rechazo hacia la vacunación, al menos en algunas regiones (28). De hecho, en países donde la vacunación es voluntaria, la reticencia podría generar presión sobre las autoridades de salud pública a cargo de garantizar la cobertura adecuada, llevándolas a considerar la necesidad de optar por un sistema obligatorio. Así, la vacunación obligatoria podría ser una respuesta de algunos Estados hacia la creciente oposición a la inmunización.

Más específicamente, en Finlandia la mayoría de las vacunas son voluntarias, aunque las autoridades sanitarias fomentan energicamente su aplicación (29). Sin embargo, la Ley de Enfermedades Transmisibles (ley 1227, de 2016, en su versión modificada) establece la posibilidad de disponer la vacunación obligatoria en algunos casos puntuales, mediante una resolución gubernamental, si resulta necesaria una inmunización extendida para evitar la propagación de una enfermedad contagiosa generalmente peligrosa, capaz de causar daños sustanciales a la vida y la salud de la población o de parte de ella (art. 47). A su vez, la ley impone una obligación de vacunación a empleados y estudiantes de ciencias de la salud, para proteger a los pacientes (art. 48). Ahora bien, la resistencia general hacia las vacunas y las críticas formuladas por los profesionales de la salud finlandeses a la legislación enmendada lucen indicativas de cierta mirada negativa hacia la obligatoriedad de la vacunación (30). Es que las personas son cada vez más conscientes de sus derechos; existen pocos procedimientos médicos obligatorios en este país, y un esquema de esa naturaleza puede resultar incompatible con el individualismo, en una sociedad donde no se acostumbra renunciar al propio derecho a la autodeterminación.

En ese contexto, la idea de “dañar los derechos de otras personas” puede aparecer como bastante vaga. Y, teniendo en cuenta los derechos de los pacientes y, particularmente, el derecho a la autodeterminación, la vacunación obligatoria podría considerarse como propia de una facultad del poder supremo del Estado, de carácter extraordinario.

En cambio, a pesar de la acción de grupos antivacunas inspirados generalmente en razones

no religiosas, cabe afirmar que, en la Argentina, la vacunación obligatoria —para ciertos grupos humanos y con relación a ciertas patologías— hace a un criterio claramente prevaleciente en la ley, en las políticas públicas y en la jurisprudencia. El temor al contagio de enfermedades infectocontagiosas, como la gripe o las hepatitis; la idea generalizada en el sentido de que ningún medicamento ha salvado tantas vidas como las vacunas, e incluso la impronta dejada por la epidemia de poliomielitis en la década del 50 del siglo pasado (31) justifican tal criterio. A su vez, el Supremo Tribunal de la Nación, al pronunciarse en un caso de reticencia, sostuvo que “el obrar de los actores en cuanto perjudica los derechos de terceros, queda fuera de la órbita del ámbito de reserva del art. 19 de la CN; y por lo tanto, se trata de comportamientos y decisiones sujetas a la interferencia estatal la que, en el caso, está plasmada en el Plan de Vacunación Nacional” (32), fijando así un límite a la autonomía personal y al derecho a decidir el modelo de vida familiar.

Este criterio, que pudo verse fortalecido por la reaparición de enfermedades erradicadas, como consecuencia de la falta de vacunas suficientes para inmunizar a la población, evidenciada años atrás en un contexto de recortes de gastos en materia de salud (33), luce explícito en la ley especial vigente, que se pronuncia directamente por la “...Prevalencia de la salud pública por sobre el interés particular” [ley 27.491, de 2019, art. 2º, inc. c)].

Pero en la actualidad, y en un movimiento que parece contrario al observado en Finlandia, en la Argentina, la reticencia a la vacunación parece estar propiciando un sistema de vacunación voluntaria (34). Claro que este fenómeno se observa en el contexto de la pandemia de COVID-19 y de las singulares circunstancias que rodean la elaboración de vacunas y la regulación de su uso (35).

En cualquier caso, los derechos de los pacientes hacen al núcleo de los derechos humanos y comprenden, además de la autonomía y la autodeterminación citadas, la integridad física, siendo esta una de las cuestiones que también ha abordado el TEDH en sus decisiones (36). Tales derechos también cuentan con anclaje en la nor-

{ NOTAS }

Especial para La Ley. Derechos reservados (Ley 11.723)
 (*) Sandra M. Wierzba: Profesora titular de Obligaciones Civiles y Comerciales, Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires.
 Juli Mansnerus: Investigadora posdoctoral en Derecho Médico y Biomédico, Facultad de Derecho, Universidad de Helsinki.
 Toni P. Malminen: Profesor de Práctica en Derecho de la Competencia y Defensa Jurídica, Universidad de Eastern Finland.
 (1) WHO, “The World Health Organization: Vaccines”, *The World Health Organization: Q&A on vaccines*, 2019.
 (2) SOCIEDAD ARGENTINA DE INFECTOLOGÍA, “Vacunas: comunicado oficial”, disponible en https://sadi.org.ar/index.php?option=com_acymailing&ctrl=archive&task=view&mailid=115&key=HANrx2a4&subid=665-01e11314b09ca7bd3d3832caee630388&tmpl=component, al 18/10/2020.
 (3) WHO, “Vaccination greatly reduces disease, disability, death and inequity worldwide”, disponible en <https://www.who.int/bulletin/volumes/36/2/07-040089/en>, al 20/08/2020.
 (4) OMS, “Cobertura vacunal”, disponible en <https://www.who.int/es/news-room/fact-sheets/detail/immunization-coverage>, al 06/11/2020.
 (5) FINNISH INSTITUTE FOR HEALTH AND WELFARE, “Vaccination coverage”, disponible en <https://thl.fi/en/web/infectious-diseases-and-vaccinations/information-about-vaccinations/vaccination-coverage>, al 23/08/2020. Ver, asimismo, “La importancia de vacunarse”, disponible en <https://www.argentina.gob.ar/noticias/la-importancia-de-vacunarse>, al 12/10/2020.
 (6) ZELAYA, Mario A., “Los nuevos desafíos que enfrenta la Ley de Vacunación Obligatoria”, SJA del 18/09/2019, 3; JA 2019-III; AP AR/DOC/2178/2019.
 (7) SIVELÄ, J. - LAUNIS, V. - JÄÄSKELÄINEN, S. - PUUMALAINEN, T. - NOHYNEK, H., “Käsitykset rokotuksista ja rokotuskattavuuteen vaikuttavat tekijät [Perceptions on vaccines and factors affecting vaccination coverage]”, *Review Article*, 09/03/2018, *Lääkärilehti*, 10/2018, 73, ps. 648-652, disponible en <https://www.laakarilehti.fi/tieteess/>

[sa/katsausartikkeli/kasitykset-rokotuksista-ja-rokotuskattavuuteen-vaikuttavat-tekijat/?public=2f3f74d60f7d8f8e8ef2767ac50c1ca6](https://www.laakarilehti.fi/tieteess/sa/katsausartikkeli/kasitykset-rokotuksista-ja-rokotuskattavuuteen-vaikuttavat-tekijat/?public=2f3f74d60f7d8f8e8ef2767ac50c1ca6), al 20/08/2020.
 (8) LEHTONEN, L. - LOHINIVA-KERKELÄ, M. - PAHLMAN, I., “Terveysoikeus [Health law]”, *Talantum Media Oy*, 2015, p. 162.
 (9) NIEMINEN, L., “Terveys ihmisoikeuskysymyksenä [Health as a human right]”, *Suomalainen Lakimiesyhdistys*, 2015, p. 1.
 (10) Conf. arts. 51 a 61 del Cód. Civ. y Com. de la Nación, muy especialmente el art. 59.
 (11) Donde los autores hemos desarrollado la mayor parte de nuestra experiencia.
 (12) WHO, “The World Health Organization. Improving vaccination demand and addressing hesitancy”, disponible en https://www.who.int/immunization/programmes_systems/vaccine_hesitancy/en/, al 23/08/2020. Ver, asimismo, HICKLER, B. - GUIRGUIS, S. - OBREGON, R., “Vaccine special issue on vaccine hesitancy”, *Vaccine*, 2015:33:34, ps. 4155-4156.
 (13) PAUL, K. T. - LOER, K., “Contemporary vaccination policy in the European Union: tensions and dilemmas”, *J. Public Health Pol*, 2019:40, ps. 166-179.
 (14) THE ECTHR 2020, “Grand Chamber to examine case concerning compulsory vaccination”; THE ECTHR 2020, “Factsheet. Health”, disponible en https://www.echr.coe.int/Documents/FS_Health_ENG.pdf, al 20/08/2020. “ECTHR” es el acrónimo en idioma inglés para “TEDH”.
 (15) Cabe aclarar que el TEDH ya había considerado algunos casos relacionados con la vacunación obligatoria con anterioridad; sin embargo, estos fueron declarados inadmisibles y las circunstancias eran bastante diferentes.
 (16) 584 US 2018.
 (17) WHO, “Ten threats to global health in 2019”, disponible en <https://www.who.int/news-room/feature-stories/ten-threats-to-global-health-in-2019>, al 20/08/2020.
 (18) SIVELÄ, J. - LAUNIS, V. - JÄÄSKELÄINEN, S. - PUUMALAINEN, T. - NOHYNEK, H., “Perceptions on vaccines and factors affecting vaccination coverage”, ob. cit., ps. 648-652.

(19) *Ibid*.
 (20) WHO, “Q&A on vaccines”, publicado el 26/08/2019, disponible en <https://www.who.int/vaccines/questions-and-answers>, al 20/08/2020.
 (21) CS, 01/06/2002, “Albarracini Nieves, Jorge W. s/ medidas precautorias”, Fallos 335:799.
 (22) CS, 07/07/2015, “D., M. A. s/ declaración de incapacidad”, Fallos 338:556.
 (23) Solo como botón de muestra, cabe mencionar a AI-ZENBERG, Marisa - ROITMAN, Adriel J., “Los derechos de los pacientes y su reconocimiento a nivel nacional”, LA LEY, 2010-A, 826; AR/DOC/4541/2009; BENAVENTE, María Isabel, “El respeto por la autonomía del paciente. Algunas reflexiones sobre el consentimiento informado”, ED 186-1344; HIGHTON, Elena I. - WIERZBA, Sandra M., “La relación médico-paciente: el consentimiento informado”, 2ª ed. actual. y ampl., Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 2003; TOBIAS, José W., “El consentimiento del paciente en el acto médico”, ED 93-803, y “El asentimiento del paciente y la ley 26.529”, Academia Nacional de Derecho, 2da. sept. 2010, p. 5; DFyP 171.
 (24) Oviedo, 04/04/1997.
 (25) NIEMINEN, L., “Health as a human right”, ob. cit., p. 45.
 (26) LOUHIALA, P. - LAUNIS, V., “Parantamisen ja hoitamisen etiikka [Ethics of healing and care]”, *Edita Publishing Oy*, 2009, p. 31.
 (27) *Ibid*.
 (28) SIVELÄ, J. - LAUNIS, V. - JÄÄSKELÄINEN, S. - PUUMALAINEN, T. - NOHYNEK, H., “Perceptions on vaccines and factors affecting vaccination coverage”, ob. cit., ps. 648-652.
 (29) LEHTONEN, L. - LOHINIVA-KERKELÄ, M. - PAHLMAN, I., “Health law”, ob. cit., p. 110.
 (30) TEHY (The Finnish Union of Health and Social Care Professionals), “Tartuntatautilaki uudistui, näin henkilöstön rokottaminen muuttuu [The Communicable Diseases Act was amended, that is how practices regarding vaccination of health care personnel were changed]”, publicado el 28/02/2017 y disponible en <https://www.tehy.fi/fi/ajanko>

[htaista/tartuntatautilaki-uudistui-na-in-henkiloston-rokottaminen-muuttuu](https://www.tehy.fi/fi/ajankohtaista/tartuntatautilaki-uudistui-na-in-henkiloston-rokottaminen-muuttuu), al 20/08/2020.
 (31) MARCÓ DEL PONT, José, “Poliomielitis: qué tipo de vacunas debemos utilizar?”, en *Arch. Argent. Pediatr.*, 2002, 100[1]/3, disponible en <https://www.sap.org.ar/docs/publicaciones/archivosarg/2002/3.pdf>, al 13/11/2020. La epidemia habría afectado a casi 6500 personas, con una mortalidad mayor al 30% y gran cantidad de casos de parálisis infantil.
 (32) CS, 12/06/2012, “N.N. o U. V. s/ protección y guarda de personas”, 157.XLVI, REX, Fallos 335:888. Ver especialmente consids. 14 y 23.
 (33) Este fenómeno se hizo público en los más variados medios periodísticos. Ver, p. ej., “Alarma por la falta de vacunas: causas y consecuencias”, del 12/07/2019, <https://www.perfil.com/noticias/equipo-de-investigacion/causas-consecuencias-faltante-de-vacunas-salud.phtml>; “Presentación en Diputados. Polémica por las vacunas: según un informe oficial, en 2018 se compraron menos dosis”, actualizado al 02/07/2019, https://www.clarin.com/buena-vida/polemica-falta-vacunas-informe-oficial-compraron-dosis_0_kyQsH-dd3.html; “Falta de vacunas: nuevo pedido de informes al gobierno”, del 13/07/2019, <https://www.pagina12.com.ar/205906-falta-de-vacunas-nuevo-pedido-de-informes-al-gobierno>, todos recuperados el 20/10/2020.
 (34) VIZZOTTI, Carla (secretaria de Acceso a Salud de la Nación Argentina), “Ninguna vacuna contra la COVID-19 será obligatoria”, disponible en <https://www.telam.com.ar/notas/202011/532446-carla-vizzotti-vacuna-covid-no-obligatoria.html>, al 07/11/2020. Esta y otras declaraciones públicas de los funcionarios de gobierno aparecieron luego de una serie de críticas a una futura y supuesta inmunización obligatoria contra el COVID-19.
 (35) En especial, cabe mencionar la entrada en vigencia de la ley 27.573 de Vacunas Destinadas a Generar Inmunidad Adquirida contra el COVID-19, BO del 06/11/2020, que será objeto de análisis más adelante.
 (36) 01/07/1998, “Passannante vs. Italy”, application 32647/96, parágs. 91-93.

mativa fundamental americana, tal como surge de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) (37), especialmente en los arts. 5º, 7º y 11. Así, por ejemplo, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) se pronunció muy especialmente sobre el derecho a la integridad física y mental (en conexión con los derechos reproductivos de las personas), en los autos “Artavia Murillo vs. Costa Rica” (38).

Por lo demás, cabe mencionar que, si bien durante mucho tiempo los derechos de los pacientes fueron leídos desde una perspectiva individual, en la actualidad tal concepto se ha ampliado, dado que se está tomando en consideración el nivel colectivo en lo que respecta a la ética del tratamiento (39).

IV. Marco regulatorio y experiencia jurisprudencial latinoamericana

Nos referiremos en este apartado a la normativa y la jurisprudencia de algunos países de Latinoamérica, centrándonos en la Argentina, pero mencionando el caso de otras naciones que cuentan con verdaderos precedentes sobre disputas que involucran la vacunación.

IV.1. Normativa aplicable

IV.1.a. Argentina

En el año 1941, el Congreso Nacional argentino aprobó la ley 12.670 (40), que declaró obligatoria y gratuita en todo el territorio la vacunación y revacunación antidiftérica en los niños desde la edad de nueve meses a doce años.

Más de cuarenta años más tarde, el mismo cuerpo legislativo estableció un régimen general para la vacunación contra las enfermedades prevenibles. Se trató de la ley 22.909, de 1983, norma que delegó en la autoridad sanitaria nacional la nómina de enfermedades a incluirse en tal régimen, a ejecutarse en programas de vacunación de las distintas jurisdicciones, con obligación de garantía oportuna y suficiente, tanto en cuanto a las vacunas en sí como en cuanto a los medios para su administración, con alcances hasta los núcleos más alejados de población. Se destacó en dicha normativa la importancia de la información y el asesoramiento a los ciudadanos, el desarrollo de campañas permanentes de educación sanitaria y el reconocimiento de un deber social de someterse a este medio de inmunización (art. 7º). A su vez, la norma previó la vacunación gratuita (arts. 8º y 9º) y obligatoria, colocando en manos de los padres, tutores, curadores y guardadores de menores o incapaces la responsabilidad de su efectivización (art. 18). Pero, además, la norma dispuso: “La falta de vacunación oportuna en que incurran los obligados [...] determinará su emplazamiento, en término perentorio para someterse y/o someter a las personas a su cargo, a la vacunación que en cada caso corresponda aplicar, sin perjuicio, en caso de incumplimiento, de ser sometidos los obligados o las personas a su cargo a la vacunación en forma compulsiva” (art. 18).

Ya en el siglo XXI, el Congreso Nacional aprobó la Ley de Control de Enfermedades

Prevenibles por Vacunación (ley 27.491, de 2018) (41) (42), donde se califica a la vacunación como “una estrategia de salud pública preventiva y altamente efectiva”, concepto que define el lugar prioritario que el Estado argentino asigna a esta herramienta sanitaria. Se mantiene su carácter gratuito —garantizado por el Estado en los centros de salud y hospitales de todo el país— y obligatorio, haciéndose explícito a su respecto el principio de equidad social para todas las etapas de la vida [art. 2º, incs. a) y b)] e imponiéndose a la autoridad pública obligaciones concretas en materia de información y educación (art. 24). La norma define a la vacunación como un bien social y, según mencionáramos, dispone explícitamente la prevalencia de la salud pública sobre el interés particular [art. 2º, inc. c)], y prevé sanciones ante la omisión, que van desde la simple notificación hasta la vacunación compulsiva (conf. arts. 7º, 8º, 10, 11, 13 y 14).

Y si bien dicha ley no prevé excepciones fundadas en razones médicas (al igual que las de Chile, Bolivia, Paraguay, Uruguay y Perú, y diversamente a lo previsto por diversas legislaciones estatales de los Estados Unidos), se ha afirmado que los profesionales médicos, en cumplimiento del deber de cuidado, tendrían que analizar eventuales contraindicaciones que aumenten el riesgo de padecer un efecto adverso en sus pacientes (43). De hecho, existe una práctica extendida en las escuelas por la que se da intervención a las autoridades sanitarias, en el caso de alumnos que carecen de certificación sobre vacunación completa, solo cuando se omite presentar un certificado médico que lo justifique.

Ahora bien, en esencia, los supuestos de vacunación obligatoria se explicitan en el Calendario Nacional de Vacunación (44), considerado uno de los más completos de la región (45). Si bien allí se incluyen vacunas para todas las etapas de la vida, para situaciones especiales y para grupos específicos, debiendo certificarse su aplicación en las escuelas, en el marco de las relaciones laborales, ante la tramitación de distintos documentos (DNI, pasaporte, licencia de conducción, etc.) y ante la tramitación de asignaciones familiares, lo cierto es que tales certificaciones se controlan fundamentalmente en el ámbito educativo y previsional, para niños, niñas y adolescentes (NNA). Y aunque algunas instituciones sin duda cumplirán con su obligación en este sentido, por lo general no se advierte una verificación estatal sobre tal cumplimiento. La casuística jurisprudencial argentina respecto de la reticencia a la vacunación se refiere casi exclusivamente a la situación de NNA, donde la tensión entre derechos individuales y salud pública se ve incrementada por el compromiso del interés superior de personas muy jóvenes, generalmente incompetentes para decidir.

En cuanto a la vacunación de los trabajadores de la salud, la obligatoriedad se justifica cuando puedan actuar como vectores del contagio de enfermedades prevenibles por vacunación.

En cambio, al menos en el contexto pre-COVID-19 y durante la pandemia, la vacunación obligatoria para adultos luce más bien asociada a la protección de tales personas, a su derecho

a una aplicación gratuita en ámbitos públicos y a su financiamiento por el sector privado y de la seguridad social. Cuesta imaginar la persecución legal a un adulto mayor por no haber recibido vacunación contra la gripe. Ello tiene todo un sentido ante cualquier discusión sobre una posible vacunación “obligatoria” contra el COVID-19, que abordaremos más adelante.

Por lo demás, cabe advertir que, si bien nuestro derecho sanitario prevé otros casos de imposición de prácticas médicas a la población (46), el caso de la vacunación luce como un verdadero paradigma de intervención estatal en pos de la salud pública, por sobre las decisiones privadas. Es así que si bien toda actuación médica requiere de consentimiento informado y puede ser rechazada incluso sin expresión de causa (47), bien puede interpretarse que la vacunación obligatoria constituye una excepción a tal criterio, justificada en normas de carácter especial y posterior (conf. ley 27.491 y Cód. Civ. y Com. de la Nación) (48).

IV.1.b. Costa Rica

Según el art. 46 del Cód. Civil de este país: “Toda persona puede negarse a ser sometida a un examen o tratamiento médico o quirúrgico, con excepción de los casos de vacunación obligatoria o de otras medidas relativas a la salud pública, la seguridad laboral y de los casos previstos en el art. 98 del Código de Familia...”.

A su vez, según el art. 2º de la Ley Nacional de Vacunación (ley 8111, de 18/07/2001), garantiza “...a toda la población la obligatoriedad y gratuidad de las vacunas, así como el acceso efectivo a la vacunación, en especial, para la niñez, los inmigrantes y los sectores ubicados por debajo del índice de pobreza. Las vacunas aprobadas deberán suministrarse y aplicarse a la población, sin que puedan alegarse razones económicas o falta de abastecimiento en los servicios de salud brindados por instituciones estatales. Estas vacunas aprobadas se refieren al esquema básico oficial que se aplique a toda la población, y a las vacunas para esquemas especiales dirigidos a grupos de riesgo específicos”. Además, el art. 3º aclara que “son obligatorias las vacunaciones contra las enfermedades cuando lo estime necesario la Comisión Nacional de Vacunación y Epidemiología, que se crea en esta ley, en coordinación con el Ministerio de Salud y la Caja Costarricense de Seguro Social”.

IV.2. Experiencia jurisprudencial

IV.2.a. Casos de negativa a la vacunación

IV.2.a.1. Argentina

La jurisprudencia argentina ha sido consistente y reiterada al priorizar el interés público por sobre el particular, rechazando variados reclamos judiciales de negativa a la vacunación. En este sentido, en el citado precedente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación “N.N. o U. V. s/ protección y guarda de personas” (2012) (49), se confirmó una sentencia que intimaba a los padres de un menor de edad a que acreditasen el cumplimiento del Plan de Vacunación oficial,

bajo apercibimiento de ordenar la vacunación en forma compulsiva. Se trató de progenitores con una particular visión de la medicina, propia de los paradigmas del “modelo homeopático” y, en especial, los “ayurvédicos”. En ese sentido, manifestaron haber optado por un modelo básico de inmunización basado en directrices nutricionales, sanitarias y de profilaxis que, como regla, excluía los procedimientos médicos intrusivos. El citado fallo tuvo por antecedente una decisión de la Corte Suprema de Justicia de la provincia de Buenos Aires (50), donde la mayoría se pronunció en favor del carácter obligatorio de la inmunización previsto por la legislación. Sin embargo, hubo una disidencia (51), en la cual se postuló que el reclamo no significaba una transgresión al orden público; que la vacunación compulsiva importaba sustituir una determinación familiar por otra estatal, invirtiendo el orden natural de las sociedades domésticas y políticas, sugiriendo que los riesgos de la no vacunación no eran diferentes a los propios de cualquier decisión existencial y de los propios de su aplicación compulsiva, proponiendo la confirmación del decisorio de la instancia anterior.

El Supremo Tribunal entendió que la cuestión excedía el ámbito personal para incidir directamente en la salud pública, considerando que la reducción y erradicación de contagios prevista por la ley (52) se basaba en razones de interés colectivo que hacían al bienestar general (53). Por lo demás, invocó el compromiso asumido por el Estado argentino en variados tratados internacionales en miras a promover y facilitar las prestaciones de salud que requiera la minoridad (54), afirmando que, en definitiva, se encontraba en juego el interés superior del niño, que no podía dejarse a un lado por la circunstancia de hallarse él bajo el cuidado de sus padres.

Variados otros casos judiciales involucraron discusiones similares, decidiéndose la imposición obligatoria de la vacunación (55). Algunos de ellos incorporaron elementos adicionales, que dan cuenta de la problemática local, según veremos.

Así, por ejemplo, en un caso se confirmó una sentencia que intimaba a los progenitores de un menor a que acreditaran el cumplimiento de la aplicación de las vacunas neonatal antihepatitis B y BCG —antituberculosa— a su hijo, bajo apercibimiento de disponer su vacunación compulsiva, al no verificarse una situación particular de salud del niño que desaconsejara tal criterio. Allí se decidió que un informe de la pediatra tratante cuestionando de manera genérica la necesidad de incluir las vacunas en el calendario oficial para niños de corta edad resultaba insuficiente para justificar el rechazo de la vacunación (56).

Desde lo teórico, luego de un pormenorizado recorrido por la normativa constitucional local e internacional y por la jurisprudencia fundamental aplicable al caso (57), el tribunal concluyó que la aplicación compulsiva del Plan de Vacunación Obligatorio en el derecho argentino cumplía con la exigencia constitucional para admitir una injerencia en el ámbito de lo privado, en cuanto: “(i) resguarda la salud del niño involucrado, entendida en su máxima expresión conforme los

{ NOTAS }

(37) San José de Costa Rica, 22/11/1969, texto que en la Argentina se incorporara por ley 23.054, de 1984.

(38) Sentencia del 28/11/2012, AR/JUR/68284/2012.

(39) LOUHALA, P. - LAUNIS, V., “Ethics of healing and care”, ob. cit., p. 153.

(40) BO del 08/05/1941.

(41) BO del 04/01/2019.

(42) Puede verse una revisión detallada de la ley en SUÁREZ, Enrique L., “Sobre la ley 27.491. Control de enfermedades prevenibles por vacunación”, 26/07/2019, Microjuris.

(43) Conf. ZELAYA, Mario A., “Los nuevos desafíos que enfrenta la Ley de Vacunación Obligatoria”, ob. cit.

(44) Conf. “Vacunas y Calendario Nacional de Vacunación”, disponible en <https://www.argentina.gob.ar/salud/vacunas>, al 16/10/2020.

(45) Conf. Organización Panamericana de la Salud (OPS), ver <https://www.telam.com.ar/notas/201305/18565-para-la-ops-argentina-tiene-uno-de-los- calendarios-de-vacunacion-mas-completos-de-la-region.html>, disponible al 18/10/2020.

(46) P e j., de exámenes obligatorios, según la ley 22.360 de Chagas, de 1980, y ley nacional 23.798 de Lucha contra el Sida, de 1990 —criterio revisado en su dec. regl. 1244/1991—; tratamiento obligatorio según la ley 22.953 de Rabia, de 1983; y, en su tiempo, ley 12.331 de Profilaxis de Enfermedades Venéreas, de 1987.

(47) Conf. arts. 2º, inc. e), y 6º, ley 26.529 de Derechos del Paciente, de 2009.

(48) Más precisamente, conf. art. 2º, inc. b), de la ley 27.491 de Vacunación, de 2018, y art. 59, Cód. Civ. y Com. de la Nación, en cuanto establece: “...Nadie puede ser sometido a exámenes o tratamientos clínicos o quirúrgicos sin su consentimiento libre e informado, excepto disposición legal en contrario”.

(49) CS, 12/06/2012, 157.XLVI, REX, Fallos 335:888.

(50) SC Buenos Aires, 06/08/2010, “N.N. o U. V. Protección y guarda de personas”, causa III.870.

(51) Del ministro Héctor Negri.

(52) Ley 22.909, entonces vigente.

(53) MONZÓN, José M., “La vacunación como deber positivo general”, 04/07/2012, Microjuris, al comentar esta decisión, destaca que “...es un hecho que los Estados tienen al bienestar general como una finalidad de sus actividades [...]. En esta línea [...] el derecho a la salud es no solo una condición para el bienestar de la persona, sino que es un elemento esencial en la construcción de un desarrollo saludable del niño. Por lo tanto, si el Estado impone medidas para su realización, es porque es vital cuidar la salud de la población y lo es independientemente de los juicios de los particulares...”, afirmando que el aseguramiento de la salud conlleva una acción de asistencia al prójimo y un deber positivo general del Estado.

(54) Art. 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, art. VII de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, art. 25.2 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, art. 19 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, art. 3º de la Convención sobre los Derechos del Niño, entre otros.

(55) Ver, p. ej., STJ Jujuy, 12/07/2016, “F. S. de B., Ñ. y R. N. S. de B. en situación de riesgo”, AR/JUR/52077/2016; Juzg. Familia Luis Beltrán, 2º Circ. Río Negro, 16/05/2018, “Q. K. H. s/ situación (f)”, sentencia no firme.

(56) CNCiv., sala de feria, 15/01/2019, “Defensoría de Menores e Incapaces Nº 1 c. C. F., T. S. s/ medidas precautorias”, AR/JUR/11/2019.

(57) Constitución Nacional (art. 19), Declaración Universal de los Derechos Humanos (arts. 3º y 12), Convención sobre los Derechos del Niño (arts. 3º, inc. 3º, y 1º, 6º, 19, 23, incs. 3º

instrumentos internacionales ratificados por el país; (ii) protege la eficacia del propio sistema de salud y con ello los intereses de la comunidad en su conjunto; y (iii) ofrece una adecuada razonabilidad entre los beneficios que se obtienen para la salud individual y colectiva y la afectación que supone la medida para el ámbito de autonomía de la decisión familiar”.

En otro caso basado en circunstancias prácticamente idénticas (58), los progenitores finalmente vacunaron a su hijo contra la hepatitis B, pero con relación a la BCG, solicitaron la suspensión del término para su cumplimiento hasta tanto obtuvieran los resultados de un estudio de mutación genética sobre el sistema inmunológico de su hijo, afirmando que se encontraba científicamente probado que tal vacuna podía causar daño cerebral y neurológico al niño, incluida la muerte súbita, aunque solo habrían acompañado un certificado médico y fotos. Para resolver el caso, el tribunal decidió entrevistar al director, a una infectóloga pediatra y a la vacunóloga del Hospital Materno Infantil de la localidad, quienes explicaron que todas las vacunas del calendario nacional prevenían enfermedades graves o mortales y, luego de leer la historia clínica, concluyeron que el niño no tenía indicio clínico ni de laboratorio alguno que sugiriera una inmunodeficiencia que pudiera provocar un evento adverso con la aplicación de la BCG. Aclararon que todas las vacunas podían tener efectos contraproducentes, en su mayoría leves frente a sus beneficios. Informaron, además, que en la Argentina se observa un aumento del bacilo de la tuberculosis sobre todo en niños y adolescentes, con el consiguiente aumento de la mortalidad (59). En función de tales elementos, se confirmó la resolución que intimaba a los representantes legales a la vacunación, bajo apercibimiento de ordenar su aplicación compulsiva.

Se observa, en estos últimos casos —ambos resueltos con posterioridad a la entrada en vigencia de la ley 27.491, de 2018—, un intento de esquivar la preeminencia del interés público sobre el privado (60). En el primero, mediante la presentación de un certificado médico que solo cuestionara “de manera genérica” la inclusión de la vacuna en el calendario oficial; en el segundo, mediante la mera proposición de la necesidad de realizar “estudios de compatibilidad genética”, pero sin una gestión concreta al efecto por parte de los interesados. Y el tenor de los decisivos resulta sugerente de una política judicial por la cual las excepciones a la vacunación obligatoria se concederán solo en casos de peligro comprobado para la salud individual.

IV.2.a.2. Costa Rica

La Sala Constitucional de la Corte Suprema de este país debió resolver un amparo (61), en el cual el progenitor de una niña se opuso a su vacunación contra sarampión, rubéola e intensificación contra polio, por considerar que tal prác-

tica obedecía a una campaña nacional de carácter meramente preventivo y que ponía en riesgo su salud. Opuso, además, razones religiosas, al pertenecer él a la Asociación Círculo de Investigación de Antropología Gnóstica, que solo admitiría tal procedimiento como último recurso en caso de existir una epidemia. Se quejó, además, de la falta de observancia del debido proceso, con oportunidad para el ejercicio del derecho de defensa, y de la afectación del derecho a la vida, a la integridad física, a la patria potestad y al consentimiento informado, reconocidos en variados instrumentos fundamentales.

El tribunal afirmó la existencia de un derecho de toda persona a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión, que incluía a los niños, pero destacó que tal libertad contaba con limitaciones establecidas por la ley para proteger la salud pública y los derechos de los demás (conf. CDN, art. 14). Así, con base en la Constitución Política y en normativa fundamental, como la Declaración Universal de Derechos Humanos, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, consideró que el resguardo de la salud pública y la prevención de las enfermedades constituía un fin constitucionalmente legítimo, que justificaba la obligatoriedad de las vacunas. Y sostuvo que tal razonamiento resultaba especialmente aplicable al caso, ya que el plan nacional de vacunación procuraba evitar el riesgo potencial de brotes epidémicos de enfermedades infecciosas que podían provocar la muerte (como el sarampión) y discapacidades permanentes (como la rubéola congénita). Pero, a su vez, refirió la existencia de excepciones por razones médicas que debían ser autorizadas por el personal de salud con base en el art. 43 del Código de la Niñez y la Adolescencia, cuestión que, por requerir un complicado sistema probatorio, excedía el marco del amparo intentado, que fue rechazado.

IV.2.b. Casos de responsabilidad civil por efectos adversos de una vacuna

La experiencia argentina da cuenta de algunos reclamos donde se requirió la reparación de los daños causados por efectos adversos de la inmunización. En un caso, un joven menor de edad contrajo poliomielitis luego de recibir la vacuna Sabin (62). En otro, luego de recibir la vacuna contra la rubéola y el sarampión, una mujer sufrió una patología neurológica (cerebritis postvacunal) que le causó gravísimas consecuencias en su salud (63).

Al verificarse que no se trató de la inoculación de sustancias viciosas, sino de la materialización de riesgos extraordinarios pero previsibles de la vacunación, los tribunales intervinientes hicieron lugar a las acciones entabladas con base en la doctrina de la responsabilidad del Estado por actividad lícita. Así, no quedó cuestionado el de-

ber del Estado de preservar la salud pública, ni la legitimidad de la política de vacunación obligatoria, enmarcada dentro del poder de policía sanitaria que en forma irrenunciable le compete. Pero, dado que a sabiendas del riesgo severo y excepcional que la vacunación podía causar en algún caso se decidió afrontarlo con el fin de beneficiar al resto de la comunidad, se consideró justa la indemnización de los daños que fueran consecuencias anormales y significaran un sacrificio desigual para las víctimas afectadas.

IV.2.c. Reclamos para la efectiva vacunación por parte del Estado

IV.2.c.1. Argentina

La Argentina cuenta ya con una larga tradición de reclamos judiciales contra el Estado, los financiadores privados y de la seguridad social para la cobertura de tratamientos médicos, en miras al reconocimiento del *derecho al disfrute del más alto nivel de salud posible* de las personas (64), generalmente considerado con criterio individual. Tal derecho se halla consagrado por el art. 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) y fue reconocido por el Máximo Tribunal en diversas causas (65) (66). Pero, aun para quienes observan el fenómeno instalado con cierta reserva (67), este tipo de reclamos cuentan con un claro sentido en el caso de las vacunas, máxime cuando se trata de acciones que tienen por finalidad el beneficio de toda una comunidad. Sobre la materia, se destaca el precedente “Viceconte, Mariela C. c. Ministerio de Salud y Acción Social” (68), en el cual, con fundamento en disposiciones como el citado art. 12 del PIDESC, el art. XI de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y el art. 25 de la Declaración Universal de Derechos Humanos —todas de jerarquía constitucional para la Argentina—, se ordenó al Estado Nacional ejecutar las medidas necesarias para completar la unidad de producción de la vacuna Candid 1 —avalada por la OMS y con una efectividad mayor al 95%— para combatir la fiebre hemorrágica argentina, como enfermedad endémica que ponía especialmente en riesgo a unos 3.500.000 habitantes de la zona de Junín.

A su vez, según esbozáramos, hace poco tiempo la Argentina atravesó una etapa donde lisa y llanamente escasearon las vacunas necesarias para inmunizar a la población. De hecho, la prensa dio cuenta de un informe presentado por la Secretaría de Salud de la Nación a la Cámara de Diputados del Congreso Nacional, que refirió la reducción de vacunas programadas para el 2019, con una situación que fuera calificada como “más que alarmante, para todo el país” (69) (70). El déficit en la disponibilidad habría sido, además, denunciado por variadas sociedades científicas, como la Sociedad Argentina de Vacunología y Epidemiología (SAVE) y la Sociedad Argentina de

Pediatría (SAP), que requirieron priorizar su solución frente a otras problemáticas sanitarias, dada la importancia del tema en términos de salud pública (71) (72).

En tal escenario, el concepto de acceso al máximo nivel de salud, previsto en la normativa de rango constitucional y tantas veces esgrimido por la jurisprudencia para garantizar tratamientos costosos individualmente reclamados en acciones sumarias, se desvanecía ante la imposibilidad del Estado de cumplir con el compromiso legalmente asumido hacia la comunidad en su conjunto de administrar vacunas indispensables para evitar nuevos casos de enfermedades que habían sido controladas y que afectaban fundamentalmente a los más jóvenes.

Fue entonces que tramitaron los autos “AJUS La Plata y otro c. Ministerio de Salud y Desarrollo Social Nación (Secretaría de Salud) s/ amparo colectivo” (73), donde se ordenó al Estado Nacional la entrega de las vacunas contra la bacteria del meningococo, para niños de todas las edades.

IV.2.c.2. Costa Rica

La sala Cuarta de la Corte Suprema de Justicia costarricense debió intervenir reiteradamente en este tipo de cuestiones.

Así, por ejemplo, ante un amparo iniciado por un grupo de adultos mayores que requerían su inclusión en la categoría de personas con derecho a recibir la vacuna de polisacáridos contra neumococo, con independencia de contar con factores individuales de riesgo y con base en un informe de la ministra de Salud, el tribunal condenó a la Caja Costarricense de Seguro Social a cumplir con tal pedido y aplicar la vacuna en cuestión, con fundamento en normas como el art. 51 de la Constitución Política, que establece que el Estado se encuentra obligado a brindar protección especial al *anciano* (74).

En otro caso, los progenitores de una niña menor de edad accionaron ante la negativa de aplicar a su hija la vacuna contra el virus del papiloma humano (75), por contar ella con once años de edad al momento de los hechos. Pudo acreditarse que la Comisión Nacional de Vacunación y Epidemiología había decidido incorporar esta vacuna en el esquema oficial con base en un análisis de costo-efectividad, considerándose el promedio de inicio de la vida sexual de las mujeres en Costa Rica. Al ser así, e interpretando el tribunal que el derecho a la salud no podía ceder ante un criterio de naturaleza económica, con apoyo en variadas fuentes normativas y en su jurisprudencia previa, y teniendo en cuenta, además, que desde el punto de vista científico la vacuna podía aplicarse sin problemas a jóvenes hasta los quince años de edad, el reclamo fue acogido, ordenándose la vacunación.

{ NOTAS }

y 4º, 24, incs. 1º y 2º); y precedentes de la CS, 01/06/2012, “Albarracini Nieves”, Fallos 335:799, y 11/12/1984, “Ponzetti de Balbín”, Fallos 306:1892, entre otros.

(58) CCiv. y Com. San Isidro, sala I, 10/04/2019, “XXX c. XXX s/ medidas precautorias (art. 232 del CPCC)”, AR/JUR/5426/2019.

(59) Según el boletín epidemiológico de tuberculosis elaborado por la Secretaría de Salud de la Nación (*Boletín sobre Tuberculosis en la Argentina*, 1, año I, marzo/2018, www.msal.gov.ar).

(60) ZELAYA, Mario A., “Los nuevos desafíos que enfrenta la Ley de Vacunación Obligatoria”, ob. cit.

(61) Corte Suprema de Justicia, sala Constitucional, 21/11/2017, 17-017944-0007-CO, res. 2017018720, disponible en <https://nexuspj.poder-judicial.go.cr/document/sen-1-0007-729555>, al 24/10/2020.

(62) CNFed. Cont. Adm., sala V, 01/07/2014, “O., J. N. y otro c. EN - Ministerio de Salud de la Nación y otros s/ daños y perjuicios”.

(63) Trib. Col. Responsabilidad Extracontractual N° 6 Rosario, 10/10/2012, “T., M. A. c. Provincia de Santa Fe s/ daños y perjuicios”, AR/JUR/74908/2012.

(64) Puede verse un extenso detalle en KEMELMAJER de CARLUCCI, Aída, “Los recursos limitados y el ‘amparo’ como instrumento de acceso a la salud”, LA LEY del 09/09/2020.

(65) P. ej., en el precedente CS, 24/10/2000, “Campodónico de Beviacqua, Ana C. c. Ministerio de Salud y Acción Social”, Fallos 323:3229.

(66) El alcance dado al concepto luce distinto en la lectura del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (CESCR), como organismo responsable de la interpretación del PIDESC, que sostuvo que “el concepto del ‘más alto nivel posible de salud’, tiene en cuenta tanto las condiciones biológicas y socioeconómicas esenciales de la persona como los recursos con que cuenta el Estado [...] en particular, un Estado no puede garantizar la buena salud ni puede brindar protección contra todas las causas posibles de la mala salud del ser humano”, conf. Observación General N° 14, “El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (art. 12 del PIDESC)”, 22º período de sesiones, 2000, UN Doc. E/C.12/2000/4, apart. 9º.

(67) WIERZBA, Sandra M. - CZERNIZER, D. G., “El derecho al disfrute del más alto nivel de salud y su judicialización”, LA LEY, 2016-C, 834; AR/DOC/1237/2016, donde se propone una mirada crítica respecto del impacto social de la extendida judicialización individual de la salud.

(68) CNFed. Cont. Adm., sala IV, 02/06/1998, AR/

JUR/3219/1998.

(69) Según el informe entregado por la Secretaría de Salud de la Nación al Parlamento, en el caso puntual de la vacuna para la hepatitis A, pasó de 880 mil dosis en 2016 a 401 mil en 2018, la mitad de lo necesario; por su parte, para la hepatitis B, pasó de 715.939 en 2016 a 300.000 en 2018.

(70) Incluso fueron imputados la ministra de Salud y Desarrollo Social y el secretario de Salud, ante el incumplimiento de una sentencia firme donde se hizo lugar a una acción colectiva para que el gobierno cumpla con la vacunación contra el meningococo. Conf. “Imputaron a Stanley y Rubinstein por la falta de vacunas”, disponible al 08/07/2019 en <http://www.parlamentario.com/noticia-118940.html>.

(71) Conf. CUNZOLO, Florencia, “Presentación en Diputados. Polémica por las vacunas: según un informe oficial, en 2018 se compraron menos dosis”, 01/07/2019, disponible al 24/07/2019 en https://www.clarin.com/buena-vida/polemica-falta-vacunas-informe-oficial-compraron-dosis_0_kyQsH-dd3.html.

(72) Ver, asimismo, la nota periodística “No sabemos qué vacunas vamos a tener”, del 03/07/2019, disponible al 24/07/2019 en <https://www.pagina12.com.ar/203923-no-sabemos-que-vacunas-vamos-a-tener>, que da cuenta de la situación en el interior del país y de una baja sostenida en la compra de

vacunas desde el año 2016, según el informe de la Secretaría de Salud y Desarrollo Social.

(73) JCiv., Com. y Cont. Adm. Fed. N° 4 La Plata, 30/08/2019, AR/JUR/27506/2019.

(74) Corte Suprema de Justicia, sala Constitucional, 22/05/2009, res. 08339-2009, disponible al 22/10/2020 en <https://nexuspj.poder-judicial.go.cr/document/sen-1-0007-447895>.

(75) Corte Suprema de Justicia, sala Constitucional, 10/09/2019, res. 17343-2019, disponible en <https://nexuspj.poder-judicial.go.cr/document/sen-1-0007-960976>. Igual criterio se había seguido en la res. 15.643/2019, del 23/08/2019, disponible en <https://nexuspj.poder-judicial.go.cr/document/sen-1-0007-932236>, al 24/10/2020, y más tarde se seguiría en la res. 12.317/2020, del 01/07/2020, disponible en <https://nexuspj.poder-judicial.go.cr/document/sen-1-0007-982054> y en la res. 15.103/2020, del 12/08/2020, disponible en <https://nexuspj.poder-judicial.go.cr/document/sen-1-0007-988362>, entre otras, todas recuperadas el 24/10/2020. En esta última, se aclaró que la vacunación debía efectivizarse “salvo criterio en contrario de un médico especialista, siempre y cuando sea posible de acuerdo con la reorganización del servicio decretada por la emergencia hospitalaria con ocasión de la pandemia del coronavirus COVID-19”.

IV.2.c.3. Colombia

La Corte Constitucional de este país debió intervenir ante un significativo reclamo donde el defensor regional del Pueblo de Vaupés solicitó que se tutelaran los derechos fundamentales a la seguridad social, a la vida en condiciones dignas, a la igualdad, a la integridad personal y a la salud de la población indígena y no indígena del departamento (76).

La sentencia dictada dio cuenta de niveles bajísimos de acceso a los servicios de salud, con indebida atención, condiciones de salubridad deplorables, desnutrición crónica, alta mortalidad de menores de cinco años víctimas de diarrea, neumonía, septicemia, sarampión y otras enfermedades prevenibles por vacunación y por otras causas que podían ser evitadas con una atención de salud adecuada (77). Expresó, a su vez, que la vacunación, el acceso a saneamiento, agua y adecuada nutrición son esenciales para la protección y garantía del derecho a la salud de los niños. Consecuentemente, ordenó —entre variadas acciones— la disposición de una jornada de vacunación, además de la planificación y ejecución de las acciones necesarias para que todos los niños de la comunidad completaran su esquema básico de inmunización.

V. Perspectivas europeas: la jurisprudencia del TEDH sobre la vacunación obligatoria

En este apartado proponemos una revisión global del tema, a partir del rol que viene desempeñando el TEDH en la resolución de este tipo de casos.

V.1. Nuevos casos checos pendientes ante el TEDH

Actualmente hay seis casos pendientes ante el TEDH. Todos ellos han sido presentados por ciudadanos checos contra la República Checa. La primera solicitud (47621/13) fue presentada en 2013 por el Sr. Pavel Vavricka; otras dos se presentaron en 2014, y tres más en 2015. Cabe señalar que todas ellas se refieren a NNA, es decir, a personas menores de edad —al menos en el momento en que ocurrieron las presuntas violaciones—, y a vacunas de aplicación obligatoria. El primer demandante, Sr. Vavricka, fue multado porque se negó a “vacunar a sus dos hijos, de 14 y 13 años, contra la poliomielitis, la hepatitis B y el tétanos”. Estas vacunas eran exigidas por la legislación nacional checa, según orden 439/2000 del Ministerio de Salud (78).

En el segundo caso (solicitud 3867/14), la demandante —nacida en 2002— había recibido, con acuerdo de sus progenitores, todas las vacunas obligatorias, a excepción de la conocida como MMR (contra sarampión, paperas y rubéola), debido a las sospechas de estos sobre dicha vacuna. En 2008, se le prohibió asistir a un jardín de infantes, después de que se informara a los funcionarios de la escuela sobre la falta de aplicación de las vacunas. Los TEDH locales checos consideraron el caso y decidieron que “el ejercicio del derecho del solicitante a continuar asistiendo a la escuela infantil (derecho a la educación) podría poner en peligro la salud de los demás, siendo que el derecho a la protección de la salud era fundamental” (79).

NOTAS

(76) Corte Constitucional Bogotá, sala Quinta de Revisión, 26/05/2017, sentencia T-357/17, disponible en <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2017/T-357-17.htm>, al 07/11/2020.

(77) Con referencia también a su decisión mediante sentencia T-357/17, 26/05/2017, consid. 65, párr. 5º.

(78) “Grand Chamber to examine case concerning compulsory vaccination”, Press Release issued by the Registrar of the Court, 06/01/2020, ECHR 003 (2020), disponible en www.hudoc.echr.coe.int, al 20/08/2020.

(79) *Ibid.*

(80) *Ibid.*

(81) *Ibid.*

(82) “Cases pending before the Grand Chamber”, disponible en <https://www.echr.coe.int/Pages/home.aspx?p=hearings/>

Luego fueron presentadas otras dos solicitudes por personas nacidas en 2011 (19306/15 y 19298/15). En estos casos, los solicitantes no habrían recibido las vacunas por la negativa de sus progenitores, basada en “lo prescrito por la ley con relación a sus creencias y convicciones”. Se negó también a las niñas y niños el acceso a la escuela. Los funcionarios educativos argumentaron que “la vacunación obligatoria constituía una restricción permisible al derecho a manifestar libremente la religión, o las creencias, porque era una medida necesaria para la protección de la salud pública y los derechos y libertades de los demás” (80).

La última solicitud (43883/15) fue presentada por un niño nacido en 2008. Los padres biológicos del solicitante habían elaborado un plan de vacunación individual. Así, el solicitante recibió las vacunas más tarde de lo programado por los funcionarios del Estado. Además, el menor de edad carecía de vacunas contra la tuberculosis, poliomielitis, hepatitis B, sarampión, paperas y rubéola. A él también se le prohibió asistir al jardín de infantes, debido a que no se habían cumplido las condiciones establecidas en la ley pertinente (ley 258, de 2000) (81).

En enero de 2020 se anunció que la Gran Sala del TEDH decidirá sobre los casos, hecho que da cuenta de la gran importancia que el tribunal les asigna. En sus reclamos, los demandantes alegaron que, de acuerdo con la CEDH, se habían violado varios de sus derechos, en particular su derecho al respeto de la intimidad y la vida familiar (art. 8º), a la libertad de pensamiento, conciencia y religión (art. 9º), y a la educación (art. 2º del Protocolo N° 1) (82). Se programó una audiencia para julio de 2020 y los casos aún están pendientes de resolución (83).

V.2. Jurisprudencia previa del TEDH en materia de vacunación

El caso “Vavricka y otros vs. República Checa” no fue el primero en el que se solicitó al TEDH que se pronunciara sobre la vacunación obligatoria en relación con los arts. 8º y 9º de la Convención. En el caso “Boffa y otros vs. San Marino”, la Comisión Europea de Derechos Humanos rechazó la pretensión de varios progenitores de no vacunar a sus hijos, en contra de la obligación establecida en su legislación nacional, con base en el art. 9º § 1 de la CEDH (84). La Comisión sostuvo que “...en lo que respecta al objetivo de la legislación impugnada, la injerencia se basa en la necesidad de proteger la salud de la población y de las personas interesadas, por lo que está justificada” (85).

En cambio, el caso “Salveti vs. Italia” fue iniciado por una persona que sufrió de parálisis, ceguera y disartria como resultado de la vacunación obligatoria contra la poliomielitis (86). La accionante alegó que “la ley italiana imponía las vacunas obligatorias, pero no preveía una compensación justa por las enfermedades o dolencias derivadas de ellas” (invocando los arts. 2º § 1, 5º § 1, 12 y 17 de la Convención) (87). El TEDH afirmó que no había existido violación de los artículos mencionados por la demandante, pero examinó el reclamo bajo el art. 8º de la Convención, con base en el precedente “Passanante vs. Italia”, donde se estableció que la vida privada incluía la integridad física de la persona (88). Así,

sostuvo que “...las vacunas obligatorias como tratamientos médicos no voluntarios, significan una injerencia en el derecho al respeto de la vida privada garantizado por el art. 8º § 1” (89). Sin embargo, dado que la Convención solo regía los hechos posteriores a su entrada en vigor, el TEDH se negó a considerar las circunstancias del caso, relacionadas con una inoculación ocurrida en 1971, ya que no entraban dentro del ámbito de su competencia *ratione temporis* (90). Por lo tanto, el Tribunal declaró inadmisibles los casos.

Debido a la decisión de inadmisibilidad, es difícil sacar conclusiones definitivas para los casos pendientes de “Vavricka y otros vs. República Checa”, basadas en el precedente “Salveti vs. Italia”. El TEDH simplemente declaró que las vacunas obligatorias dan lugar a una injerencia en virtud del art. 8º § 1 de la CEDH, que prevé el derecho al respeto de la vida privada y familiar; pero no analizó si tal injerencia se hallaba justificada en virtud del art. 8º § 2, referido a situaciones que justifican tal intrusión por parte de la autoridad pública. En segundo lugar, las circunstancias son diferentes en estos casos, ya que, la Sra. Salvetti sufrió daños físicos como resultado de la efectiva aplicación de una vacuna obligatoria; mientras que en “Vavricka y otros vs. República Checa”, el procedimiento fue directamente rechazado por quienes luego reclamaron, y su consecuencia fue la prohibición de asistir a la escuela y la imposición de multas (91). Es así que en el primer caso las consecuencias podrían considerarse mucho más graves, con una fuerte afectación de la integridad física; refiriéndose la acción a la indemnización y no a la vacunación obligatoria en sí. También han pasado décadas, y la situación actual de pandemia global puede implicar nuevos matices en la discusión.

El TEDH también ha resuelto otros asuntos relacionados con las vacunas. En el caso “Sanofi Pasteur vs. Francia”, una enfermera en formación tuvo que ser vacunada y sufrió daños físicos causados por la inoculación (92). Sin embargo, la acción tramitada ante el TEDH fue interpuesta por el laboratorio Sanofi Pasteur, que había sido declarado responsable y condenado por un tribunal francés a pagar los daños y perjuicios causados, versando sobre el art. 6º de la CEDH, referido al derecho a un juicio equitativo y a su trámite en un plazo razonable (93).

V.3. Art. 8º de la CEDH: derecho al respeto de la vida privada y familiar

En ausencia de más jurisprudencia del TEDH en relación con la vacunación obligatoria, vale la pena analizar las decisiones de ese Tribunal para otros casos similares referidos a la salud y a la autodeterminación, en los que se analizaron los arts. 8º y 9º de la CEDH. En cuestiones concernientes a la vacunación, y según la interpretación del citado Tribunal, basada en el art. 8º, apart. 2º, de la CEDH, cabe interpretar que la protección de la salud y la moral, como, asimismo, la protección de los derechos y libertades de terceros, son las principales limitaciones relevantes. En este sentido, hay varios casos en la jurisprudencia del TEDH que significaron tensiones entre el cuidado y el tratamiento de la salud —de un lado— y el derecho al respeto de la vida privada y familiar (art. 8º) o la libertad de pensamiento, conciencia y religión

(art. 9º) (94) —del otro—. Tales disposiciones incluyen la protección de la integridad física y moral de las personas, según se estableciera en los casos “Salveti vs. Italia” y “Solomakhin vs. Ucrania” (95). El TEDH también había hecho hincapié en que “incluso una pequeña injerencia en la integridad física de una persona debe considerarse una injerencia en el derecho al respeto de la vida privada en virtud del art. 8º, si se lleva a cabo contra la voluntad de la persona” (96).

El caso “Solomakhin vs. Ucrania” también se considera uno de los más importantes en cuanto a la valoración de la salud pública en relación con los derechos individuales. A pesar de haberse opuesto reiteradamente a la vacunación, el demandante en este caso recibió la vacuna contra la difteria, lo cual le generó una serie de enfermedades crónicas. Al respecto, el Tribunal interpretó que la injerencia estaba prevista por la ley y perseguía el objetivo legítimo de proteger la salud (97). Cabe destacar que en los casos pendientes de “Vavricka y otros vs. República Checa”, según la plataforma fáctica, las vacunas obligatorias estaban ordenadas por la ley y su objetivo era la protección pública (98).

A su vez, en el caso “Solomakhin vs. Ucrania”, el TEDH determinó que se habían violado los derechos del demandante en virtud del art. 8º de la CEDH, pero, no obstante, la violación estaba justificada por motivos de salud pública (99). De allí que existe jurisprudencia previa que establece que la vacunación, como tratamiento médico, requiere de consentimiento y que, faltando este, habrá una injerencia. Pero también tal jurisprudencia admite que ese tipo de injerencia o vulneración se justifica por motivos de salud pública. Es así que, para el caso “Vavricka y otros vs. República Checa”, una decisión equilibrada por parte del TEDH podría depender de las específicas circunstancias de los casos.

Además, se deberá examinar si la injerencia relevante resultó necesaria en una sociedad democrática, cuestión que resulta esencial en la valoración del TEDH (100). En el caso “Solomakhin vs. Ucrania”, el Tribunal interpretó que la injerencia en la integridad física del actor “estaba justificada por consideraciones de salud pública y la necesidad de controlar la propagación de enfermedades infecciosas en la región” (101). También interpretó que los trabajadores de la salud habían tomado medidas para garantizar la seguridad de las vacunas.

Un aspecto no considerado por el Tribunal fue que, de acuerdo con ciertos estudios europeos sobre el tema, los sistemas obligatorios de vacunación no garantizarían una mayor tasa de cobertura en la población concernida (102). Así, cabría preguntarse si resulta necesario imponer políticas de vacunación obligatoria, y si estas cumplen con el requisito de necesidad establecido por el TEDH en su jurisprudencia anterior (103), dado que el objetivo de la cobertura vacunal podría lograrse con medidas menos restrictivas.

V.4. ¿Podría la pandemia de COVID-19 afectar la doctrina del margen de apreciación en el campo de la salud pública aplicada por el TEDH?

La teoría del margen de apreciación otorga a los Estados nacionales la facultad discrecional

pulsory vaccination”, ob. cit.

(92) “Reclamo por daños contra Sanofi Pasteur, por esclerosis múltiple sufrida luego de una vacunación contra la hepatitis B”, comunicado de prensa emitido por el secretario de la Corte el 06/01/2020, TEDH062 (2020), consultado en www.hudoc.echr.coe.int, el 21/08/2020.

(93) *Ibid.*

(94) NIEMINEN, L., “Health as a human right”, ob. cit., p. 96.

(95) “Salveti vs. Italy”, application 42197/98, cit., y “Solomakhin vs. Ukraine”, solicitud 24429/03, sentencia del 15/03/2012, párr. 33.

(96) “Storck vs. Germany”, solicitud 61603/00, sentencia del 16/06/2005, párr. 143.

(97) “Storck vs. Germany”, cit., párr. 35.

(98) “Grand Chamber to examine case concerning compulsory vaccination”, ob. cit.

(99) “Solomakhin vs. Ukraine”, cit., párr. 36.

(100) “Solomakhin vs. Ukraine”, cit., párr. 35.

(101) “Solomakhin vs. Ukraine”, cit., párr. 36.

(102) HAVERKATE, M. - D’ANCONA, F. - GIAMBI, C. - JOHANSEN, K. - LOPALCO, P. L. - COZZA, V. - APPELLGREN, E., “Mandatory and recommended vaccination in the EU, Iceland and Norway: results of the VENICE 2010 survey on the ways of implementing national vaccination programmes”, *Eurosurveillance*, 2012;17:[22], disponible en <http://www.eurosurveillance.org/content/10.2807/ese.17.22.20183-en>, al 15/11/2020.

(103) “Solomakhin vs. Ukraine”, cit., párr. 35.

de aplicar los criterios establecidos por el TEDH en asuntos para los que no existe un consenso. Más precisamente, significa que, allí donde no existe un mínimo común europeo para entender de una determinada manera el contenido de un derecho, se abre para los Estados miembros un margen de acción que les permite fijar —de acuerdo con circunstancias jurídicas, sociales y culturales— el contenido y alcance de ciertos derechos. Ello así, hasta tanto el TEDH encuentre elementos nuevos que le permitan establecer contenidos que se integrarán al orden público europeo y serán por tanto aplicables a todos los Estados miembros del Consejo de Europa por igual (104). En cuanto a las vacunas, los Estados miembros han adoptado diferentes enfoques, ya que algunos de ellos las exigen obligatoriamente (como la República Checa), mientras que otros no lo hacen (como Finlandia).

En este sentido, cabe preguntarse: ¿podría el TEDH concluir que la obligatoriedad de la vacunación hace a decisiones que se encuentran dentro del margen de apreciación de cada Estado? Este Tribunal ha considerado anteriormente que “las cuestiones de política sanitaria, en particular en lo que respecta a las medidas preventivas generales, están en principio dentro del margen de apreciación de las autoridades nacionales, por hallarse estas en mejores condiciones para evaluar las prioridades, el uso de los recursos y las necesidades sociales” (105). Si el TEDH decidiera que la obligatoriedad de la vacunación hace a una materia donde rige el margen de apreciación de un Estado, cabría interpretar que los Estados miembros tienen un derecho soberano a decidir sobre los asuntos de salud pública. La justificación para ello también derivaría del hecho de que son los Estados nacionales y sus autoridades quienes asumen principalmente los costos y responsabilidades de la atención de la salud y de la forma en que se procura el bienestar general.

Sin embargo, la cuestión podría complejizarse en el caso de las vacunas, ya que las enfermedades prevenibles por vacunación no reconocen fronteras. Además, antes del brote pandémico de COVID-19, la gente realizaba viajes internacionales como nunca antes. Podría, entonces, haber razones para argumentar que las cuestiones relacionadas con la vacunación y su obligatoriedad no pueden considerarse puramente locales.

VI. Reflexiones jurídicas en torno a la vacunación durante la pandemia de COVID-19

En la actualidad, millones de ciudadanas y ciudadanos del mundo aguardamos esperanzados el inicio de la aplicación de vacunas que puedan contener la pandemia. Varias de ellas se encuentran bajo ensayo a nivel global, con extensas pruebas en seres humanos. Si bien se han flexibilizado ciertos requisitos para su aprobación, en razón de la crisis sanitaria y de la inexistencia de tratamientos efectivos para la cura de la enfermedad por COVID-19, aún debe completarse la mayoría de las investigaciones y atravesarse los controles aplicables a nivel local e internacional.

En el ínterin existen múltiples acciones para una producción y distribución rápida, segura y equitativa de las vacunas. Tales acciones se realizan aún sin certeza sobre la efectividad de las inmunizaciones y, en varios casos, se ha hecho público el compromiso de los responsables de desechar las producciones, de no resultar las vacunas adecuadas.

En este contexto, en la Argentina recientemente se sancionó la citada ley 27.573 (BO del 06/11/2020), sobre vacunas destinadas a generar inmunidad adquirida contra el COVID-19, que en

esencia brinda un marco para que el Poder Ejecutivo de la Nación (PEN), a través del Ministerio de Salud de la Nación (MSAL), pueda celebrar convenios con distintos laboratorios para la adquisición de tales vacunas. Además de apoyos, sus términos han merecido críticas, especialmente en cuanto faculta a tal autoridad a incluir cláusulas que establezcan la prórroga de jurisdicción a favor de tribunales extranjeros, con renuncia a oponer la defensa de inmunidad soberana, aunque tal prórroga se refiere “exclusivamente respecto de los reclamos [...] con relación a tal adquisición” y que “En ningún caso la prórroga de jurisdicción podrá extenderse o comprender a terceros residentes en la República Argentina, sean personas humanas o jurídicas, quienes en todos los casos conservan su derecho de acudir a los tribunales locales o federales del país por cuestiones que se susciten o deriven de la aplicación de estos contratos” (art. 2º). Se concluye así, claramente, que las acciones por daños y perjuicios que puedan derivar de la aplicación de vacunas podrán iniciarse por los damnificados y contra cualquiera de los responsables, en este país.

Asimismo, se criticó la facultad atribuida al PEN, por intermedio del MSAL, para incluir “cláusulas que establezcan condiciones de indemnidad patrimonial respecto de indemnizaciones y otras reclamaciones pecuniarias relacionadas con y en favor de quienes participen de la investigación, desarrollo, fabricación, provisión y suministro de las vacunas, con excepción de aquellas originadas en maniobras fraudulentas, conductas maliciosas o negligencia por parte de los sujetos aludidos” (art. 4º). Esta disposición habría sido solicitada por laboratorios que comercializarían la vacuna a precio subsidiado y con renunciamiento a derechos de patentes (106), sin fines de lucro (107) y aceptando el acceso de auditores a su contabilidad para controlar tal circunstancia (108). En cualquier caso —pensamos—, la experiencia argentina da cuenta de que la implementación inadecuada de disposiciones de esta naturaleza sería superada fácilmente por acciones de inconstitucionalidad.

También se ha cuestionado la disposición que permite “...incluir cláusulas o acuerdos de confidencialidad”, aunque se establece que estas deben ser “acordes al mercado internacional de las vacunas destinadas a generar inmunidad adquirida contra la COVID-19, de conformidad con las leyes 27.275, de Acceso a la Información Pública, 26.529, de Derechos del Paciente, y normas concordantes, complementarias y modificatorias” (art. 4º), habiéndose informado que la Administración Nacional de Medicamentos, Alimentos y Tecnología (ANMAT) contará con información completa sobre las vacunas (incluyendo fórmulas, resultados de fases de investigación, costos, dosis), tratándose de una confidencialidad atinente a la patentabilidad (109). Claro está que la transparencia en todo aquello que pueda interesar a la salud de las personas (p. ej., naturaleza del producto, beneficios, riesgos esperables) hace a una información que debiera brindarse y que resulta ajena a la norma.

Los citados requisitos excepcionales lucen propios de las extraordinarias circunstancias que venimos viviendo a nivel global, por causa de la crisis provocada por la COVID-19, en cuyo contexto se prevé que las primeras vacunas se apliquen bajo una autorización de uso de emergencia. Y cabe destacar que la ley en cuestión no deroga disposición alguna, razón por la cual sigue vigente la normativa sanitaria, bioética, civil, penal y cualquier otra pertinente a la materia.

Por lo expuesto, si bien las críticas esgrimidas podrían hallarse justificadas en abstracto,

pierden fuerza al analizarse la norma en forma circunstanciada. Y no dejan de sorprender cuando provienen de referentes que han apoyado públicamente el uso de sustancias no aprobadas para el consumo humano como remedio para la enfermedad causante de la pandemia, o de operadores jurídicos que han trabajado para garantizar judicialmente el financiamiento de tratamientos médicos experimentales, en pos de una alegada defensa del derecho a la salud.

En cualquier caso, luego de las naturales discusiones que debieron darse acerca del carácter de la futura vacuna contra el COVID-19, las autoridades de salud argentinas han confirmado una política pública de inmunización no obligatoria para la emergencia (110). Tal criterio nos parece prudente, teniéndose en cuenta factores como los tiempos acotados de los ensayos clínicos en curso; las posibles limitaciones para la disponibilidad de vacunas en cantidad suficiente en el corto plazo; el aparente aumento de la reticencia a la vacunación en este contexto y el hecho de que los grupos vulnerables para el COVID-19 comprenden mayormente poblaciones de adultos que no dependerán de terceros para tomar sus propias decisiones.

Por su parte, en Finlandia por ahora no se ha dictado legislación especial sobre la materia, resultando aplicable la normativa general y siendo esperable el dictado de algunas disposiciones administrativas que puedan facilitar la implementación de las próximas campañas de inmunización.

VII. Palabras finales

De acuerdo con la evidencia científica, la vacunación constituye una estrategia de salud pública preventiva y altamente efectiva. Ello es así en la Argentina y en Finlandia, en Europa y Latinoamérica. Pero aquello que hace que toda discusión a su respecto devenga especialmente interesante es que la decisión de recibirla o de no hacerlo no solo afecta a las personas individualmente, sino a terceros y a la comunidad como un todo.

Es así que la cuestión obliga a formularse preguntas como las siguientes: ¿hasta qué punto deberíamos optar por proteger los derechos de una persona, si ello puede tener un efecto muy negativo sobre las demás? Pero, de otro lado, ¿hasta qué punto podrían sacrificarse los derechos de un individuo para proteger “el bien común”? Son estas algunas de las preguntas relevantes, para las que la ética y el derecho no tienen respuestas definitivas, pero que han motivado conflictos jurídicos puntuales en muy diversas culturas, cuya resolución hemos podido apreciar a lo largo de este trabajo.

En Europa, donde rigen distintas políticas en torno a la vacunación —voluntaria u obligatoria—, con conflictos que finalmente serán resueltos por el Máximo Tribunal continental de Derechos Humanos, es difícil predecir cuál será la decisión a su respecto. Sin embargo, será interesante conocer cómo se procura un equilibrio entre los derechos cuya violación alegan los demandantes y la seguridad colectiva. Los precedentes previos datan de hace casi veinte años y habrá que ver qué impacto tiene en la futura decisión del TEDH la acción de los movimientos antivacunas, los brotes de enfermedades prevenibles y la crisis global del COVID-19. Desde lo fáctico, ciertos estudios sugieren que la obligatoriedad de la vacunación no significa necesariamente el aumento de la población efectivamente inoculada. Además, los posibles efectos adversos de las vacunas no se pueden evitar por completo.

En Latinoamérica, un territorio marcado por las desigualdades, la obligatoriedad de la vacu-

nación, con su consiguiente financiamiento por el Estado y demás prestadores de servicios de salud, parece haber tenido todo un sentido en términos de prevenir enfermedades y salvar la vida de muchísimas personas con necesidades básicas insatisfechas. Hubo casos paradigmáticos, donde enfermedades potencialmente fatales, condicionadas por el ambiente, fueron controladas gracias a la inmunización dispuesta en forma generalizada y obligatoria (111). Ello no obstó a una extensa judicialización de los conflictos, en esencia resueltos por los tribunales nacionales.

Pero con el impacto de las migraciones masivas y de los grupos antivacunas, entre otros fenómenos de la globalización, sumados a la inusitada situación provocada por la actual pandemia, los dilemas asociados a la vacunación parecen encontrar a las naciones del mundo en situaciones similares.

A futuro, no será posible predecir toda pandemia y sus particularidades. Sin embargo, resulta deseable prepararse para este tipo de escenarios, trabajando por la seguridad de las vacunas, más allá de su aprobación, y habilitando su prueba con tiempo suficiente. Una educación e información basadas en la ciencia, una legislación acorde y, asimismo, la transparencia en las comunicaciones, serán también herramientas importantes.

Actualmente, asistimos con perplejidad a los efectos del coronavirus. Con una población mundial asustada, cansada y empobrecida, y un planeta donde proliferan las posturas radicales, una serie de vacunas diseñadas y probadas velozmente aparecen como el elixir. En esas condiciones, enfrentándonos todavía a la incerteza propia de todo nuevo remedio y a la inédita complejidad de la distribución de vacunas para una población de miles de millones de personas, su aplicación voluntaria en el contexto de la crisis del COVID-19 parece la alternativa más adecuada, al menos para la generalidad de los casos. Además, tal opción habilita un verdadero equilibrio entre los derechos individuales y el interés público.

Por lo demás, si bien no podemos hoy evadir el angustioso escenario trazado por la pandemia, nos encontramos ante la oportunidad inédita de que, mediante un trabajo experto y solidario, se logre la producción y distribución equitativa de vacunas, evitándose un sufrimiento mayor y renovando la esperanza sobre la condición humana.

Cita on line: AR/DOC/3839/2020

MÁS INFORMACIÓN

Kemelmajer de Carlucci, Aída, “Los recursos limitados y el ‘amparo’ como instrumento de acceso a la salud”, LA LEY 09/09/2020, 1, AR/DOC/2350/2020

Palacios, Marcelo, “La atención médica primaria, extrahospitalaria, infrautilizada contra la COVID-19”, SJA 09/12/2020, 69, JA 2020-IV, AR/DOC/3603/2020

Maglio, Ignacio; Neira, Jorge; Ravioli, Julio; Wierzb, Sandra M., “Perspectivas jurídicas y médicas en situaciones de desastre”, LA LEY 17/11/2020, 1, AR/DOC/3398/2020

LIBRO RECOMENDADO

Manual de Obligaciones Civiles y Comerciales
Autor: Wierzb, Sandra M.
Edición: 2018
Editorial: La Ley, Buenos Aires

{ NOTAS }

(104) Conf. BENAVIDES CASALS, María Angélica, “El consenso y el margen de apreciación en la protección de los derechos humanos”, *Revista Ius et Praxis*, 15 [1]:295-310, 2009, disponible al 18/09/2020 en <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-00122009000100009>.

(105) “Shelley vs. the United Kingdom”, solicitud 23800/06, decisión sobre la admisibilidad del 04/01/2008, párr. 116.

(106) Conf. lo expuesto por el diputado Pablo Yedlin, pre-

sidente de la Comisión de Acción Social y Salud Pública de la Cámara de Diputados del Congreso Nacional en entrevista a distancia con los integrantes de la Federación Argentina de Colegios de Abogados, de fecha 05/11/2020.

(107) Conf. nota periodística disponible al 04/09/2020 en <https://www.telam.com.ar/notas/202008/504435-alberto-fernandez-vacuna-coronavirus-astrazeneca.html>.

(108) Conf. nota periodística disponible al 04/09/2020 en

<https://forbes.co/2020/07/30/actualidad/astrazeneca-no-responder-por-demandas-contra-vacunas-de-covid-19/>.

(109) Conf. entrevista cit. en nota 107.

(110) VIZZOTTI, Carla (secretaría de Acceso a Salud de la Nación Argentina), “Ninguna vacuna contra la COVID-19 será obligatoria”, ob. cit.

(111) En este sentido, resulta elocuente lo sucedido en la Argentina con la vacunación para la hepatitis A: la enfermedad tenía

una importante incidencia en niñas y niños de hasta cuatro años y podía provocar una falla hepática fulminante, solo tratable mediante el trasplante de hígado. Antes de la aparición de la vacuna, la prevención consistía esencialmente en medidas higiénicas. En 2005 el Ministerio de Salud y Ambiente de la Nación incorporó la vacuna al Calendario Nacional y desde 2007 no se realizaron trasplantes de hígado en la población objetivo de la vacunación (ver <https://www.argentina.gob.ar/salud/vacunas/hepatitisa>).


NOTA A FALLO

Gestación por sustitución

Revocación de sentencia que desplazó la filiación materna de la mujer gestante y admitió el emplazamiento filial de una pareja homosexual. Figura que no está admitida por el ordenamiento jurídico. Determinación de la maternidad por el útero. Orden público. Inexistencia de vacío legislativo. Inaplicabilidad del art. 19 de la Constitución Nacional. Disidencia. Derecho a formar una familia. Voluntad procreacional. Igualdad. Interés superior del niño e identidad.

1.- En el actual régimen jurídico cabe considerar a la gestante como madre de la menor con independencia del posible aporte que pudiere haber hecho de material genético y de su eventual intención de ejercer el rol materno. Mientras el legislador no autorice otra consecuencia jurídica, no corresponde apartarse de la ley que atribuye en la especie la maternidad por el parto con prescindencia del nexo genético que tenga la madre con la niña y la ausencia de voluntad procreacional que pueda haber mediado de parte de la gestante. Es decir, pudiendo existir dos vínculos filiatorios, el único modo de admitir la pretensión sería contrariar el orden público; lo que no resulta admisible. Además, encontrándose en juego el derecho a la identidad del menor frente al derecho de los mayores

a formar una familia con hijos no biológicos, borrando de sus antecedentes a la donante anónima del gameto femenino y la gestante, consideramos que debe otorgarse primacía al primero, pues de lo contrario el vínculo biológico con el progenitor que no da a luz, como el de la mujer gestante, sería irrelevante en oportunidad de tener que establecerse la filiación. Por lo demás, el ordenamiento legal da la solución puntual al caso, contemplando en el art. 630 y concs. del Cód. Civ. y Com. de la Nación un proceso con debida intervención y contralor judicial otorgante de vínculo filiatorio pleno, al cual podrá acceder quien así lo estime.

2.- La intención del legislador fue clara al excluir la gestación por sustitución del proyecto de reforma. Por ende, no existe vacío legislativo que justifique resolver el caso en función de lo normado por el art. 19 de la CN.

3.- De admitirse lo que pretenden las partes, estas podrían acordar tanto sobre la voluntad procreacional como respecto al procedimiento de determinación de la filiación y el modo de entrega del niño de una persona a quien no se estima como la madre a los progenitores que serían los padres por el solo acuerdo de aquellas ante la inexistencia de prohibición alguna, lo que no se puede avalar. Se naturalizaría este tipo de procedimiento flexibilizando indebidamente los requerimientos que deben exigirse de acuerdo al espíritu y marco normativo que regula la cuestión.

4.- Los términos en que se encuentra redactado el art. 562 del Cód. Civ. y Com. actualmente imponen concluir que la figura no está admitida, guardando ello coherencia con los términos que emergen del art. 17 del Cód. cit. que prohíbe contratos gratuitos u onerosos sobre el propio cuerpo. Dicha situación no es menor, si se toma en cuenta que el orden público que regula la materia proyecta sus efectos sobre la normativa en trato.

5.- El legislador no solo descartó la gestación por sustitución del anteproyecto, sino que, además, fue cuidadoso en aclarar cómo se determina la maternidad, por medio de una norma que es de fuerza imperativa y no disponible por la voluntad de los particulares.

6.- La voluntad procreacional no sirve para determinar la maternidad, dado que se determina por el útero, más allá de todo consentimiento. En otras palabras, la voluntad procreacional rige en el ámbito donde no rige el vientre, como una nueva forma jurídica de enlazar al niño con sus progenitores de deseo.

7.- El art. 565 del Cód. Civ. y Com. dispone, como principio general, que en la filiación por naturaleza la maternidad se establece con la prueba del nacimiento y la identidad del nacido; es decir, prevé un sistema de determinación legal y objetivo de la maternidad.

8.- El art. 588 del Cód. Civ. y Com. de la Nación señala que en los supuestos de filiación por

TRHA la falta de vínculo genético no puede invocarse para impugnar la maternidad, si ha mediado consentimiento previo, informado y libre. Se pretende reafirmar que ese hijo o hija es de quien dio a luz. El artículo no descarta ni prohíbe la gestación por sustitución, sino que la autoriza, aunque con los límites o modalidades citadas, específicamente que el niño o niña nacidos sean hijos de quien dio a luz y, además, del hombre o de la mujer que ha dado su consentimiento previo. Por ello, no existe la prohibición de que haya un cuerpo gestante, sino que se constriñe a determinar que el hijo nacido será de quien dio a luz, más allá que no haya coincidencia genética (del voto en disidencia de la Dra. Bermejo).

9.- La gestación por sustitución no conculca el orden público, pues, de haber sido así, no se pudo haber incorporado al ordenamiento un artículo como el 2634 (arts. 558, 560 y ss., Cód. Civ. y Com. de la Nación). La coherencia de un mismo sistema jurídico no puede admitir una propia contradicción o un doble *standard* de antijuridicidad (del voto en disidencia de la Dra. Bermejo).

10.- De interpretar que el art. 562 del Cód. Civ. y Com. de la Nación integra el orden público —como opina el señor Fiscal coadyuvante—, no se podría admitir que la gestación por sustitución realizada en el extranjero se anote en nuestro país. No podría la ley prever el reconocimiento en el país de un derecho que resulte contrario a nuestro ordena-

Comentario a un fallo desalentador sobre las técnicas de reproducción humana asistida

María Laura Berterreix (*)

SUMARIO: I. Introducción.— II. Breve consideración previa sobre la inconstitucionalidad de las normas.— III. Análisis —y crítica— de los fundamentos del fallo de la Cámara.— IV. Palabras finales: propuesta de reforma.

I. Introducción

Pese a que ya han pasado más de cinco años desde la sanción del actual Código Civil y Comercial de la nación (en adelante Cód. Civ. y Com.) —con la constitucionalización del derecho privado que implicó su reforma y, en particular, con la incorporación de las Técnicas de Reproducción Humana Asistida (en adelante TRHA) como tercera fuente de filiación y en clave con el acogimiento de la diversidad en la formación de las familias— con fecha 28 de octubre de 2020, la Sala K de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil dictó un fallo sobre la aplicación de dichas técnicas en parejas conformadas por dos hombres que merece la pena ser abordado por resultar, como indica nuestro título, desalentador para brindar respuesta a personas que buscan en el derecho una solución a sus problemas y en contra del desarrollo jurisprudencial que se viene consolidando.

Es que en el fallo que comentamos, la Cámara resolvió hacer lugar a los agravios expresados por el Sr. Fiscal de Cámara —a los que adhirió la Sra. Defensora de Menores de Cámara— y revocar por mayoría una sentencia dictada por primera instancia en la cual se había hecho lugar al desplazamiento de la filiación materna de la

niña —mujer gestante— y consiguiente emplazamiento en carácter de progenitores a los Sres. R. R. F. y D. H. R como consecuencias de la utilización de TRHA.

Para así decidir, expresaron que no existe vacío legal alguno con relación a la figura de la “gestación por sustitución” y que dicha institución no se encuentra admitida en virtud del art. 562 del Cód. Civ. y Com., centrándose en la literalidad de la norma y manifestado que el punto de partida de toda filiación es el vientre y que la voluntad procreacional rige en el ámbito donde este no aparece.

Indicaron que, con el actual estado de cosas, cabe considerarse a la gestante como madre de la menor, con independencia de los aportes que pudo haber hecho o no de material genético o con su deseo o no de ser madre, y que en tanto no se regule otra consecuencia jurídica, no corresponde apartarse de la norma que atribuye en la especie la maternidad por el parto con prescindencia del nexo genético y la ausencia de voluntad procreacional que pudo haber mediado.

Expresaron que encontrándose en juego el derecho a la identidad del menor frente al derecho de los mayores a formar una familiar, deberá estarse al primero.

{ NOTAS }

Especial para La Ley. Derechos reservados (Ley 11.723)
(*) Abogada, Universidad Nacional del Sur.

CONTINÚA EN PÁGINA 8

La gestación por sustitución, un obstáculo cultural más que jurídico o técnico

Fabiana Quaini (*)

SUMARIO: I. Introducción.— II. Antecedentes.— III. El orden público.— IV. La interpretación del art. 562 del Cód. Civ. y Com. referente a que *mater semper certa est*.— V. Pedido o no de inconstitucionalidad.— VI. La eliminación de la gestación por sustitución por la Comisión Redactora del Código Civil y Comercial de la Nación.— VII. Interpretación del art. 19 de la CN.— VIII. Argumentación sobre el límite de la cantidad de vínculos filiales conforme art. 558 del Cód. Civ. y Com. de la Nación.— IX. Llevar a las partes a iniciar un nuevo proceso de adopción por el art. 630 del Cód. Civ. y Com. de la Nación.— X. El Interés Superior del niño y la vulneración de derechos propios de cualquier ser humano.— XI. Una reflexión final.

I. Introducción

La Dra. Bermejo con su voto en notable disidencia, llevando un 50% más de texto que lo desarrollado por su colega de sala preopinante, el Dr. Osvaldo O. Álvarez, se refirió a la gestación por sustitución, expresando que “Todas las disyuntivas que presentan estas nuevas alternativas que la ciencia ofrece encuentran un obstáculo cultural más que jurídico, o técnico”.

La sala K no reconoce la gestación por sustitución, desestimando la demanda de impugnación de maternidad, enviando a los padres, a su hija de 4 años y a la mujer gestante si así lo desearan a encausar una demanda por una adopción.

Con este fallo la sala K se alinea con la sala E (“S. I. N. c. A. C. L. s/ impugnación de filiación”, expediente 86.767/2015) en rechazar estas prácticas, mientras que la sala I (“S. M. D. y otros c. A. S. S. s/ filiación”, sentencia caso 55.012/2017, del

28/08/2020) está a favor de estas prácticas junto a la sala H (CIV 14153/2017, “S. T., V. s/ inscripción de nacimiento” y el Procurador de la Corte Suprema se alinea en favor de estas prácticas (CIV 14153/2017/CSI, “S. T., V. s/ inscripción de nacimiento”). Por cierto, todos los anteriores casos ya están en espera a ser tratados en la Corte Suprema.

II. Antecedentes

Los cónyuges integrantes de un matrimonio igualitario tenían el deseo de convertirse en padres, no por adopción sino con el convencimiento de ser padres a través de las técnicas de reproducción asistida recurriendo a un útero portador. Una persona que los conocía desde años se ofrece a llevar el embarazo y ayudarlos a convertirse en padres. Así todos concurrieron al Centro Médico Halitus, donde se desarrolló la formación de los

CONTINÚA EN PÁGINA 10

{ NOTAS }

Especial para La Ley. Derechos reservados (Ley 11.723)
(*) Abogada, Maître en Droit de la Université de Tours y DESS (*Diplôme des Etudes Supérieures Spécialisées*) de la Université de Toulouse (Francia). Miembro de la “International

Academy of Family Lawyers”, de la “Academy of Adoption and Assisted Reproduction Attorneys”, del LGTB Bar Family Law Institute de los EE.UU.

miento. Por este mismo fundamento tampoco se aprecia vulnerado el art. 12 del Cód. Civ. y Com. de la Nación (del voto en disidencia de la Dra. Bermejo).

11. - La reforma del texto del Anteproyecto no obliga a negar la gestación por sustitución, sino que solo se puede afirmar que su reglamentación se suprimió en la versión sancionada. La interpretación constitucional lleva a igual respuesta. El art. 19 de la Carta Magna prevé que nadie puede ser obligado a hacer lo que la ley no obliga. Así, al no estar prohibido, su falta de regulación no coarta su práctica, justamente para asegurar la libertad que destaca su mismo preámbulo (del voto en disidencia de la Dra. Bermejo).

12. - Al no haberse regulado la gestación por sustitución, existe un vacío legislativo que las decisiones judiciales han suplido. Así en diversos precedentes se acudió a los requisitos contenidos en el Proyecto de Reforma y Unificación del Cód. Civ. y Com. presentado en el Congreso de la Nación —que culminara con la sanción del Código hoy vigente—, para

encauzar una posible respuesta (del voto en disidencia de la Dra. Bermejo).

13. - Definir que solo por gestar es madre limita el concepto de la palabra y de los alcances que la misma realidad social y la propia ciencia brinda a ese término. La acota a una noción médica que olvida la incidencia de los adelantos técnicos que permiten que un cuerpo gestante porte a un niño o niña de otras personas, al igual que da la espalda a las múltiples realidades sociales que admiten que ese sea un rol que se asuma y ejerza desde la socioafectividad, por ejemplo, como ocurre en la adopción (del voto en disidencia de la Dra. Bermejo).

14. - En el caso de gestación por subrogación, la persona gestante, sin vínculo genético con el niño o niña, será progenitor por determinación de la ley solo por el hecho de haberlo alumbrado. Se impone, de tal manera, un criterio biológico que borra la historia de la gestación y de las voluntades que intervinieron en su concreción. Detenerse solo en el parto para definir a uno de los progenitores es recortar al proceso que llevó a que la in-

tención de dos o tres personas, según pueda acontecer, haya culminado en el nacimiento de un ser humano (del voto en disidencia de la Dra. Bermejo).

15. - Convenir que solo el vientre es lo que convierte en progenitora a una persona conlleva que se le otorgue ese título a quien pueda no desearlo ni tener vínculo genético con la persona nacida, quien no desee ejercer su rol paternal, desplazando a quien sí lo persigue y que solo podría concretar esa voluntad con intervención de la ciencia, pues su propia naturaleza se lo impide. Esta realidad es lo que impone flexibilizar la mirada, en pos del respeto a los derechos humanos de los adultos y de los niños nacidos por esta técnica (del voto en disidencia de la Dra. Bermejo).

16. - Determinar, como lo hace la ley, que es madre quien da a luz un hijo es desconocer la verdad, pues si no hubiera habido un aporte genético de una tercera persona, de gametos masculinos y femeninos, esa gestación no se hubiera originado y esa persona no hubiera nacido. También cabría preguntarse si un hecho de la naturaleza, como es

el nacimiento de una persona, puede ser definido jurídicamente por una afirmación de la ley para darle una connotación jurídica que la propia persona gestante no tuvo como intención (del voto en disidencia de la Dra. Bermejo).

17. - Ya sea que se trate de parejas heterosexuales, que no pueden gestar a su propio hijo, o parejas del mismo sexo, que deben recibir un gameto que pueda combinarse con uno del de ellos y que el hijo crezca en un cuerpo gestante, se enfrentan a la circunstancia que la ley predetermina que quien da a luz sea uno de los progenitores. Ello coloca en desventaja a la pareja de hombres frente a la de una de dos mujeres cuando una de ellas es quien da a luz y la otra quien aportó su gameto —necesario para que haya gestación por subrogación—, además del insustituible gameto masculino aportado por un donante. Así, en el caso de parejas conformadas por dos mujeres, incluso antes de la sanción del Código Civil y Comercial de la Nación, en el dec.1006/2012 se preveía la inscripción del nacimiento de los hijos nacidos de una unión de dos mujeres. La Ciudad Autóno-

María Laura Berterreix

VIENE DE PÁGINA 7

Aclararon que el control de constitucionalidad no incluye el examen de la conveniencia o acierto del criterio adoptado por el legislador en el ámbito de sus atribuciones, sino que debe limitarse al examen de compatibilidad de las normas con lo observado en la Constitución Nacional, no advirtiendo en el presente ninguna norma altere que el equilibrio armonio de las leyes en su conjunto.

Por último, remarcaron que la solución legal para el caso se encuentra en las normas sobre adopción.

Entendemos que en la actualidad una sentencia como la dictada no puede tener acogida y merece la pena su comentario por resultar, a nuestro criterio, contraria a principios y derechos consagrados en nuestro ordenamiento legal, como lo son el principio de realidad y solidaridad familiar (1), derecho a la libertad en la elección del proyecto de vida familiar y protección de esa familia (2), el derecho a gozar del desarrollo de la ciencia (3), el interés superior del niño (4) y el derecho a la identidad (5), entre otros y que en el presente desarrollaremos.

Desde ya adelantamos que coincidimos con lo decidido por el Juzgado de primera instancia —pese a la falta de declaración de inconstitucionalidad del art. 562 del Cód. Civ. y Com.— y con la disidencia de la Dra. Bermejo en segunda instancia (6), en tanto la niña debió ser inscripta como hija de sus progenitores, quienes exteriorizaron su voluntad procreacional.

II. Breve consideración previa sobre la inconstitucionalidad de las normas

Entendemos que el Juzgado de primera instancia para arribar a su decisión debió haber declarado la inconstitucionalidad del art. 562 del Cód. Civ. y Com. (7) por resultar contrario a principios y derechos consagrados en el bloque constitucional y, de esta manera, evitar dictar una sentencia que ignore la existencia de una norma y sea fácilmente atacable por falta de congruencia entre fundamentos y decisión.

Ello así, en tanto el vacío legal con relación a la “gestación por sustitución” que subyace no es tal por la regulación de la norma en cuestión y que resulta una barrera que debe saltarse para arribar a la conclusión que apoyamos, conforme lo expondremos en el acápite siguiente.

Si bien aceptamos que la declaración de inconstitucionalidad es un remedio que debe utilizarse como *ultima ratio* y es de suma gravedad institucional, el caso concreto lo ameritaba toda vez que la aplicación de la norma en cuestión implicaba una vulneración de los derechos en juego que resultaba de una gravedad significativa y manifiesta.

Sin perjuicio de ello, y al igual que lo describe la Dra. Bermejo, entendemos que la falta de declaración de inconstitucionalidad de la norma no empaña a la conclusión correcta a la que arribó primera instancia analizando la cuestión desde un marco constitucional y convencional.

En todo caso, y para dar lugar a una sentencia congruente en todos sus aspectos, atendiendo a los precedentes en la materia y sistema de control judicial difuso que rige en nuestro país, cualquier juez puede declarar la inconstitucionalidad de la norma al hacer el control mencionado, como lo pudo haber hecho en este caso la Cámara Civil de haber fallado conforme lo proponemos y de oficio.

Ya nuestro Alto Tribunal ha mencionado que “...no se sigue de ello la necesidad de petición expresa de la parte interesada, pues como el control de constitucionalidad versa sobre una cuestión de derecho y no de hecho, la potestad de los jueces de suplir el derecho que las partes no invocan o invocan erradamente —trasuntado en el antiguo adagio *iura novit curia*— incluye el deber de mantener la supremacía de la Constitución (art. 31 de la Carta Magna) aplicando, en caso de colisión de normas, la de mayor rango, —2— vale decir, la constitucional, desechando la de rango inferior...” (8).

Esto garantiza que el Poder Judicial, en todo momento, realice un control de las normas para evitar aplicar leyes que se contrapongan o vulneren principios consagrados en nuestro plexo normativo mayor y dictar sentencias conforme a derecho.

III. Análisis —y crítica— de los fundamentos del fallo de la Cámara

Habiendo saltado la barrera de la declaración de la inconstitucionalidad de la norma —o no— por parte del Juzgado de primera instancia, corresponde realizar un análisis de los fundamentos centrales del polémico fallo dictado por la Cámara y explicar por qué, a nuestro entender, el art. 562 del Cód. Civ. y Com. no supera el test de constitucionalidad.

Palmariamente surge que, en el caso concreto, la aplicación de la norma acarrea la violación a principio de realidad y solidaridad familiar, derecho a la libertad en la elección del proyecto de vida familiar y protección de esa familia, el derecho a gozar del desarrollo de la ciencia, el interés superior del niño y el derecho a su identidad, entre otros, y atenta contra la finalidad del ordenamiento jurídico en su conjunto, de lo cual la Cámara hubiera dado cuenta de haber realizado el correspondiente control de constitucionalidad que le impone aun de oficio nuestro ordenamiento y no alegar que se trata de simples cuestiones de políticas legislativas en las cuales no es posible inmiscuirse.

III.1. Principio de realidad y solidaridad familiar

Primeramente, es necesario aclarar que compartimos con la Cámara el análisis estrictamente legal sobre la figura de la gestión por sustitución y que no existe, en este aspecto, vacío legal alguno, lo cual no implica que estemos de acuerdo con la solución legislativa brindada.

En tal sentido, antes de la sanción del actual Código Civil y Comercial, la Cámara de Senadores eliminó del proyecto lo relativo a la “gestación por sustitución”, es decir recurrir a un vientre ajeno para gestar un niño. Se dieron muchas controversias con relación a esta figura, pero principalmente la alarma se puso en la intervención de una tercera persona, que ningún vínculo tendría con el nacido, a los fines de concretar un proyecto de vida.

En consonancia con ello, el art. 562 del Cód. Civ. y Com. establece que “Los nacidos por las técnicas de reproducción humana asistida son hijos de quien dio a luz y del hombre o de la mujer que también ha prestado su consentimiento”.

to previo, informado y libre en los términos de los artículos 560 y 561, debidamente inscripto en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas, con independencia de quién haya aportado los gametos”, imponiendo la norma un claro límite a las TRHA: que solo intervengan dos personas en la realización del proyecto de vida — la que da a luz y la otra que presta su consentimiento, sin importar si se aportan materiales genéticos propios o donados— o solo una, en el caso de familias monoparentales (9).

No se trata de una norma discriminatoria en razón del género, pues las parejas heterosexuales, o una conformada por dos mujeres que no pueden o no quieren tener hijos en forma biológica, sufren la misma limitación.

A nuestro entender, el principio de que “todo lo que no está prohibido por el ordenamiento jurídico está permitido” (10) se encuentra morigerado por la norma del art. 562 del Cód. Civ. y Com., toda vez que implícitamente excluye de la legislación argentina la “gestación por sustitución” al decir que los hijos nacidos por las TRHA son de quien “dio a luz” y el hombre o mujer que también ha prestado su consentimiento informado.

En este sentido, cualquier expresión de voluntad de utilizar las TRHA donde intervengan más de dos personas —en su caso la pareja y la persona gestante— resulta contrario a la norma en cuestión.

No coincidimos con lo expuesto por la Dra. Bermejo en su disidencia en este punto (11), quien esboza que al existir un vacío legislativo debe ser llenado en el caso por las decisiones judiciales. Si existiera tal vacío alegado, ¿cuál sería el sentido entonces de declarar la inconstitucionalidad de la norma del art. 562 del Cód. Civ. y Com., como propone?, la cual a su modo de ver y siguiendo su razonamiento no implica una barrera para llevar adelante la gestación por sustitución, en tanto dicha institución se encontraría autorizada por el juego de las normas y el principio consagrado en el art. 19 de la Constitución Nacional.

Es hasta este punto que llegó el análisis efectuado por la Cámara y, a partir de allí, realizó una aplicación literal de la norma del art. 562 del Cód. Civ. y Com. —dando relevancia en el caso al vientre y la persona que dio a luz—, lo que, inde-

{ NOTAS }

(1) Estos principios invaden todo el Código, especialmente en las relaciones de familia.

(2) Art. VI de la Declaración Americana de los derechos y deberes del hombre; Art. 7, 11.2 y 17 de la CADH; art. 15 del protocolo de San Salvador.

(3) Art. XIII de la Declaración Americana de los derechos y deberes del hombre; art. 14.1.b) del Protocolo de San salva-

dor.

(4) Art. 3 de la CDN; art. 3 de la ley 26.061.

(5) Art. 8 de la CDN; art. 11 de la ley 26.061.

(6) Remitimos para su lectura a los fundamentos de la Dra. Bermejo expuestos en el fallo por una cuestión de espacio y metodología.

(7) Así también lo menciona el Sr. Fiscal de Cámara, con

quien coincidimos.

(8) CS, “Banco Comercial Finanzas S.A. (en liquidación Banco Central de la República Argentina) s/ quiebra. Recurso de hecho”, 19 de agosto de 2004, AR/JUR/1630/2004.

(9) Es el caso de una persona que gesta a su hijo con material aportado por otro y de ella misma - o no-. En ella coincidirá tanto la persona “la persona que dio a luz” y que “dio su

consentimiento”.

(10) Art. 19 de la Constitución Nacional.

(11) En igual sentido que la Dra. Bermejo falló por mayoría CNCiv., sala H, en autos “S. T., V. s/ inscripción de nacimiento” de fecha 15 de marzo de 2018, cita online: AR/JUR/5414/2018 y la Sala I en los autos “S., M.D. y otros c. A., S. S. s/ Filiación” de fecha 28 de agosto de 2020, cita online:

ma de Buenos Aires también lo admitió por res. 38/ 2012 (SSJ), lo que implica una desigualdad frente a la voluntad procreacional de dos progenitores hombres (del voto en disidencia de la Dra. Bermejo).

18. - Tampoco es un argumento que el art. 558 del Cód. Civ. y Com. establezca que una persona no puede tener más de dos vínculos filiales, pues en este caso si se pretende tener dos, el quid reside en cuáles. Por ello, esa disposición no es dirimente en este caso (del voto en disidencia de la Dra. Bermejo).

19. - Si las personas solo pueden concretar su deseo de formar una familia gracias a los avances médicos, estos deben estar disponibles. La misma Corte Interamericana de Derechos Humanos consideró que la imposibilidad de las personas a acceder a esos adelantos científicos vulnera los derechos a la vida privada y familiar y el derecho a la integridad en relación con la autonomía personal, el derecho a decidir si tener hijos biológicos a través de una TRHA, la salud sexual, el derecho a gozar de los beneficios del progreso científico y tecnológico, así como el principio de no

discriminación. En síntesis, ninguna familia puede ser sometida a discriminación basada en estas elecciones de sus integrantes (del voto en disidencia de la Dra. Bermejo).

20. - La salida para lograr una paridad de todos los aspirantes a formar una familia, en este caso, se encuentra en reinterpretar en lo que consisten las TRHA. Quienes no pueden tener un hijo por alguna razón podrán concretar su deseo sustituyendo la gestación. La práctica de las TRHA origina alternativas que debieran de encauzarse, justamente, por esta vía, en tanto es la que lo ha originado y no pretender dar una solución legal por otro proceso distinto, como sería la adopción. Sería como admitir readaptar lo que realmente ocurrió a una u otra norma, cuando ambas poseen alcances distintos, desvirtuando el derecho humano a formar una familia y a ejercer la voluntad procreacional. La adopción no respeta al superior interés de la niña, quien vería postergada la definición de su identidad jurídica a la finalización del proceso pertinente. Tal forma de proceder vulnera el superior interés de la niña, quien, en el presente y desde que nació, está conviviendo

con el matrimonio de los peticionantes y recibe el trato de hija. La solución que se propone en el recurso implicaría postergar la definición de su identidad, uno de los derechos humanos esenciales de toda persona (del voto en disidencia de la Dra. Bermejo).

21. - La inscripción definitiva de los niños y niñas en el Registro es un derecho que no puede verse aplazado en el tiempo. Hace a su reconocimiento familiar, a su individualización y a su propia identidad e historia (del voto en disidencia de la Dra. Bermejo).

22. - La sentencia de primera instancia que desplaza la filiación materna de la mujer gestante respecto de una niña y admite el emplazamiento filial de la pareja peticionante no altera el derecho a la identidad de la niña a conocer sus orígenes, ya que en el mismo pronunciamiento se toman los resguardos para que se anote en el Registro todos los datos referidos a su nacimiento, de tal manera que podrá reconstruir su historia. El art. 559 del Cód. Civ. y Com. de la Nación se refiere a la expedición del certificado, lo que difiere de las anotaciones del Libro o Partida, en

el cual constan las anotaciones marginales que se ordenan judicialmente (conf. arts. 1º, 5º, 15, 25, 47, 78 a 80, ley 26.413) (del voto en disidencia de la Dra. Bermejo).

23. - Corresponde declarar la inconstitucionalidad del art. 562 del Cód. Civ. y Com. y confirmar la sentencia que desplaza la filiación materna de la mujer gestante y admite el emplazamiento filial de la pareja peticionante (del voto en disidencia de la Dra. Bermejo).

CNCiv., sala K, 28/10/2020. - F., R. R. y otro c. G. P., M. A. s/ impugnación de filiación.

[Cita on line: AR/JUR/54740/2020]

COSTAS

En el orden causado.

[El fallo *in extenso* puede consultarse en Atención al Cliente, <http://informaciónlegal.com.ar> o en Preview]

fectiblemente, llevó a que revoque la sentencia de primera instancia.

Pero no podemos ni debemos quedarnos con ello, en tanto, en el caso, la norma no pasó por ningún test de constitucionalidad que permita tener como válida la conclusión arribada por la Cámara.

Para ello, entendemos que es necesario analizar la norma del art. 562 del Cód. Civ. y Com. a la luz de los principios y garantías consagradas en el ordenamiento legal en su conjunto, conforme lo imponen los arts. 1 y 2 del Cód. Civ. y Com.

Ya con anterioridad a la sanción del actual Código algunos tribunales tenían una mirada amplia a la hora de decidir estas cuestiones atendiendo al interés superior del niño y dando cuenta de la realidad social imperante que no podía ser negada y ordenaban inscribir los hijos nacidos utilizando la “gestación por sustitución” como hijo de quienes tenían su voluntad de ser progenitores (12).

Ahora bien, haciendo una análisis global del cuerpo normativo que rige en nuestro país, nos damos cuenta de que esta norma merece ser analizada a la luz de los principios de realidad y solidaridad familiar que rigen en el “Derecho de las Familias”, en tanto entendemos que “...la dogmática jurídica no puede aislarse del contexto social, máxime cuando nos referimos a leyes e interpretaciones jurídicas que tienen impacto directo en la vida de las personas...” (13), pues de alguna manera la realidad siempre se impone y los casos de gestación por sustitución se siguen sucediendo por el fuerte deseo de concretar un proyecto de vida y ya nada puede frenarlo.

Y esta realidad nos cuenta que, pese al límite establecido por la norma, la hija nacida por TRHA y utilizando un vientre de un tercero —quien libremente prestó su voluntad— en un centro médico autorizado con los correspondientes consentimientos informados previos de los intervinientes, resulta ser hija de quienes tuvieron la voluntad procreacional, es decir, la

pareja conformada por dos hombres, en tanto la persona gestante como el tercero donante les falta un componente volitivo esencial: el desear ser madre del hijo que nace (14).

En las TRHA, por lo tanto, lo determinante para establecer la filiación es la “voluntad procreacional” de quienes emprenden un proyecto de vida en común, es decir que exteriorizan su voluntad de ser padres. En este sentido, “...El hijo que nace precisamente por su exclusiva decisión de que nazca, causa eficiente e insustituible, y, por lo tanto, la más relevante: sin ella ese hijo no hubiera existido...” (15).

Este consentimiento informado debe brindarse por las personas que se someterán en un centro médico autorizado (16) al uso de las TRHA en forma previa y libre (17), el cual deberá renovarse cada vez que se utilicen gametos o embriones (18). Asimismo, es revocable mientras no se haya producido la concepción de la persona o la implantación del embrión.

Si bien es cierto la existencia de cierto elemento de la naturaleza, pues los hijos nacen del cuerpo humano, este componente es secundario y no relevante a la hora de determinar la paternidad/maternidad por las TRHA y lo que permite “...que en la filiación por TRHA no siempre coincida la paternidad/maternidad genética y/o biológica con al voluntaria...” (19), pues son dos situaciones que pueden coincidir o no dependiendo si los aportes de materiales son propios o donados y que en el caso ninguna importancia tendría.

En este entendimiento “...En la gestación por sustitución, la ‘voluntad procreacional’ es la intención de querer engendrar un hijo con material genético propio, acudiendo a la implantación del embrión en el vientre de una tercera persona para su gestación y alumbramiento posterior. Esta tercera persona carece de esa voluntad; por ende, aun cuando por aplicación de los principios legales ya reseñados correspondería la atribución de la maternidad a la gestante, falta el elemento central que atribuye o determina la filiación en las TRHA: la voluntad procreacional,

esto es, la intención de adquirir derechos y obligaciones y, a la par, el afecto que se deriva o se construye con el despliegue de tales responsabilidades...” (20).

Entonces, no resulta acorde con los valores y preceptos que se imponen en nuestro ordenamiento, a la luz de los principios de realidad y solidaridad familiar, que el hijo que nace de TRHA —en este caso por gestación por sustitución y con material de los progenitores y de un donante— sea hijo de la mujer gestante, quien no tuvo el deseo de ser madre de ese niño con anterioridad a las TRHA, ignorando la voluntad procreacional de los progenitores. La declaración de inconstitucionalidad como mencionamos en el punto II aparece latente.

III.2. La Libertad en la elección del proyecto familiar y el derecho a gozar del desarrollo de la ciencia

No debemos perder de vista que el actual Código Civil y Comercial dejó de lado el modelo de “familia típica” velezano y, por fin, abrió sus puertas a la diversidad familiar. En tal sentido se ha dicho que “...El Código Civil y Comercial da un vuelco copernicano en la regulación de las relaciones de familia al colocar en el centro de la escena a la persona como principal objeto y objetivo de protección, quien debe elegir con libertad la forma de organización familiar que quiere integrar sin que el Estado a través de la ley le indique o favorezca una sola de ellas condicionando así dicha elección...” (21)

Este nuevo paradigma encuentra su clave en la CADH, que en su art. 17 establece como fundamental la protección de la familia, sin hacer distinciones de tipo o integrantes. Al respecto, la CorteIDH, al hacer un análisis de dicho artículo, ya había interpretado que en él no se encuentra un concepto cerrado de familia ni se protege un solo modelo de ella (22).

La base de ello es la autonomía personal y la consecuente libertad de las personas en la

elección del proyecto de vida familiar, que insistentemente acarrea la posibilidad de acceder a los medios tecnológicos para lograrlo.

Así, la CorteIDH ha manifestado que el art. 7 de la CADH debe interpretarse en un sentido amplio y que en virtud de ello cada persona pueda organizar, con arreglo a la ley, su vida individual y social conforme a sus propias opciones y convicciones y expresó que el derecho a la vida privada establecido en el art. 11.2 de la CADH engloba aspectos de la identidad física y social, incluyendo el derecho a la autonomía personal, desarrollo personal y el derecho a establecer y desarrollar relaciones con otros seres humanos y con el mundo exterior (23). Asimismo, y del juego de ambos artículos refirió que “...se extiende al derecho de toda persona a beneficiarse del progreso científico y de sus aplicaciones...” (24)

En este contexto es que se inserta el proyecto de vida de la pareja de dos hombres que decidieron utilizar las TRHA y recurrir al vientre de otra persona para realizar ese proyecto de vida, pues, en el caso, era la única posibilidad de concretarlo. Esta elección y consecuente familia, que tiene como base la autonomía de las personas, que incluye la autonomía reproductiva y el derecho a gozar el desarrollo de la ciencia, debe ser respetada.

En este sentido, no puede tener acogida la propuesta de la Cámara de recurrir a la figura de adopción por parte de aquel que no se encuentra inscripto como progenitor de la niña a fin de obtener los efectos plenos de la filiación.

El Código ha regulado tres fuentes que pueden dar origen a la filiación, ya sea por naturaleza, por adopción o TRHA, las cuales tienen sus propias causas y regulaciones específicas diferentes entre sí.

Pese a que tienen los mismos efectos filiatorios a los fines de la ley (25) —el carácter de hijo—, no da lo mismo emplazar a un niño como hijo en virtud de las TRHA o como consecuencia de una adopción por el simple hecho de que son fuentes

{ NOTAS }

AR/JUR/35471/2020.

(12) JNCiv. N.º 86 “N.N. o D. G. M. B. M. S/ Inscripción de nacimiento, de fecha 18 de junio de 2013, cita online: AR/JUR/23081/2013; JFam. Gualaguay, “B. M.A. c/ F.C.C. R s/ Ordinario” de fecha 19 de noviembre de 2013, cita online: AR/JUR/89976/2013.

(13) HERRERA, Marisa “Texto y contexto de la noción de persona humana en el Código Civil y Comercial desde una perspectiva sistémica”, Cita online: AR/DOC/1258/2018, p. 1.

(14) Así también se asegura cumplir con lo prescripto sobre la prohibición de tener más de dos vínculos filiales impuesto por el Cód. Civ. y Com.

(15) KEMELMAJER de CARLUCCI, Aída - HERRERA, Marisa - LLOVERAS, Nora, “Tratado de derecho de familia. Según el Código Civil y Comercial del 2014”, T. II, Rubinzal - Culzoni Edit., Ira edición, Santa Fe, 2014, p. 504.

(16) Dejaremos de lado en este caso lo que sucede con las “TRHA caseras”, las cuales no se encuentran reguladas en el Código Civil y Comercial y han sido objeto de a análisis en otros textos, pues, en el caso, los hombres accedieron a un centro médico para llevar a cabo su proyecto de vida con sus consentimientos otorgados previamente, lo que no ocurre justamente en la inseminación casera.

(17) Este deberá protocolizarse ante escribano público o

autoridad sanitaria correspondiente a la jurisdicción, conforme lo normado por el art. 561 del Cód. Civ. y Com.

(18) Esto es para los casos de conservación del material y no así para su utilización luego de la extracción, pues en este último caso basta con el mismo consentimiento.

(19) KEMELMAJER de CARLUCCI - HERRERA - LLOVERAS, *ob. cit.*, p. 426.

(20) KEMELMAJER de CARLUCCI, Aída - LAMM, Eleonora - HERRERA, Marisa, “Gestación por sustitución en Argentina. Inscripción judicial del niño conforme a la regla de la voluntad procreacional”, Cita Online: AR/DOC/2573/2013 p. 3.

(21) HERRERA, Marisa, “Manual de derecho de las Familias”, Ed. Abeledo Perrot, Ira. edic., Ira. reimpr. 2015, Buenos Aires, p. 11.

(22) CorteIDH, “Caso Forneron e hija vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y costas” Sentencia de 27 de abril de 2012. Serie C n.º 242, Párr. 98.

(23) CorteIDH “Caso Artavia Murillo y otros (“Fecundación in vitro”) Vs. Costa Rica. Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas”. Sentencia de 28 de noviembre de 2012. Serie C n.º 257, Párr. 142 y 143.

(24) *Ibidem*.

(25) Art. 558 del Cód. Civ. y Com.

de filiación distintas previstas por el Código y no son equiparables entre sí. En este sentido “...Las TRHA y la adopción se asemejan porque en ambas el vínculo se determina por el elemento volitivo, pero se diferencian porque esa voluntad, en la primera, debe ser manifestada en oportunidad previa a la gestación, a través de los consentimientos requeridos legalmente. En la adopción, en cambio, la voluntad se presta respecto de una persona ya nacida. En otras palabras, en la filiación por TRHA el niño nace y existe como consecuencia de esa voluntad, en la adopción la voluntad se expresa y el vínculo surge con posterioridad al nacimiento del niño...” (26).

No se trata de que uno adopte al hijo de otro —que no está mal cuando así se quiere y sucede—, en este caso se trata de un proyecto de vida en común, con una forma elegida para tener un hijo que el derecho no puede negar y tiene el deber de respetar. Y así otra vez, aparece la necesidad de declarar la inconstitucionalidad de la norma debatida.

III.3. Interés superior del niño y derecho a la identidad

La Cámara en su fallo contrapone el derecho de los adultos a elegir su proyecto de vida y el derecho a la identidad de la menor, considerando a este último como superior.

Con esta visión, lo que simplemente deja de lado es fallar con miras al interés superior de la niña.

Entendemos que el derecho a la identidad de la niña —que en su faz dinámica tiene que ver con la voluntad e intención y su verdadero reconocimiento filiatorio— y la libertad de la elección del proyecto de vida familiar por la pareja no se contraponen y, por el contrario, se complementan, en tanto esa libertad en la elección y su consecuente exteriorización —voluntad procreacional— es la causa-fuente del origen de esa niña y como tal no puede ser ignorada so pretexto de la falta de regulación de la gestación por sustitución.

A su vez, el derecho a la identidad involucra el derecho a una inscripción inmediata y a tener un

vínculo filial lo que de ningún modo puede llevar a tolerar una ficción como la planteada por la Cámara y que vulnera el derecho a la identidad en esta faceta.

Es que no podemos pensar que la inscripción rápida de la niña como hija de la mujer gestante y el reconocimiento de ese vínculo lo satisfaga el derecho a la identidad toda vez que no obedece a la real situación filiatoria que impera. No se trata de la expedición de un acta o certificado para satisfacer ciertas formas; se trata de reflejar el vínculo filiatorio que marcará la vida de la niña y su identidad en su conjunto.

Ya la CorteIDH ha establecido, con relación a la toma de decisiones que involucren a niños y su protección, que “la Convención sobre los Derechos del Niño alude al interés superior de este (artículos 3, 9, 18, 20, 21, 37 y 40) como punto de referencia para asegurar la efectiva realización de todos los derechos contemplados en ese instrumento, cuya observancia permitirá al sujeto el más amplio desenvolvimiento de sus potencialidades. A este criterio han de ceñirse las acciones del Estado y de la sociedad en lo que respecta a la protección de los niños y a la promoción y preservación de sus derechos” (27). En este entendimiento, cada decisión que tomen los jueces deberá estar guiada por el interés superior del niño y ello conlleva, creemos, la respuesta que imponemos y deja de lado la propuesta de la Cámara por resultar contraria al mejor interés de la niña.

Es que contraponiendo el art. 562 del Cód. Civ. y Com. en el caso concreto con el interés superior del niño, ello arroja como resultado la negativa al verdadero reconocimiento filiatorio de la niña, lo cual no puede ser tolerado.

Así, una vez más se impone la declaración de inconstitucionalidad del art. 562 de Cód. Civ. y Com.

IV. Palabras finales: propuesta de reforma

La falta de regulación de la gestación por sustitución y lo normado por el art. 562 del Cód.

Civ. y Com. nos encierra. Por eso, necesitamos jueces activistas y artesanales que no apliquen formulas fijas y pongan el foco en cada situación concreta en pos de proteger los derechos humanos de las personas.

La llave de salida, en el caso concreto, se encuentra en el análisis global del *corpus juris*, con una interpretación de la norma en clave con los principios de realidad y solidaridad familiar, derecho a la libertad en la elección del proyecto de vida familiar y protección de esa familia, el derecho a gozar del desarrollo de la ciencia, el interés superior del niño y su derecho a la identidad. Este control de constitucionalidad nos permite arribar a nuestras conclusiones, lo que implica reconocer la realidad filiatoria de la niña como hija de sus progenitores que tuvieron la voluntad procreacional de serlo.

Coincidimos en que “...El encargado de administrar justicia debe realizar la conjunción entre lo singular y lo general, hacer lo imposible. Quien es juez y sabe de esta imposibilidad puede negar ese saber, conformarse con aplicar mecánicamente la ley, el precedente, la doctrina y tranquilizarse diciendo que actúa conforme a derecho. O puede hacerse cargo de la angustia que todo acto de juzgar supone y procurar lo imposible” (28) y es en este entendimiento que resulta desalentador que la Cámara se haya quedado en la literalidad de la norma, sin colocarse los anteojos de los principios y derechos consagrados en el orden constitucional conforme mandan los arts. 1º y 2º del Cód. Civ. y Com. y evitar así un fallo como el que dictó.

No caben dudas que de haber hecho el correspondiente control de constitucionalidad jamás, podría haberse revocado el fallo de primera instancia. Es que cuando la Cámara alega que no hay alteración del equilibrio armónico de las normas que integran el orden legal, simplemente no lo advierte porque no realiza ningún test de convencionalidad. Prefirió aplicar la ley mecánicamente y alegar para el resto “cuestiones de política legislativa” y dejar a una familia imposibilitada de concretar su proyecto, pese a los principios que rigen en la materia.

Acaso la niña inscripta como hija de la mujer gestante y uno de los progenitores, pese al fallo de la Cámara, ¿se encuentra viviendo con la pareja conformada por dos hombres? ¿se encuentra a su cuidado? ¿la educan? ¿abastecen a sus necesidades? Simplemente, ¿le dan el trato de hija? La respuesta afirmativa seguramente se imponga, justamente, porque la realidad es inevitable y la mujer gestante no tiene ni tuvo vocación de ser su madre.

Coincidimos en “... La gestación y el cuidado resultan ahora en procesos que se llevan a cabo por distintas personas, lo que produce un choque con el *ethos* de la maternidad, debido a que suscita auténticos dilemas sobre nuestras etnoteorías de lo que una madre es...” (29) y es por ello que al mundo aún patriarcal le hace ruido diferenciar maternidad de la gestación.

A modo de finalización, y en pos de proteger más de una realidad como la contada en el caso de marras, proponemos la incorporación de la figura de la *gestación por sustitución* en el Código en tanto importa un modo de llevar a cabo a las TRHA, que permite a parejas que no pueden o no desean tener hijos concretar su proyecto de vida y así consagrar, definitivamente, el principio de la autonomía personal y la diversidad de las familias que impregna a nuestro Código y evitar los vaivenes y vicisitudes del ámbito judicial.

Ante la realidad de una acción que no daña a terceras personas y queda reservada a la esfera de la vida privada y su proyecto vital, siempre opinaremos que su regulación resulta lo más conveniente, pues el silencio o su implícita prohibición pueden acarrear prácticas ilegales que no solo motiven la comercialización por parte de personas que se aprovechan muchas veces de la “desesperación ajena”, sino que también se puede poner en peligro la salud de las personas.

Cita on line: AR/DOC/3920/2020

{ NOTAS }

(26) KEMELMAJER de CARLUCCI - HERRERA - LLO-VERAS, *op. cit.*, p. 427.

(27) CorteIDH, “Caso Mendoza y otros vs. Argentina”.

Excepciones preliminares, fondo y reparaciones. Sentencia de 14 de mayo de 2013. Serie C nro. 260, párr. 143.

(28) RUIZ, Alicia E. C., “Derecho, democracia y teorías

críticas al fin del siglo”, en Courtis, Christian (comp.), *Desde otra mirada*, Eudeba, Buenos Aires, 2009, p. 10.

(29) LAMM, Eleonora, “La gestación por sustitución

como deconstrucción de la “maternidad” que sostiene al patriarcal. Más argumentos desde los feminismos”, *cit. on line:* AR/DOC/1271/2019, p. 2.

Fabiana Quaini

● VIENE DE PÁGINA 7

embriones y su posterior transferencia a la mujer gestante. Utilizaron ovodonación. Una vez nacida la niña “H” se presentó una demanda de impugnación de maternidad donde la mujer gestante se allanó. Aún no había salido el fallo que obligaba a la inscripción en el Registro Civil de Ciudad de Buenos Aires de las gestaciones solidarias lamentablemente (1). Mucho menos la disp. 93/2017 (DGRC) del 13 de octubre de 2017.

Se presentó un informe médico y psicológico elaborado por Halitus Centro Médico y el consentimiento informado específico para las prácticas se protocolizó, con participación médica y asistencia letrada. Luego nació la hija del matrimonio “H” el 17/10/2016. Conforme estudio de ADN realizado en la fundación Favaloro el embrión correspondió a uno de los cónyuges descartándose vínculo genético con la mujer gestante y el otro padre. Se realizaron los trámites en el Registro Civil para que la niña tuviera su DNI y partida de nacimiento. La voluntad procreacional de la

mujer gestante y de los padres quedó plasmada en los consentimientos informados debidamente protocolizados, quedó claramente expresada la voluntad del matrimonio que siempre tuvo la intención de tener un hijo y de la mujer gestante que nunca tuvo la intención de ser madre.

La Tutoría Oficial solicitó se reencauzara la acción quedando promovida la demanda de impugnación de filiación contra la mujer gestante y promoviendo demanda de filiación contra el padre que no figuraba como tal en la partida de nacimiento. El 14/05/2018 se dictó sentencia favorable en primera instancia a la petición solicitada, a la que la Tutoría designada presentó su acuerdo y la Fiscalía apeló. La sala K luego de más de un año en espera, revocó el fallo. La sentencia no está firme. Las partes presentaron un *recurso extraordinario federal* unificado.

III. El orden público

La sentencia refiere a que el Ministerio Público Fiscal protege con base en el art. 120 de la CN y arts. 2º y 31 de la ley 27.148 la supuesta violación del art. 12 del Cód. Civ. y Com. Alude a que las partes a través de un contrato están determinando la filiación y el modo de entrega del niño de una

persona a quien no se estima como la madre, a los progenitores que serían los padres por el solo acuerdo de las partes, lo que no se puede avalar. Luego dice que los términos en que se encuentra redactado el art. 562 actualmente imponen concluir que la figura no está admitida, guardando ello coherencia con los términos que emergen del art. 17 del Cód. Civ. y Com. que prohíbe contratos gratuitos u onerosos sobre el propio cuerpo.

Tal como lo afirma la Jueza Silvia Patricia Bermejo, en su voto en disidencia, la gestación por sustitución no conculca el orden público, pues, de haber sido así, no se podría haber incorporado al ordenamiento un artículo como el art. 2634 que prevé que todo emplazamiento filial constituido de acuerdo con el derecho extranjero debe ser reconocido en la República de conformidad con los principios de orden público argentino, especialmente aquellos que imponen considerar prioritariamente el interés superior del niño. El segundo párrafo expresamente enuncia que los preceptos que regulan las normas sobre filiación por TRHA integran el orden público y deben ser ponderadas por la autoridad competente en ocasión de que se requiera su intervención, a los efectos del reconocimiento de estado o inscripción de personas nacidas a través de estas técni-

cas. Determina que la decisión a adoptar será la que redunde en beneficio del interés superior del niño o niña (arts. 558, 560 y ss., Cód. Civ. y Com.). La coherencia de un mismo sistema jurídico no puede admitir una auto contradicción o un doble standard de antijuridicidad.

Este argumento, no se había visto en fallos anteriores. Si aceptamos la subrogación uterina realizado en otro país conforme a la ley, no hay razón para desconocerlo en Argentina o prohibirlo.

En cuanto a que las partes firmaran un contrato, no es correcto. El consentimiento informado no es un contrato.

La parte mayoritaria de la jurisprudencia y doctrina se inclina por una postura intermedia que admita este tipo de acuerdos cuando no responden a fines lucrativos, se celebran en forma gratuita y encuentran su fundamento en el principio de solidaridad familiar o afectiva así, por ejemplo, cuando el embarazo es llevado a cabo por una hermana, prima o amiga de la madre que expresa su voluntad procreacional, como ocurre en la especie (2).

Conforme el art. 957 del Cód. Civ. y Com., no hay dos o más partes que manifiesten su consentimiento para crear, regular, modificar, transferir o extinguir relaciones jurídicas patrimoniales. Este no es el caso, no hay relaciones jurídicas patrimoniales. Los contratos como especie de acto jurídico tienen como elemento esencial

{ NOTAS }

(1) “Defensor del Pueblo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y otros c. GCBA y otros s/ amparo - otros” (expte. 1861/2017), AR/JUR/56141/2017.

(2) “Maternidad Subrogada. Exégesis del derecho vigente y aportes para una futura regulación”, LA LEY, 2011-C, 1204. “C. F. A. y otro c. R. S. M. L. impugnación de maternidad”

(KEMELMAJER de CARLUCCI, A., “Informe sobre procreación”; GROSMAN, C., “De la filiación”, p. 328; HERREIRA, Marisa, “Filiación Adopción”, p. 187).

un objeto que consiste “en una prestación prometida por las partes, la cosa o el hecho sobre los que recae la obligación contraída”. El art. 953 del Cód. Civil establece qué prestaciones pueden ser objeto de los contratos: “el objeto de los actos jurídicos deben ser cosas que estén en el comercio, o por un motivo especial no se hubiese prohibido que sean objeto de algún acto jurídico, o hechos imposibles, ilícitos, contrarios a las buenas costumbres o prohibidos por las leyes, que se opongan a la libertad de las acciones o de la conciencia, o que perjudiquen los derechos de un tercero”. Por su parte el art. 1169, establece que la prestación objeto de un contrato debe ser susceptible de apreciación pecuniaria.

Ni la mujer gestante ni los padres de la niña “H” en ningún momento negociaron ni transaron sobre su derecho respecto del futuro niño por nacer. Tampoco su vientre fue objeto de un contrato comercial según el art. 953 del Cód. Civ. y Com.

Si bien la gestación por sustitución (técnica de reproducción humana asistida —de alta complejidad— heteróloga) en el Código Civil y Comercial no se encuentra expresamente mencionada, tampoco está prohibida, por lo que aplicando los principios de privacidad —que incluye el derecho a la intimidad— y el de legalidad que emanan del art. 19 de la CN, se colige su reconocimiento implícito (art. 33, CN). No se vulnera el orden público argentino (3).

IV. La interpretación del art. 562 del Cód. Civ. y Com. referente a que *mater semper certa est*

La sentencia entiende que la “voluntad procreacional” es el origen de la filiación por TRHA el cual se encontraría, consecuente e inexorablemente, unido al parto de quien da a luz descartando la gestación por sustitución.

Es cierto que, en lo referido a la maternidad, en el art. 565 del Cód. Civ. y Com. de la Nación la determinación de la maternidad se fundamenta en los adagios romanos *partus sequitur ventrem* (“el parto sigue al vientre”) y *mater semper certa est* (“la madre siempre es cierta”), que importan suponer que el hecho objetivo del parto probado presume maternidad. Pero también es cierto que el art. 588 del Cód. Civ. y Com. permite que el elemento objetivo de emplazamiento ya mencionado pueda ser impugnado en virtud de no ser la mujer la madre del hijo que pasa por suyo y para ello debía acreditarse el nexo biológico. En autos, quedó acreditado que no existía nexo biológico entre la niña “H” y la mujer gestante, con lo cual se determina así que la impugnación de filiación debidamente probada la desplaza en su carácter de progenitora de “H”.

Con el advenimiento de las técnicas de reproducción humana asistida, gestante y madre dejaron de ser términos sinónimos. Una madre es una gestante, pero una gestante puede no ser una madre. El término madre implica una decisión adoptada en el marco de la constitución subjetiva de una mujer, o de una persona autopercebida en su identidad de género como un hombre que mantiene los órganos de reproducción femeninos. Este supuesto es posible en la República Argentina en virtud de lo dispuesto por la ley 26.743 que garantiza el derecho a la identidad de género. La maternidad se basa en la elección de un plan de vida dentro del ámbito de la libertad de intimidad, el derecho a procrear y el derecho a conformar una familia.

Esa realidad social está receptada en el Código Civil y Comercial. En particular el art. 562 del Cód. Civ. y Com. prevé que “Los nacidos por técnicas de reproducción humana asistida son hijos de quien dio a luz y del hombre o mujer que también ha prestado su consentimiento previo,

informado y libre en los términos de los arts. 560 y 561 debidamente inscripto en el Registro Civil de las Personas con independencia de quien haya aportados los gametos”.

La voluntad procreacional, expresada a través del consentimiento libre, previo e informado como el deseo o intención de tener un hijo, es el eje articulador del régimen filial derivado de las técnicas de reproducción humana asistida que sí han sido reguladas, y allí se permite sustituir los demás elementos biológicos y/o genéticos (arts. 560, 561, 566, 588, última parte y 591, última parte). Este régimen filial, además, en el esquema del nuevo ordenamiento civil, resulta consistente con el reconocimiento de iguales derechos reproductivos a parejas de este y de distinto sexo, y a las personas sin pareja. Por ello, y ante la necesidad de establecer la identidad filial del niño nacido por esa vía el temperamento que mejor satisface su interés superior y los derechos en juego es la inscripción registral como hijo de ambos demandantes (4).

En definitiva, no es la procreación asistida lo que se considera como una de las fuentes de filiación sino la voluntad procreacional; y esta puede hacerse valer como fuente de filiación en el supuesto de las personas nacidas mediante una de las varias técnicas sobre procreación asistida (5).

Según el glosario de la Organización Mundial de la Salud la gestación por subrogación se encuentra incluida dentro de las técnicas de reproducción asistida (TRHA). En efecto, el glosario menciona expresamente comprendidos en tales técnicas “todos los tratamientos o procedimientos que incluyen la manipulación tanto de ovocitos como de espermatozoides o embriones humanos para el establecimiento de un embarazo, lo cual incluye, pero no está limitado solo a la fecundación *in vitro* y a la transferencia de embriones, la transferencia intratubárica de gametos, la transferencia intratubárica de cigotos, la transferencia intratubárica de embriones, la criopreservación de ovocitos y embriones, la donación de ovocitos y embriones, y el “útero subrogado” (6).

La ley nacional 26.862 que garantiza el acceso integral a los procedimientos y técnicas médico-asistenciales de reproducción médicamente asistida, en su art. 2º dispone que “se entiende por reproducción médicamente asistida 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. Podrán incluirse nuevos procedimientos y técnicas desarrollados mediante avances técnico-científicos, cuando sean autorizados por la autoridad de aplicación”, determinando la extensión de los beneficiarios en el art. 7º, el que reza: “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”. Esto es, en el marco de la autonomía de la voluntad (arts. 1º y 2, ley 26.529). De ello se deduce, que abarca “el supuesto de un hombre solo o pareja casada o conviviente —de distinto o igual sexo— que recurre a una gestación por sustitución para tener un hijo” (7).

Además, como consecuencia del jurídico las TRHA (art. 558, Cód. Civ. y Com.), entre las que lógicamente se halla la gestación por sustitución, y así se depende, además, de lo dispuesto por el art. 562 del referido cuerpo legal, armonizado ello en función de las reglas de reconocimiento

constitucionales y convencionales (arts. 1º y 2º, Cód. Civ. y Com.).

El Dr. Ricardo Lorenzetti en total consonancia con principios constitucionales e internacionales valoriza el derecho a toda persona a formar una familia, gracias al avance científico, sin importar su condición sexual, habilitando a acceder a la maternidad/paternidad importando solo la voluntad procreacional, sean parejas del mismo sexo o no, y personas solas y con independencia de quien aportara los gametos. Siendo así el elemento volitivo y no el genético o biológico el que cuenta. Habla así de una identidad volitiva de su vínculo filial (8).

Como lo indica la Dra. Patricia Bermejo en su voto, de interpretar que el art. 562 del Cód. Civ. y Com. integra el orden público no se podría admitir que la gestación por sustitución realizada en el extranjero se anote en nuestro país, acorde señalaba el artículo antes mencionado (arts. 558, 560 y ss., Cód. Civ. y Com.). No podría la ley prever el reconocimiento en el país de un derecho que resulte contrario a nuestro ordenamiento. Detenerse solo en el parto para definir a uno de los progenitores es recortar al proceso que llevó a que la intención de dos o tres personas, según pueda acontecer, haya culminado en el nacimiento de un ser humano. Definir que solo por gestar es madre es limitar el concepto de la palabra y de los alcances que la misma realidad social y la propia ciencia brinda a ese término. Convenir que solo el vientre es lo que convierte en progenitora a una persona conlleva que se le otorgue ese título a quien pueda no desearlo ni tener vínculo genético con la persona nacida, quien no desee ejercer su rol paternal, desplazando a quien sí lo persigue y que solo podría concretar esa voluntad con intervención de la ciencia, pues su propia naturaleza se lo impide. Esta realidad es lo que impone flexibilizar la mirada, en pos del respeto a los derechos humanos de los adultos y de los niños nacidos por esta técnica. Que es madre quien da a luz un hijo es desconocer la verdad, pues si no hubiera habido un aporte genético de una tercera persona, de gametos masculinos y femeninos, esa gestación no se hubiera originado y esa persona no hubiera nacido. También cabría preguntarse si un hecho de la naturaleza, como es el nacimiento de una persona, puede ser definido jurídicamente por una afirmación de la ley para darle una connotación jurídica que la propia persona gestante no tuvo la intención.

V. Pedido o no de inconstitucionalidad

En fallos anteriores el pedido o no de la inconstitucionalidad del art. 562 del Cód. Civ. y Com. fue un tema de discusión, requerido por la Sala E, no requerido por la sala H ni la sala I. Aquí se refirió ampliamente a este pedido la Dra. Bermejo.

El propio Procurador de la Corte Suprema ha expresado que la declaración de inconstitucionalidad resulta innecesaria para la resolución del conflicto. Una mirada sistemática sobre nuestro ordenamiento jurídico revela que, si bien la gestación por subrogación no ha sido regulada aún por el legislador nacional, tampoco ha sido prohibida (Dictamen CIV 14153/2017/CSI. “S. T., V. s/ inscripción de nacimiento”).

VI. La eliminación de la gestación por sustitución por la Comisión Redactora del Código Civil y Comercial de la Nación

La sentencia refiere a que no escapa al razonamiento del Tribunal la consideración de la exclusión de la gestación por sustitución de la Comisión Redactora del Código Civil y Comercial de la Nación contemplaba un artículo que expresamente regulaba la gestación por sustitución, disposición que fuera eliminada del texto definitivo al analizarse por la Cáma-

ra de Senadores el 28 de noviembre de 2013. De manera que, en función de lo expuesto, la intención del legislador fue clara, al excluir la gestación por sustitución del proyecto de reforma.

Lo cierto es que en el ordenamiento jurídico argentino la gestación por sustitución es una práctica no prohibida por la ley pero que hasta el momento carece de una reglamentación específica. Leemos: “En efecto, la historia legislativa del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación confirma, simplemente, que las reglas de los arts. 560 a 564 fueron pensadas para la filiación por técnicas de reproducción asistida, pero sin excluir la gestación por subrogación, y que, en cambio, para esta última precisamente porque se trata de una práctica de especiales características que requiere reglas diferenciales: Una regulación específica había sido proyectada que fue luego suprimida del texto definitivo. No obstante, la decisión de la Comisión Bicameral para la Reforma, Actualización y Unificación de los Códigos Civil y Comercial de la Nación de diferir el tratamiento de esta figura para un momento posterior evidencia un criterio de oportunidad legislativa, que tampoco puede interpretarse como expresión de la voluntad de prohibirla sino más bien de admitirla e incluirla, asumiendo la postura que tomó de la abstención en el derecho positivo, porque de otra manera no se explica el porqué de la necesidad de un debate más profundo de carácter interdisciplinario” como afirmó la sala I en el voto del Dr. Rodríguez a fs. 39 en la sentencia referida de la sala I *ut supra* (9) y del Procurador de la Corte Suprema leemos no obstante, la decisión de la Comisión Bicameral para la Reforma, Actualización y Unificación de los Códigos Civil y Comercial de la Nación de diferir el tratamiento de esta figura para un momento posterior evidencia un criterio de oportunidad legislativa, que tampoco puede interpretarse como expresión de la voluntad de prohibirla (10).

VII. Interpretación del art. 19 de la CN

Entiende la sentencia que no existe vacío legislativo que justifique resolver el caso en función de lo normado por el art. 19 de la CN.

Por su parte el voto minoritario de la Dra. Bermejo indica lo contrario que el art. 19 de la Carta Magna, que prevé que nadie puede ser obligado a hacer lo que la ley no obliga. Así, al no estar prohibido, su falta de regulación no coarta su práctica, justamente para asegurar la libertad que destaca su mismo preámbulo. Nuestra ley fundamental federal es un constitucionalismo de derechos, limitante del poder político en beneficio de los derechos individuales. Tampoco aquí se ponen de acuerdo los magistrados de la misma sala.

La interpretación de la legislación interna no puede contradecir los argumentos del marco normativo internacional en materia de derechos humanos y los pronunciamientos de los organismos de contralor de él —los cuales no pueden dejar de ser respetados por los Estados de los instrumentos internacionales sobre derechos humanos—. Esto es, el reconocimiento y la consolidación del respeto de la autonomía personal, del derecho a la salud reproductiva, de la aceptación del proyecto de vida familiar, como el reconocimiento expreso e irrefutable de formar una familia relacionado con el derecho a la maternidad y la abolición de cualquier acto o decisión que menoscabe o discrimine a personas que, por su condición de vulnerabilidad, ya sea por razón de su estado físico por cuestión de género o por circunstancias económicas encuentren limitados o cercenados sus derechos fundamentales conforme art. 19 de la CN, arts. 19, 33 y 75, incs. 22 y 23, Convención Americana de los Derechos Humanos (11).

{ NOTAS }

(3) KRASNOW, Adriana, “El título preliminar del C. Civ. y Com. y su incidencia en la filiación por TRHA. Un abordaje posible desde la visión del sistema”, RDF 76-99.

(4) Dictamen de Procurador en autos CIV 14153/2017/CSI “S. T., V. s/ inscripción de nacimiento”.

(5) Conf. BUERES, Alberto (dir.) - SAMBRIZZI, Eduar-

do, “Código Civil y Comercial de la Nación y normas complementarias”, Ed. Hammurabi, t. 2, p. 418; LORENZETTI, Ricardo, “Cód. Civ. y Com. de la Nación, Comentado”, Rubinzal-Culzoni Edit., 2015, t. III, ps. 473 y ss.

(6) www.who.int/reproductivehealth/publications/fertility/.

(7) KRASNOW, Adriana N., “Tratado de Derecho de Familia”, Ed. La Ley, Bs. As., 2015, 1ª ed., t. III, p. 76.

(8) LORENZETTI, Ricardo, en su “Código Civil y Comercial Comentado”, t. III en su p. 503.

(9) CNCiv., sala I, “S. M., D. y otros c. A. S. S. s/ filiación”, Sentencia caso 55.012/2017, del 28/08/2020, AR/JUR/35471/2020.

(10) Dictamen del Procurador en CIV 14153/2017/CSI “S. T., V. s/ inscripción de nacimiento”.

(11) Caso “Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica” sentencia de fecha 28/11/2012, AR/JUR/68284/2012 y “Artavia Murillo II”, del 26 de febrero de 2016 s/ supervisión de cumplimiento de sentencia, AR/JUR/5231/2016.

En nuestro ordenamiento constitucional y convencional, la voluntad procreacional es un derecho fundamental y un derecho humano que se proyecta en toda clase de relación, sin que el Estado pueda realizar intervenciones que impliquen un obstáculo a su ejercicio (12).

VIII. Argumentación sobre el límite de la cantidad de vínculos filiales conforme art. 558 del Cód. Civ. y Com. de la Nación

La sentencia considera que no puede obviarse que el art. 558 del Cód. Civ. y Com. además, de establecer los tipos de filiación, aclara que ninguna persona puede tener más de dos vínculos filiales cualquiera sea la naturaleza de aquella. Es decir, pudiendo existir dos vínculos filiatorios el único modo de admitir la pretensión sería contrariar el orden público lo que no resulta admisible.

La realidad que aquí no hay tres vínculos filiales, sino dos, los dos padres. Como lo advierte la Dra. Bermejo en su voto, la disposición no es dirimente en este caso.

No resulta inútil destacar que ya hay triple filiación en el país [“L. F. F. c. S. C. O. s/ filiación” (13)]. No es el único caso, también tenemos un caso similar en Córdoba del Juzgado de Niñez, Adolescencia, Violencia Familiar y de Género N° 3 de Córdoba, declaró la inconstitucionalidad de los arts. 558 y 634, inc. d), y otorgó la adopción plena pluriparental. En efecto, se le reconoció a una niña su interés superior de tener una madre y dos padres (14). Esto demuestra que el interés superior del niño es el eje sobre el cual se debe decidir.

IX. Llevar a las partes a iniciar un nuevo proceso de adopción por el art. 630 del Cód. Civ. y Com. de la Nación

Refiere la sentencia que el ordenamiento legal da la solución puntual al caso contemplando en los arts. 630 y conchs. del Cód. Civ. y Com. un proceso con debida intervención y contralor judicial otorgante de vínculo filiatorio pleno, al cual podrá acceder quien así lo estime.

En la Declaración Universal de los Derechos Humanos, emitida en la Asamblea General de las Naciones Unidas del 10 de diciembre de 1948, su art. 16, párr. 1º, consigna: “Los hombres y mujeres, a partir de edad núbil, tienen derecho sin restricción alguna por motivos de raza, nacionalidad o religión a casarse y a fundar una familia”. En el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 23) establece “se reconoce el derecho del hombre y de la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia, si se tiene edad para ello”. El principio de reserva de ley es concordante con el principio de legalidad en materia de restricciones al goce y ejercicio de los derechos y libertades fundamentales. La Corte Interamericana de Derechos Humanos, interpretando el art. 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, manifestó que la protección de los derechos humanos requiere que los actos estatales que los afecten no queden al arbitrio del poder público, sino que estén rodeados de un conjunto de garantías enderezadas a asegurar que no se vulneren los atributos inviolables de la persona. Entre ellas, exige que las limitaciones se establezcan por una ley formal. La Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, adoptada por la asamblea General de la ONU el 18 de diciembre de 1979, y aprobada por la ley 23.179 por nuestro

país, establece en su art. 11, primera parte: Los Estados partes adoptarán todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en las esferas del empleo a fin de asegurar en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres los mismos derechos, en particular el derecho reproducción. El art. 12, inc. 1º indica que se adoptarán todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación referente a la planificación de la familia. La adopción integrativa, que quiere imponer en este caso el fiscal, no responde a esta realidad. No existe un matrimonio que adopta a la hija de su compañero. Estamos en presencia de un embrión que se creó con ovodonación con consentimientos libres previos e informados donde los padres decidieron así serlo. Por ello, mal puede una gestante renunciar su maternidad cuando nunca la tuvo.

El nuevo ordenamiento civil y comercial reemplaza el instituto de la adopción de integración como una modalidad distinta a la adopción plena y simple. La integración como calificativo del vínculo adoptivo deriva de una necesidad social que advierte la conveniencia y utilidad de consolidar un vínculo afectivo de envergadura desarrollado entre el pretensado adoptante y el hijo de su cónyuge o conviviente en el marco de una familia. Se trata de una modalidad legal que reconoce la existencia de las denominadas *familias ensambladas* como un nuevo modelo familiar y que, por tal motivo, requiere de una regulación específica. Quien se integra a la familia formada por el adoptado y su progenitor biológico y adoptivo es el cónyuge o conviviente de este último que en los hechos ha estado comportándose como un verdadero padre o madre con respecto a los hijos, pero que no tuvo la intención de ser padre en la formación o donación del embrión que dio a luz a un niño. En tal lineamiento la Corte Suprema de la Nación tiene dicho enfáticamente que los jueces han de buscar la verdad material u objetiva; que deben lograr “lo justo en concreto”; y que la solución objetivamente justa de cada caso necesita computar las circunstancias de la causa.

Hacer justicia es una misión específica de los magistrados; no importa otra cosa que la recta determinación de lo justo en concreto y ello solo se puede lograr ejerciendo la virtud del vivo espíritu de justicia en la realización efectiva del derecho en las situaciones reales que se le presentan, lo que exige conjugar los principios enunciados en la ley con los elementos fácticos del caso, cuyo consciente desconocimiento no se compadece con la misión de administrar justicia (15).

La adopción de integración no está destinada a excluir, extinguir o restringir vínculos, sino a ampliarlos mediante la integración de una persona a un grupo familiar ya existente que un niño o adolescente conforma con su progenitor; es que el instituto no perjudica ni resta efectos jurídicos entre el adoptado y su progenitor de origen con quien convive. El rechazo del emplazamiento filial solicitado implica forzar a la mujer gestante a asumir la maternidad y la consiguiente responsabilidad parental, pese a que no hizo aporte genético alguno y a que carece de la voluntad de ser madre, vulnera su autonomía personal. Con ello, se haría prevalecer el hecho de la gestación por encima de la voluntad negativa de la mujer gestante, expresada de manera indubitable a lo largo del proceso judicial (16).

Cabe puntualizar que la atribución del vínculo materno-filial no resulta desplazada por la adop-

ción de integración. Aun en el caso de que “H” fuera adoptada por el padre que no aportó los gametos —a través de la figura de la adopción de integración y en forma plena—, no se extinguirían las responsabilidades parentales que le corresponden a la mujer gestante si se le atribuye la condición de madre. Por un lado, el art. 699 del Código de fondo que determina los supuestos de extinción de responsabilidad parental, en su inciso e., establece que la extinción (17).

Así se estaría forjando el derecho a la identidad de un niño, en su faz dinámica, lo que atenta contra la regla constitucional según la cual, en decisiones que pueden afectar al niño, debe darse precedencia a su interés superior de conformidad con el art. 3.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño, mencionada en el art. 75, inc. 22 de la Constitución Nación, el que aquí involucra los “derechos del niño a la vida familiar” (art. 7.1, CDN), el derecho “a preservar su identidad” (art. 8.1, CDN), el derecho a ser “protegidos y asistidos especialmente por parte del Estado, cuando resulten temporal o permanentemente privados de su medio familiar” (art. 20.1, CDN). Por ello, la injerencia en la vida de las personas de la sentencia es diametralmente opuesta a la normativa internacional que pretende dar una identidad a un menor a través de una falacia, que es una adopción. Así se violenta el derecho a la identidad del niño nacido por estas prácticas y violenta los derechos humanos de la propia mujer gestante, y de los derechos de los padres de “H”.

Reiterando el voto minoritario de la Dra. Bermejo, en cuanto a la adopción, se trata de una persona con la cual no existe lazo genético ni biológico (conf. arts. 602, 603 y ss., Cód. Civ. y Com.), por lo que no es el caso y considerarlo sería como admitir readaptar lo que realmente ocurrió a una u otra norma, cuando ambas poseen alcances distintos, desvirtuando el derecho humano a formar una familia y a ejercer la voluntad procreacional. De tal manera, encuentro que la adopción no respeta al superior interés de “H”.

X. El Interés Superior del niño y la vulneración de derechos propios de cualquier ser humano

La pauta primordial de valoración que debió tenerse esencialmente en cuenta y no se hizo fue el interés superior del menor (art. 3º, Convención Internacional sobre Derechos del Niño [CDN], de jerarquía constitucional, conf. art. 75, inc. 22, CN), verdadero pilar, sobre el cual deben hacerse pivotar en este caso en concreto, con el alcance que más abajo se explica (18).

Se violenta el art. 7º de la CDN que resguarda el derecho de ser inscripto inmediatamente después de su nacimiento, derecho al nombre, a conocer a sus padres y a ser cuidado, por ellos, el art. 8º de la CDN respeto a la identidad y las relaciones familiares.

Se violenta el derecho del niño a la vida familiar está protegido por la CDN (art. 16); derecho que no se ha protegido. El término “familia” debe interpretarse en un sentido amplio que incluya a los padres biológicos, adoptivos o de acogida o, en su caso, a los miembros de la familia ampliada o la comunidad, según establezca la costumbre local, conforme art. 5º, CDN (19); que tampoco fue respetado.

También se viola de manera directa el derecho a formar una familia, el derecho a gozar de los beneficios del progreso científico y su

aplicación tal como lo dispone el art. 14.1.b del Protocolo de San Salvador, reconocido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso “Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica”, del 28/11/2012.

Se pone en tela de juicio el art. 19 de la CN, en cuanto no reconoce los derechos de una niña, nacida el 17/10/2016 en la Ciudad de Buenos Aires, por la voluntad procreacional de sus padres, matrimonio igualitario, discriminando así a dos mujeres que sí pueden acceder a estas prácticas de útero portador en igualdad de condiciones, y no a dos hombres, vulnerando el art. 16 de la CN en cuanto a que rompe la igualdad y discrimina en relación con el sexo.

Como lo afirmara la Dra. Bermejo en su voto minoritario: si no existen razones de orden público que impidan reconocer la filiación en el caso de parejas conformadas por dos mujeres, cabe inferir que tampoco las hay cuando se trate de uniones de hombres. El interés superior del niño debe primar en cualquiera de los casos y, a la luz de ese principio, no hay motivos para distinguir sobre la base del género de los cónyuges (20).

La sentencia violenta la vida privada y familiar protegida en el art. 11 de la CADH, la integridad personal del art. 5.1 de la CADH, la libertad personal art. 7.1, CADH, la igualdad y a no ser discriminado art. 24, CADH, en cuanto al derecho de conformar una familia, la que juega un papel central conforme el art. 17 de la CADH.

También violenta la Convención CEDAW, art. 2º, en cuanto se violenta los derechos de M. A. G. obligándola a ser madre cuando no quiere serlo ni lo es; así la discrimina en cuanto a su condición de mujer y la violenta psicológicamente a ser quien no ha querido nunca ser.

XI. Una reflexión final

La Corte Suprema estará en poco con el quinto caso de gestación por sustitución en cartera. Seguramente un pedido al Poder Legislativo a que evalúen una ley sobre gestación por sustitución.

Entre tanto los nacimientos de gestación solidaria en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires se registran administrativamente, dentro del marco de las disp. 93/2017 (DGRC), 103/2017 (DGRC) y 122/2020 (DGRC) del Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas.

Un proyecto de ley viene de ser presentado el 26/10/2020 en la Legislatura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires por el legislador Ariel Álvarez Palma. El proyecto prevé, además, de los nacimientos en ciudad, la inscripción de menores nacidos fuera del ámbito de la Ciudad para su registro en Ciudad y nacimientos fuera de los centros de salud sin intervención médica.

Esto permite que muchas familias no deban recurrir a otros países para tener hijos por estas prácticas. No es justo, que solo aquellos que puedan pagar estas prácticas en el extranjero puedan tener hijos por esta modalidad, discriminando a quienes no tienen los recursos para ir a los EE.UU., Canadá, Ucrania o Georgia. Debe haber políticas inclusivas no exclusivas.

Cita on line: AR/DOC/3840/2020

{ NOTAS }

(12) BLADILLO, Agustina - GIL DOMÍNGUEZ, Andrés, “La realidad interpela, ¿el derecho responde? Gestación por sustitución: desde dónde partir para regular”, en *Gestación por sustitución, voluntad procreacional y heterobiología*, RDF 2015-V-133.

(13) Caso 659/17. Juzgado Civil en Familia y Sucesiones Única denominación Sentencia II, Monteros, Tucumán 07 de

febrero de 2020.

(14) <https://www.diariodecuyo.com.ar/argentina/Una-familia-multiple-dos-papas-y-una-mama-20200511-0103.html>.

(15) CS, 10/11/1992, “La Editorial SA c. Estado Nacional s/ daños y perjuicios”, disidencia del Dr. Carlos S. Fayt, Fallos 315:2625.

(16) Dictamen del Procurador General de la Nación 27/08/2020, CIV 14153/2017 CSI “S. T. V. s/ inscripción de

nacimiento”, p. 15.

(17) Confirmado del Dictamen del Procurador General de la Nación 27/08/2020, CIV 14153/2017 CSI “S. T. V. s/ inscripción de nacimiento”, p. 15.

(18) Confirmado, CNCiv., sala I, “S. M., D. y otros c. A. S. S. s/ filiación”, Sentencia caso 55.012/2017, del 28/08/2020, AR/JUR/35471/2020.

(19) Comité de los Derechos del Niño, “Observación general N° 14 (2013) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial”, 29 de mayo de 2013.

(20) C.Cont. Adm. y Trib. CABA, sala I, *in re* “Defensor del Pueblo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y otros c. GCBA y otros s/ amparo - otros”, sent. del 04/08/2017; cita online: AR/JUR/56141/2017, voto del doctor Carlos Balbín.