

Percurso Acadêmico



PUC Minas
Barreiro

Revista interdisciplinar
da PUC Minas no Barreiro

Dossiê: Direito Biomédico, Neurociências
e Psiquiatria: aspectos teóricos e práticos

v. 3, n. 5, jan./jun. 2013





REVISTA INTERDISCIPLINAR DA PUC MINAS NO BARRREIRO
Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais

Comissão Editorial

1. Prof. Ms Antonio Pres Azevedo Junior, PUC MINAS
2. Profª. Drª. Alessandra Lopes Carvalho, PUC Minas, Brasil
3. Profª. Ms. Ana Cristina Ribeiro Mendes, PUC Minas, Brasil Prof. Dr. Lindomar Rocha Mota, PUC Minas, Brasil
4. José Guilherme Chaves Alberto, Universidade Fumec., Brasil
5. Profª. Drª. Juliane Fernandes Queiroz, PUC Minas, Brasil
6. Profª. Drª. Maria Augusta Vieira Nelson, PUC Minas
7. Prof. Ms. Messias Antonio da Silva, PUC Minas, Brasil
8. Profª. Drª. Rafaela Cyrino Peralva Dias, PUC Minas, Brasil
9. Profª. Ms. Vânia das Graças Rocha Simões Oliveira, PUC Minas, Brasil
10. Prof. Dr. William César Bento Régis, PUC Minas, Brasil

Editora-gerente

Profª. Drª. Renata Dumont Flecha, PUC Minas, Brasil

Estagiária de Editoria

Tatiane Bernadete Ribeiro, PUC Minas, Brasil

Indexadores

- LATINDEX
- PKP (Public Knowledge Project)/ Open Archives Harvester
- DIADORIM

Missão

Veicular trabalhos científicos de docentes e discentes, como forma de registro e divulgação de suas pesquisas, nas diversas áreas de conhecimento, fomentando a formação acadêmica crítica e de qualidade, integrando ensino, pesquisa e extensão..

A revista é multilíngüe e publica trabalhos em espanhol, francês, inglês, italiano e português, na forma de artigos, comunicações (como entrevistas, estudo de casos), resenhas e notas bibliográficas e resumos de dissertações e teses. Todos os trabalhos são submetidos ao *check list* das normas de publicação (normas da ABNT e da Editora PUC Minas), à pré-avaliação de membro da Comissão Editorial e, se aprovados, são encaminhados à avaliação externa: os artigos científicos (Dossiê e Temática Livre) são enviados a dois (2) avaliadores *ad hoc* para parecer (sistema de duplo cego ou *Double Blind Review*); as Comunicações seguem para um avaliador *ad hoc*. A seleção leva em consideração a originalidade, relevância e qualidade metodológica e científica.

ISSN: 2236-0603

Submissão de textos e orientações para autores:

<http://periodicos.pucminas.br/index.php/percursoacademico/about/submissions#onlineSubmissions> >.

Outras informações: <<http://periodicos.pucminas.br/index.php/horizonte/about>>.

Endereço eletrônico:

Percurso Acadêmico: <[http:// http://periodicos.pucminas.br/index.php/percursoacademico](http://http://periodicos.pucminas.br/index.php/percursoacademico)>.

Correio eletrônico: percursoacademico.pucminas@gmail.com

Endereço para correspondência:

Percurso Acadêmico - Revista Interdisciplinar da PUC Minas no Barrerrio

Av. Afonso Vaz de Melo, 1200, prédio 4, sala 109 - Barreiro - Belo Horizonte, MG - Brasil

Tel. +55 (31) 3328-9507

CEP 30.640-070

FICHA CATALOGRÁFICA:

FICHA CATALOGRÁFICA

Elaborada pela Biblioteca da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais

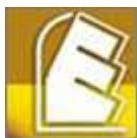
P428 Percurso acadêmico: Revista Interdisciplinar da PUC Minas no Barreiro. – v.1,
n.1 (2011-). – Belo Horizonte: PUC Minas, 2011- .v.

ISSN 2236-0603 - versão eletrônica. (SEER/IBICT)
Semestral

1. Ciência e humanidades - Periódicos. I. Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais
(Campus Barreiro)

CDU: 50(05)

Publicação:



Editora PUC Minas

Filiada:



Apoio:



PERCURSO ACADÊMICO V. 3, N. 5 JAN./JUN. 2013 - DIREITO BIOMÉDICO, NEUROCIÊNCIAS E PSIQUIATRIA: ASP. TEÓRICOS E PRÁTICOS

Dossiê: Direito Biométrico, Neurociências e Psiquiatria: aspectos teóricos e práticos

SUMÁRIO

EXPEDIENTE

Expediente

3-4

APRESENTAÇÃO

Apresentação v. 3, n. 05, jan/jun. 2013

Renata Dumont Flecha

5-7

EDITORIAL

Direito Biomédico II - Espanha – Brasil

Maria de Fátima Freire de Sá

8-9

ARTIGOS DOCENTES/DOSSIÊ

Aspectos psicossociais relacionados ao uso de drogas na adolescência

Juliana Joni Parada

10-21

Periculosidade criminal: conceito, tratamento e consequências

Leonardo Isaac Yarochevsky, Thalita da Silva Coelho

22-34

Bases para la implementación de una metodología interdisciplinar en la investigación jurídica: la relevancia de la Psicología evolutiva y las neurociencias en la determinación de la capacidad (de obrar y de culpabilidad)

Sergio Romeo Malanda

35-52

Dopaje y enfermedad mental: más allá de la responsabilidad del deportista	
<i>Elena Atienza Macías</i>	53-79
Consideraciones jurídicas sobre los procedimientos experimentales de mejora (enhancement) en neurociências	
<i>Carlos María Romeo Casabona</i>	80-107
Direito à saúde e o fornecimento de medicamentos	
<i>Ana Carolina Brochado Teixeira, Iara Antunes de Souza</i>	108-128
Direito biomédico, Neurociências e Psiquiatria - aspectos teóricos e práticos	
<i>Fábio Lopes Rocha</i>	129-142
Direitos das pessoas portadoras de transtorno mental e do comportamento no Brasil: a necessidade de autoafirmação e reconhecimento	
<i>Maria de Fátima Freire de Sá, Diogo Luna Moureira</i>	143-162
El derecho a la integridad moral y figuras afines en ordenamientos constitucionales de Europa y Latinoamérica	
<i>Ricardo Chueca</i>	163-184
Internamientos forzosos, derechos humanos y protección de la salud mental. El equilibrio necesario en beneficio del paciente	
<i>Pilar Nicolás Jiménez</i>	185-215
O direito à saúde no Estado democrático de direito: interseção entre políticas públicas e efetivação dos direitos fundamentais	
<i>Wilba Lúcia Maia Bernardes</i>	216-230



DIREITO BIOMÉDICO II

Espanha – Brasil

Maria de Fátima Freire de Sá*

Tive a grata honra de, ao lado do professor Doutor Carlos María Romeo Casabona, coordenar o II Seminário Hispano Brasileiro de Direito Biomédico realizado em Belo Horizonte, de 22 a 24 de maio de 2012, sob os auspícios da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais e da Ordem dos Advogados do Brasil de Minas Gerais, através da Escola Superior de Advocacia.

Esta parceria teve início em 2010, com a realização do I Seminário, ocorrido em maio de 2010, que teve temática mais ampla e contou com a participação de professores brasileiros e espanhóis, agrupados, principalmente, em torno da Faculdade Mineira de Direito e da Cátedra Interuniversitária de Direito e Genoma Humano, de Bilbao. O resultado desse encontro pode ser conferido pelo livro *Direito Biomédico: Espanha-Brasil*, publicado pela Editora PUC Minas, em 2011. Os assuntos tratados, naquela oportunidade, são de grande relevância para o Direito Biomédico, como a dignidade humana, a proteção dos dados genéticos, inovação terapêutica, o uso forense de perfis de DNA, a autonomia do paciente no fim da vida, reprodução humana assistida, tendências sobre aborto, saúde pública e doação de órgãos.

Nesta segunda edição, o Seminário Hispano Brasileiro abordou o tema *Direito Biomédico, Neurociências e Psiquiatria: aspectos teóricos e práticos*. Os trabalhos versaram sobre a saúde mental, direitos dos pacientes portadores de transtorno mental e do comportamento, tanto no Brasil quanto na Espanha, autonomia e discernimento de incapazes, direito e acesso a medicamentos, uso de drogas na adolescência e seus aspectos psicossociais, doença mental e estigma, políticas públicas de saúde, dentre outros. Com o objetivo de enriquecer o conhecimento e o debate sobre os temas propostos, além dos pesquisadores brasileiros e espanhóis da área do Direito, também da Faculdade Mineira de Direito e da Cátedra Interuniversitária de Direito e Genoma

* Professora do Programa de Pós Graduação em Direito da Faculdade Mineira de Direito. PUC Minas. Pesquisadora do Centro de Estudos em Biodireito – CEBID.

Humano, participaram do encontro pesquisadores e profissionais da Medicina, consolidando o compromisso de reconstruir teorias adequadas à tarefa constante de produção de um Estado Democrático de Direito.

A união de autores nacionais e estrangeiros, tratando de temas e problemas tanto locais quanto globais, permitiram a proposição de hipóteses argumentativas que vejam os portadores de transtorno mental e do comportamento como indivíduos que estão, na medida de cada particularidade, em processo de construção de uma personalidade e exercício de uma personalidade jurídica.

A presente edição reflete toda sua diversidade de temas, influências teóricas e orientações metodológicas, sem perder de vista a pessoa humana. Sabemos quão flagrante é a desassistência a tantos e tantos pacientes psiquiátricos que enfrentam longas filas para marcação de consultas e superlotam as emergências dos hospitais. Não nos esqueçamos do grande número de enfermos encarcerados, cumprindo medida de segurança, e daqueles que têm como casa os viadutos e as vias públicas.

Sinto-me orgulhosa de poder apresentar este volume a toda comunidade acadêmica.



Aspectos psicossociais relacionados ao uso de drogas na adolescência

Psychosocial Aspects Related to Drug Use in Adolescence

Juliana Joni Parada*

Resumo

A adolescência é uma fase de transição, marcada por profundas transformações principalmente nas esferas biológica, psíquica e social. É uma fase de experimentações, buscas e atitudes de autoafirmação de uma nova identidade em formação. Nesta fase é comum o contato inicial com as drogas. A maioria dos jovens passará pela experimentação de drogas e interromperá este comportamento. Uma parcela destes, entretanto, apresenta vulnerabilidades que os coloca em risco de desenvolver abuso ou mesmo dependência de substâncias. No presente artigo serão abordadas a epidemiologia do uso de drogas pelos adolescentes do nosso país, discutidas as vulnerabilidades que trazem riscos, os fatores protetores, as consequências do uso de substâncias nesta fase da vida, bem como a relação entre o uso de drogas, doenças psiquiátricas e criminalidade.

Palavras-chave: Infância. Adolescência. Drogas. Psicossociais. Transtornos Psiquiátricos. Delinquência. Criminalidade.

Abstract

Adolescence is a phase of transition, marked by profound transformations, mainly in the biological, psychic and social spheres. It is a time for experimentations, searches and auto affirmative attitudes for a new identity in formation. Initial contact with drugs at this stage is common. Most of these young people will pass through this experimentation phase and interrupt this behavior. Some of them, though, have vulnerabilities that put them at risk of developing drug abuse or even substance dependency. In this article the epidemiology of the use of drugs by the adolescents of our country will be broached, we will discuss the vulnerabilities that bring risk to drug use, the protecting factors, the consequences of the use of substances in this phase of life, and also the correlation between the use of drugs, psychiatric diseases and criminality.

Keywords: Infancy. Adolescence. Drugs. Psychosocial. Psychiatric disturbances. Delinquency. Criminality.

* Psiquiatra do Instituto de Previdência dos Servidores do Estado de Minas Gerais – IPSEMG. Contato: parada.psiq@gmail.com

Introdução

A adolescência é uma fase do ciclo vital marcada por uma série de profundas alterações biológicas, orgânicas, sociais, culturais, emocionais e existenciais. Assim, é um período da vida que envolve curiosidade, procura por novas sensações e novas experiências, desafios e a busca de uma identidade própria e de pertencimento a um grupo. Estas características naturais da fase fazem com que este seja um período de risco para a experimentação, uso, abuso e desenvolvimento de dependência de drogas.

Do ponto de vista do neurodesenvolvimento, a segunda década de vida é marcada por processos delicados e específicos de refinamento cerebral, de modo que o cérebro do jovem é mais susceptível aos efeitos das substâncias. Os sistemas de reforços relacionados ao prazer gerado pelas drogas são naturalmente super-ativos, enquanto que os sistemas responsáveis pela inibição de comportamentos são naturalmente hipoativos (RUTHERFORD, 2010), contribuindo para a característica de impulsividade típica desta faixa etária. O uso de drogas gera uma ativação do sistema de recompensa ainda maior do que nos adultos, que, aliada a impulsividade típica desta fase de maturação cerebral, coloca o jovem em maior vulnerabilidade em relação às drogas (SILVA; MATTOS, 2004). Além disso, os efeitos tóxicos gerados pelo uso repetido de substâncias podem prejudicar o desenvolvimento cerebral e limitar o desenvolvimento das potencialidades daquele indivíduo, além de se relacionar com riscos maiores de conseqüências psiquiátricas, podendo gerar uma série de desfechos negativos para a vida do jovem.

O uso precoce de substâncias também está relacionado a uma série de complexos fatores psicossociais que se inter-relacionam mutuamente, nos âmbitos individual, familiar, escolar e social. Estes contribuem seja para o risco, seja para a proteção em relação ao uso de substâncias, bem como são influenciados pelas conseqüências que o uso de drogas acarreta.

1 Epidemiologia

O abuso de drogas tem se iniciado cada vez mais precocemente, tendo seu pico na adolescência (NIDA, 2010). O início precoce do uso de substâncias é um preditor de

gravidade de futura dependência e de maior morbidade com complicações clínicas e psiquiátricas na idade adulta (RUTHERFORD, 2010).

Um levantamento nacional realizado em 50.890 estudantes em nosso país pelo Centro Brasileiro de Informações sobre Drogas Psicotrópicas (CEBRID), no ano de 2010, confirma que o uso de drogas tem início precoce, com pelo menos 5% dos estudantes tendo experimentado drogas antes dos 10 anos de idade. A média de idade para o primeiro uso de álcool, inalantes, nicotina e ansiolíticos ocorre entre os 13 e 14 anos. No caso de anfetaminas, maconha, cocaína e crack, a média de idade do primeiro uso se situa entre 14 e 15 anos.

Neste mesmo levantamento constatou-se que as principais substâncias usadas pelos estudantes são álcool e nicotina: 60,5% já experimentaram álcool pelo menos uma vez na vida e 16,9% nicotina. Quanto às demais drogas (exceto álcool e tabaco), 25,5% dos estudantes referiram uso na vida, sendo que os inalantes ocupam o primeiro lugar (8,7%), seguidos pela maconha (5,7%) e por ansiolíticos (5,3%). O uso de drogas (exceto álcool e tabaco) foi maior nas faixas etárias acima de 16 anos, mas também estava presente em idades tão precoces como entre os 10 e 12 anos.

Foram observadas pequenas diferenças entre os gêneros: nos meninos predomina o uso de drogas ilícitas, enquanto nas meninas predomina o uso de álcool e medicamentos sem prescrição médica (ansiolíticos e anfetaminas).

Na rede particular de ensino 30,2% dos alunos afirmam ter feito uso de qualquer droga (exceto álcool e tabaco) na vida, 13,6% no último ano, e 6,2% no último mês - porcentagens superiores as dos alunos das escolas públicas: 24,2%, 9,9% e 5,3%, respectivamente. Por outro lado, os alunos da rede pública fazem mais uso pesado (definido como uso em 20 ou mais ocasiões no último mês) de drogas (exceto álcool e tabaco) em relação aos da rede privada: 1,2 versus 0,8%.

Comparando os levantamentos entre estudantes do ano de 2004 com o de 2010, foi observado redução no número de estudantes que relataram consumo de bebidas alcoólicas e tabaco, tanto para os parâmetros de uso na vida quanto uso no ano. Foi observada redução da proporção de estudantes que relataram uso no ano de qualquer das demais drogas, com exceções à cocaína, que teve aumento do consumo de 2,0 para 2,8% no ano, e à maconha, cujo consumo se manteve estável, com cerca de 5,8% no ano. Cabe ressaltar que o levantamento de 2004 foi realizado apenas em escolas

públicas e o de 2010 envolveu também a rede particular de ensino do país, o que pode contribuir para algum viés na comparação entre os resultados na série histórica.

Importante mencionar que mesmo com garantia de anonimato, ainda é possível que alguns escolares não tenham revelado o uso de drogas, principalmente as ilícitas. Neste contexto, estas prevalências podem ser interpretadas como estimativas mínimas de valores verdadeiros mais altos (BAUS, 2002).

Se os estudantes regularmente matriculados em escolas apresentam tais padrões de consumo, um levantamento realizado pelo CEBRID em 2003 na população de crianças em situação de rua demonstra que estes estão em situação ainda mais vulnerável: 76% afirmam já ter usado álcool na vida, 63,7% tabaco, 44,4% solventes 40,4% maconha e 24,5% cocaína ou derivados. Nesta população os índices de uso no ano e uso no mês são bastante elevados para todas as substâncias. Quanto ao álcool 62,4 e 43% relatam uso no ano e no mês, respectivamente; nicotina 52,5 e 44,5%, solventes 36,8 e 28,7%, maconha 32,1 e 25,4% e cocaína 18,5 e 12,6%.

Dados dos levantamentos nacionais domiciliares dos anos de 2001 e 2005 feitos pelo CEBRID apontam que os índices de casos identificados como “dependência química” na faixa etária entre 12 e 17 anos têm aumentado. O índice de dependência ao álcool nesta faixa etária aumentou de 5 para 7% e a dependência à nicotina aumentou de 2,2 para 2,9%.

2 Fatores associados ao risco e à proteção e consequências do uso de drogas na adolescência

É difícil prever quais adolescentes dentre os que experimentam drogas se tornarão dependentes, mas é certo que os futuros dependentes estão inevitavelmente aqueles que se expõem ao uso de substâncias. Quanto mais precocemente o uso se iniciar, maior o risco de consequências graves.

Uma série de fatores está associada ao risco ou à proteção para o abuso ou dependência de substâncias por um indivíduo. Tais fatores se relacionam de forma complexa entre si e não são por si só determinantes do uso de drogas, mas podem representar maior risco ou maior proteção em relação a estes comportamentos.

No âmbito individual, a hereditariedade é um fator bastante relevante, que contribui com um risco biológico/genético para o desenvolvimento de dependência

química. A prevalência de dependência entre familiares de dependentes pode ser até quatro vezes maior do que na população geral. Estudos de adoção também encontram maior prevalência de dependência entre filhos de pais biológicos com o mesmo problema (WHO, 2004).

Algumas características de personalidade também podem predispor o jovem ao risco de abuso de substâncias: timidez excessiva, baixa autoestima, baixo limiar para tolerar frustrações, baixo nível de resiliência, pouca responsabilidade e autonomia, agressividade e busca por sensações novas (“*novelty-seeking*”) são algumas delas. A idade de início do uso de drogas e a tolerância aos efeitos da substância também acarretam riscos maiores para o abuso e a dependência, bem como a presença de doenças psiquiátricas.

No âmbito familiar, o uso de drogas pelos pais, a permissividade destes com o uso de drogas, a falta de supervisão, a falta de clareza com as regras e a tolerância a infrações também trazem riscos. Ambientes familiares com conflitos conjugais, violência doméstica, falta de expressão de afeto e padrão de comunicação negativo entre os membros da família também podem contribuir para o uso, abuso ou dependência de drogas pela criança ou adolescente.

A escola também tem um papel importante para o risco ou proteção em relação ao uso de drogas, sendo importantes a clareza das regras e a fiscalização do uso de substâncias, o envolvimento entre professores e alunos e o estímulo ao desenvolvimento das potencialidades do estudante. Por outro lado, baixo rendimento, defasagem escolar e evasão escolar trazem riscos maiores. O padrão de uso (ou não-uso) de drogas pelos amigos também é uma fonte de importante influência, tanto pelas pressões sociais que estes exercem sobre o adolescente, quanto pela necessidade deste de se sentir parte integrante de um grupo com o qual se identifica.

Fatores sociais também estão implicados, como as leis e as políticas públicas sobre drogas. A tolerância social com o uso de drogas lícitas, a facilidade de acesso à aquisição e ao uso de substâncias, a falta de fiscalização, e a baixa percepção de risco (por exemplo, a crença de que a maconha é uma droga inofensiva) colocam o jovem em uma posição de vulnerabilidade maior. Outros fatores sociais, tais como criminalidade na vizinhança, empregabilidade, acesso a opções de lazer, acesso e qualidade dos serviços de saúde, também contribuem para o risco ou a proteção do uso de drogas.

De uma forma geral, podemos constatar que as mudanças de valores sociais, com valorização do lucro crescente e incessante, do alívio imediato de situações desprazerosas e da busca do prazer rápido e intenso a qualquer custo, além da apologia da mídia e da tolerância social ao consumo das drogas lícitas, também contribuem para o uso de drogas. Ou seja: ao mesmo tempo em que a sociedade combate e repudia o consumo de drogas, também pode incentivar, involuntariamente, o adolescente a procurar saídas imediatas que são facilmente encontradas nas drogas, de modo que figura como cúmplice e vítima do uso e drogas (PINSKY; BESSA, 2004).

O uso de drogas na infância e adolescência está relacionado a uma série de conseqüências negativas em diversas esferas nesta etapa da vida, que será determinante para os desfechos da vida adulta.

No âmbito acadêmico o uso de substâncias traz dificuldades de aprendizagem, queda no desempenho e evasão escolar. Um estudo realizado com 2410 estudantes no Rio Grande do Sul, por exemplo, demonstrou a associação entre o uso de drogas e o turno noturno de estudos, maior número de faltas, e maior número de reprovações escolares (TAVARES, 2001). Um grande estudo prospectivo neozelandês envolvendo 1265 recém-nascidos, que foram acompanhados prospectivamente durante 25 anos, demonstrou claramente a associação entre o consumo de maconha entre os 14 e os 21 anos e uma série de desfechos negativos em termos acadêmicos e profissionais aos 25 anos. Observou-se que, em comparação aos jovens que nunca fumaram maconha, quanto mais intenso o uso desta, piores os desempenhos obtidos aos 25 anos: menores índices (até quatro vezes menores) de conclusão do nível superior, maiores taxas (até três vezes) de desemprego, maior o número (até cinco vezes) de dependentes de benefício de auxílio-doença, e menor a renda pessoal (FERGUSSON; BODEN, 2008).

O uso de drogas também está relacionado com maior risco envolvimento em acidentes, incluindo acidentes automobilísticos, e a mortes precoces – principalmente por causas violentas, incluindo homicídios e suicídios.

No âmbito sexual observa-se associação do uso de drogas com maior risco de violência sexual (tanto para vítimas quanto para perpetradores), gestações indesejadas e contágio de doenças sexualmente transmissíveis – incluindo HIV, dentre outras.

3 Drogas, doenças psiquiátricas e atos infracionais na adolescência

Os transtornos por uso de substâncias (TUS) constituem o problema de saúde mental mais prevalente na adolescência (PECHANSKY, 2004). Por outro lado, estima-se que cerca de 89% dos adolescentes que apresentam algum TUS também sejam portadores de outro transtorno psiquiátrico comórbido (BESSA, 2004). A presença de comorbidade psiquiátrica com TUS não é tão simples de ser diagnosticada, uma vez que tanto o uso crônico de uma substância, quanto a intoxicação e a abstinência podem mimetizar uma série de sintomas psíquicos que não constituem um transtorno em si, e que remitem espontaneamente após algum tempo sem o uso da droga. Ou seja, para afirmar que de fato existe um outro transtorno mental sobreposto ao TUS é necessário que os sintomas do referido transtorno persistam por no mínimo duas semanas após a desintoxicação (BESSA, 2004).

Os principais transtornos mentais comórbidos aos TUS na adolescência são: depressão, transtorno de déficit de atenção/hiperatividade (TDAH), transtornos de ansiedade (incluindo transtorno de ansiedade generalizada, fobia social e transtorno de stress pós-traumático), transtorno de conduta, transtorno desafiador opositivo, transtornos alimentares e esquizofrenia (BESSA, 2004).

Cabe ressaltar que a presença de comorbidade interfere negativamente na evolução de ambos os transtornos, acarretando uma série de conseqüências negativas: maior intensidade do consumo de drogas e dependência, maior comprometimento da saúde física e mental, maior comprometimento neuropsicológico, pior funcionamento social e ocupacional, maior desgaste das relações interpessoais, aumento dos riscos de lesão, suicídio, violência e criminalidade, aumento do risco de ficar em situação de rua, maior utilização dos serviços de saúde, maiores custos sociais (CRAWFORD, 2003; APA, 2006; COMPTON, 2007; MILLS, 2009). Além disso, a presença de diagnóstico dual diminui a probabilidade de remissão de ambos os transtornos e aumenta as dificuldades do tratamento, acarretando um pior prognóstico.

Uma relação preocupante que já está bem estabelecida cientificamente diz respeito à relação de causa-efeito do uso de maconha em jovens susceptíveis, contribuindo para o desencadeamento de quadros de esquizofrenia. Quanto mais precoce o uso de maconha, particularmente antes dos 15 anos de idade, e quanto mais intenso, maior o risco de pessoas vulneráveis apresentarem a doença. Revisões

sistemáticas apontam que o risco de jovens que usam maconha desenvolverem esquizofrenia é mais que duas vezes maior do que o de jovens que não fazem uso desta substância (HENQUET, 2005; SEMPLE, 2005). Uma recente metanálise associou o uso de maconha ao aparecimento de esquizofrenia em idade mais precoce do que em não usuários de maconha, o que pode conferir maior gravidade e pior prognóstico para a doença (LARGE *et al*, 2011). Além disso, estatisticamente é possível inferir que se o uso de maconha fosse eliminado, entre 8 a 13% dos casos de esquizofrenia seriam prevenidos (WITTON; MURRAY, 2004).

Relações entre o consumo precoce de maconha e outros quadros psiquiátricos também têm sido apontadas. Um estudo australiano com 1601 estudantes de 14 e 15 anos, seguidos por sete anos, demonstrou que o uso diário de maconha aumenta em cinco vezes e o uso semanal aumenta em duas vezes o risco de transtornos depressivos e ansiosos no sexo feminino (PATTON *et al*, 2002).

O uso de maconha também tem sido associado a um risco consideravelmente maior de escalada para uso de outras drogas ilícitas, o que é denominado como “Teoria da Porta de Entrada”, e já foi observado em uma série de pesquisas científicas. Como exemplo, citamos um estudo prospectivo que acompanhou por 25 anos 1265 crianças desde seu nascimento. Foi observado que o risco de abuso ou dependência de drogas ilícitas foi 117 vezes maior nos jovens, que aos 16 anos faziam uso semanal de maconha, quando comparados aos jovens que não faziam uso desta substância. Este risco é maior quanto mais precocemente se iniciar o uso de maconha (FERGUSSON *et al*, 2008).

Com relação à associação de TUS, transtornos psiquiátricos e criminalidade, um estudo conduzido no Rio de Janeiro com 116 adolescentes infratores entre 12 e 19 anos, que cumpriam medidas em liberdade condicional, demonstrou que a maior parte deles apresentava psicopatologia compatível com a presença de transtorno mental. Destes, 63% tinham histórico de abuso de drogas ilícitas (principalmente maconha – 43%) e 58% fazia uso regular de álcool. Os transtornos psiquiátricos encontrados foram: transtorno de conduta (77%), depressão (60%), ansiedade (57%), TDAH (54%) e transtorno desafiante opositor (41%). Embora a prevalência de transtornos mentais seja bastante relevante no grupo dos infratores, 93% dos jovens não foram encaminhados para tratamento nem antes e nem depois da sentença (ANDRADE *et al*, 2004). Isso aponta para a necessidade de desenvolvimento de políticas públicas preventivas para

proteção de crianças e adolescentes e para a necessidade de um diálogo maior entre as instituições jurídicas e médicas.

Um outro estudo conduzido no Rio Grande do Sul entre 148 adolescentes infratores internados em uma unidade sócio-educativa demonstrou que o uso de drogas estava presente em 87,4% da amostra, enquanto em um grupo de não-infratores esta prevalência foi de 30% (PACHECO; HUTZ, 2008), contribuindo para chamar a atenção entre a complexa relação entre drogas e criminalidade.

Conclusão

Até certo ponto a experimentação de drogas na adolescência pode ser considerada normal, assim como é normal que o adolescente busque novas sensações e experiências em inúmeras esferas da vida, como, por exemplo, na sexualidade.

De fato, a maior parte dos adolescentes que tem contato com o uso de substâncias irá permanecer apenas na fase experimental e abandonará este comportamento. Entretanto, dentre os que experimentam drogas estão aqueles que apresentam maior vulnerabilidade para se tornarem abusadores ou mesmo dependentes químicos. Tais vulnerabilidades são observadas nas esferas individual, biológica, psicológica, familiar, escolar, e social e se inter-relacionam de forma bastante complexa.

Quanto mais precoce o uso de substâncias, maiores os riscos de consequências graves – risco de desenvolver dependência, de perda de produtividade na vida, de desenvolver quadros psiquiátricos, de acidentes e mortes precoces, de doenças sexualmente transmissíveis, gestações indesejadas, e envolvimento com criminalidade, dentre outros.

A permissividade e tolerância social com o uso de drogas lícitas e a baixa percepção de risco de drogas ilícitas como a maconha, aliada a ineficácia de políticas públicas preventivas, facilidade de acesso às substâncias e falta de fiscalização, são fatores que contribuem para o panorama atual. Se o uso de drogas não pode ser de todo evitado, medidas de proteção às crianças e adolescentes necessitam urgentemente ser tomadas na esfera preventiva!

REFERÊNCIAS

ANDRADE, R.C.; SILVA, V.A.; ASSUMPÇÃO Jr, F.B. Preliminary data on the prevalence of psychiatric disorders in Brazilian male and female juvenile delinquents. **Brazilian Journal of Medical and Biological Research**, (2004) 37: 1155-1160.

APA – American Psychiatric Association. **Diretrizes para o Tratamento de Transtornos Psiquiátricos**: Compêndio/2006. American Psychiatric Association; Tradução Andréa Caleffi et al. Porto Alegre: Artmed, 2008.

BAUS, J.; KUPEK, E.; PIRES, M. Prevalência e Fatores de Risco Relacionados ao Uso de Drogas entre Escolares. **Rev Saúde Pública**, 2002; 36(1):40-6.

BESSA, M.A. Quando o uso de drogas ocorre junto com outros transtornos psiquiátricos. In: PINSKY, I.; BESSA, M.A (orgs). **Adolescência e Drogas**. 1.ed. São Paulo: Contexto, 2004.

CARLINI, E.A.; GALDUROZ, J.C.E.; NOTO, A.R.; NAPPO, A.S. **I Levantamento Domiciliar sobre o Uso de Drogas Psicotrópicas no Brasil**: 2001. São Paulo: CEBRID, 2001.

CARLINI, E. A. (supervisão) [et. al.]. **V Levantamento Nacional sobre o Consumo de Drogas Psicotrópicas entre Estudantes do Ensino Fundamental e Médio da Rede Pública de Ensino nas 27 Capitais Brasileiras – 2004**. São Paulo: CEBRID, 2004.

CARLINI, E.A.; GALDUROZ, J.C.E.; NOTO, A.R.; NAPPO, A.S. **II Levantamento Domiciliar sobre o Uso de Drogas Psicotrópicas no Brasil**: Estudo Envolvendo as 108 maiores Cidades do País: **2005**. São Paulo: CEBRID, 2005.

CARLINI, E. A. (supervisão) [et. al.]. **VI Levantamento Nacional sobre o Consumo de Drogas Psicotrópicas entre Estudantes do Ensino Fundamental e Médio das Redes Pública e Privada de Ensino nas 27 Capitais Brasileiras – 2010**. São Paulo: CEBRID, 2010.

COMPTON, W.M.; TOMAS, Y.F.; STINSON, F.S.; GRANT, B.F. Prevalence, Correlates, Disability, and Comorbidity of DSM-IV Drug Abuse and Dependence in United States – Results From the National Epidemiologic Survey on Alcohol and Related Conditions. **Arch Gen Psychiatry**; Vol 64, mai 2007. 366-376 p.

CRAWFORD V, CROME IB, CLANCY C. Co-existing Problems of Mental Health and Substance Misuse (Dual Diagnosis): a Literature Review. **Drugs, education, prevention and policy**, Supplement, 2003. S1-S74,

FERGUSON, D.M.; BODEN, J.M. Cannabis use and later life outcomes. **Addiction**, 2008; 103: 969–976 p.

FERGUSON, D.M.; BODEN, J.M.; HORWOOD, J. The developmental antecedents of illicit drug use: Evidence from a 25-year longitudinal study. **Drug and Alcohol Dependence**, 2008. 96, 165–177.

HENQUET, C.; MURRAY, R.; LINSZEN, D.; VAN OS, J. The Environment and Schizophrenia: The Role of Cannabis Use. **Schizophrenia Bulletin**, v. 31 n. 3, p. 608–612.

LARGE, M.; SHARMA, S.; COMPTON, M.; SLADE, T.; NIELSSEN, O. Cannabis Use and Earlier Onset of Psychosis - A Systematic Meta-analysis. **Arch General Psychiatry**, v. 68, n. 6, June 2011.

MILLS, K.L.; DEADY, M.; PROUDFOOT, H.; SANNIBALE, C.; TEESSON, M.; MATTICK, R.; BURNS, L. **Guidelines on the Management of Co-occurring Alcohol and Other Drug and Mental Health Conditions in Alcohol and Other Drug Treatment Settings**. NDARC – National Drug and Alcohol Research Centre: University of New South Wales, Sydney, Australia, 2009.

NATIONAL INSTITUTE ON DRUG ABUSE (NIDA). **Drugs, Brain and Behaviour – The Science of Addiction**. 3. ed. United States of America: 2010.

NOTO, A.R.; NAPPO, S.; GALDURÓZ, J.C.F. *et al.* **IV Levantamento sobre o Uso de Drogas entre Crianças e Adolescentes em Situação de Rua nas 27 Capitais Brasileiras – 2003**. São Paulo: CEBRID, 2004.

PATTON, G.C.; COFFEY, C.; CARLIN, J.B.; DEGENHARDT, L.; LYNSKEY, M.; HALL, W. Cannabis use and mental health in young people: cohort study. **British Medical Journal**, v. 325, p.1195-1198, Nov. 2002.

PECHANSKY, F.; SZOBOTI, C.M.; SCIVOLETTOLL, S. Uso de álcool entre adolescentes: conceitos, características epidemiológicas e fatores etiopatogênicos. **Rev Bras Psiquiatr**, v. 26, supl. 1, p. 14-17. maio 2004

PINSKY, I.; BESSA, M.A (orgs). **Adolescência e Drogas**. 1.ed. São Paulo: Contexto, 2004.

RUTHERFORD, H.J.V.; MAYES, L.C.; POTENZA, M.N. Neurobiology of Adolescent Substance Use Disorders: Implications for Prevention and Treatment. **Child Adolesc Psychiatr Clin N Am**, 19(3): p. 479-492. 2010; July

SEMPLE, D.D.; MCINTOSH, A.M.; LAWRIE, S.M. Cannabis as a risk factor for psychosis: systematic review. **J Psychopharmacol**, 19, p. 187-194. 2005

SILVA, V.A.; MATTOS, H.F. Os jovens são mais vulneráveis às drogas? In: PINSKY, I.; BESSA, M.A (orgs). **Adolescência e Drogas**. 1. ed. São Paulo: Contexto, 2004.

TAVARES, B.F.; BÉRIA, J.U.; LIMA, M.S. Prevalência do uso de drogas e desempenho escolar entre adolescentes. **Rev Saúde Pública**. 35(2), p.150-158. 2001.

WITTON, J.; MURRAY, R.M. Reefer madness revisited: cannabis and psychosis. **Rev Bras Psiquiatr**, 26(1):2. 2004

WORLD HEALTH ORGANIZATION – WHO. **Neuroscience of psychoactive substance use and dependence**. Geneva, 2004.



Periculosidade criminal: conceito, tratamento e consequências

Criminal hazard: concept, treatment and consequences

Leonardo Isaac Yarochevsky*
Thalita da Silva Coelho**

Resumo

A periculosidade na esfera criminal ganha especial relevância no contexto das medidas de segurança, aplicáveis aos indivíduos classificados como penalmente inimputáveis. O presente estudo aborda a fragilidade da avaliação e constatação da periculosidade de um determinado agente, tendo em vista ser uma tarefa dotada de alta carga subjetiva, traduzindo mero juízo de probabilidade, sem que exista qualquer critério científico apto a conferir segurança jurídica quando da aludida aferição. Para tanto, urge abordar alguns aspectos acerca do estudo do homem delinquente e do constante interesse por parte de algumas Escolas no sentido de traçar um perfil dos denominados delinquentes perigosos. Destaca-se que, em última análise, a punição de um indivíduo com base no diagnóstico da periculosidade consiste em nítida violação aos postulados do Direito Penal atual, no qual resta afastado o direito penal do autor. A par desta realidade, a periculosidade tem sido justificativa para uma série de propostas de política criminal, as quais almejam cada vez mais a prevenção da conduta delitativa por meio da antecipação da tutela penal.

Palavras-chave: Periculosidade. Medida de segurança.

Abstract

The dangerousness in the criminal sphere is of particular relevance in the context of the security arrest applicable to individuals classified as criminally incompetent. This paper addresses the weakness of the assessment and finding of dangerousness of a particular agent, considered to be a highly subjective task, translating merely a probability judgment, with no scientific criterion able to provide legal certainty within the mentioned measurement. Therefore, it is urgent to address some aspects about the study of the delinquent man and the constant interest that some schools have in it, in order to draw a profile of so-called dangerous offenders. It is noteworthy that, ultimately, the punishment of an individual based on the diagnosis of dangerousness is a clear violation of the postulates of the current Criminal Law, which remains away from the so called criminal law of the author. Along with this reality, the dangerousness has been justification for a series of proposals for criminal policy, which increasingly aim the prevention of criminal behavior through the anticipation of criminal behavior

Keywords: Danger. Security arrest.

*Doutor em Ciências Criminais pela UFMG. Professor da PUC-Minas. Advogado Criminalista. Contato: leonardo@yarochevsky.com.br

** Mestre em Direito Público pela PUC-Minas. Professora da PUC-Minas. Advogada Criminalista. Contato: thalitacoelho@globo.com

Considerações iniciais

No ordenamento jurídico penal atual, a questão da periculosidade criminal se encontra exposta especialmente ao tratar das denominadas medidas de segurança. Tais medidas, consistentes em internação em hospital de custódia e tratamento ambulatorial, são destinadas àqueles indivíduos avaliados como inimputáveis, em decorrência da ausência de autodeterminação, dotados de algum grau de periculosidade, que cometeram um ato penalmente punível.

Ocorre que, não obstante o seu aparecimento restrito no tocante à legislação penal, o que se observa é que a periculosidade criminal tem informado cada vez mais as políticas criminais adotadas, que caminham no sentido de prevenir as condutas perigosas e não de reprimi-las. Este cenário, gerado especialmente pelo fenômeno da sociedade do risco, acaba por aproximar o direito penal, até então do fato, do direito penal do autor, revelando aspectos totalitários.

1 Percurso histórico do estudo do homem delincente

Conforme afirma Prado (2010), desde a história penal dos povos primitivos é possível perceber a existência do interesse em proteger a sociedade de determinados indivíduos que representavam uma constante ameaça no tange a prática de novos crimes, razão pela qual a mera repressão através da pena passou a se mostrar insuficientes para fins de prevenção individual.

Deve-se à Escola Positivista italiana, inaugurada por Lombroso, em 1876, quando foi publicada a primeira edição de *L'uomo delinquente*, bem como a Ferri (1931) e Garófalo (1925), o pioneirismo no estudo do homem criminoso.

Foram os positivistas que procuraram as diferenças entre o homem delinquente ou anormal e o homem não-delinquente ou normal. Cada um dos aludidos autores apresentou seu próprio enfoque na fundamentação de suas teses acerca do criminoso nato, baseando-se, para tanto, na teoria da degeneração¹, conferindo grande relevância à

¹ Segundo Lemos; Silva (2012), a teoria da degeneração foi elaborada pelo francês Bénédic-Augustin Morel, em 1957, o qual defendeu a existência de um grupo de degenerados ou loucos hereditários, que

natureza do homem criminoso em detrimento da gravidade do crime praticado, delegando ao direito penal a função de proteger a sociedade dos indivíduos ditos perigosos, deixando em segundo plano a ideia retribucionista e ressocializadora da pena (LEMOS; SILVA, 2012).

O ex-médico militar Lombroso enfatizou aspectos antropológicos, formulando e desenvolvendo sua teoria do “*delinquente nato*”, uma espécie de ser atávico, degenerado, marcado por uma série de características físicas e estigmas corporais, tais como anomalias do crânio, orelhas em forma de asa, formas do nariz etc. (LOMBROSO, 2001), assinalando que a persistência no crime e, portanto, a reincidência revelava o criminoso nato, principalmente se tal ocorresse antes da juventude (BISSOLI FILHO, 1988).

Ferri (1988), além de ratificar o pensamento de Lombroso em relação às condições orgânicas e psíquicas do criminoso, realçou os fatores sociológicos ou sociais, tais como a miséria, a educação, a profissão etc., bem como a influência das condições ambientais e físicas, tais como o clima, a temperatura etc.

Garófalo (*apud* BISSOLI FILHO, 1988, p. 127), por sua vez, enfatizando os elementos psicológicos, desenvolveu em sua pesquisa a ideia da: “[...] anomalia moral ou psíquica do criminoso”, ressaltando ainda que: “[...] além da anomalia física, há a moral, a qual é a verdadeira causa do crime [...]”. Em decorrência deste entendimento, sua proposta era que a pena fixada fosse proporcional à periculosidade do indivíduo e à potencial lesão que este pode gerar.

Assim, o crime deixa de ser julgado como episódio isolado, e ganham destaque as características físicas e psíquicas de quem o praticou. Desaparecem as distinções entre imputáveis e inimputáveis e a periculosidade passa a ser fundamento e medida da atuação penal. Todos os delinquentes são perigosos, em maior ou menor grau, pelo simples fato de terem praticado um crime. (PRADO, 2010, p. 629).

No tocante à forma de terapêutica destinada aos degenerados, a Escola Positivista Italiana, também conhecida por escola de antropologia criminal, formulava, em suma, três propostas: a eliminação total, por meio da internação ou da morte; a

possui desvio doentio em relação aos demais membros da sociedade, que atuava de forma regressiva ao longo das gerações que o transmitia.

eliminação provisória, através da terapêutica; e a eliminação parcial ou relativa, com a castração ou esterilização (LEMOS; SILVA, 2012).

Certo é que com a escola positivista nasceu a criminologia científica, que apesar de todas as restrições e críticas que lhe são atribuídas, possui mérito que não lhe pode ser tirado, qual seja, o de abrir caminho para o estudo do indivíduo delinqüente.

A Escola Positivista, que se opunha à Escola Clássica, apresentou uma característica metodologicamente marcada pelo método experimental, além da negação da culpabilidade individual e do livre-arbítrio como seus fundamentos.

No final do século XIX as teses lombrosianas haviam logrado grande êxito em todo o mundo e influenciado vários estudiosos. Contudo, já no início do século XX fortes críticas irromperam em relação às teorias biológico-antropológicas apresentadas pela Escola Positivista.

Uma dessas principais críticas refere-se ao estudo limitado feito principalmente por Lombroso, já que o mesmo limitava-se a observar criminosos condenados que se encontravam em estabelecimentos penitenciários, sujeitos, portanto, às condições e aos efeitos do aprisionamento.

Importa aqui remarcar que o crime e o criminoso não podem ser considerados e analisados isoladamente, desprezando-se outros fatores e circunstâncias importantes como, por exemplo, a influência do meio social na formação do delinqüente.

1 Periculosidade

De acordo com o Novo Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa, a periculosidade é o estado ou a qualidade do que é perigoso, consistindo no conjunto de circunstâncias que indicam a probabilidade de alguém praticar ou tornar a praticar um crime.

Para Bruno (1984), a periculosidade é um estado de grave desajustamento do homem às normas de convivência social. Mais adiante, o autor afirma que se trata de um juízo de probabilidade, “necessariamente sujeito a erro”.

A periculosidade é, portanto, um juízo de probabilidade de que novos crimes sejam praticados. Um juízo sobre o comportamento futuro do agente, constituindo-se uma verdadeira “ficção jurídica” (FRAGOSO, 1984, p. 1922), posto que não existe

fórmula positiva ou científica para determinar a periculosidade do indivíduo. Assim, ao juízo de culpabilidade, em razão de sua própria natureza, deve ser dado apenas um valor relativo (FRAGOSO, 1984).

A periculosidade não pode nem deve ser simplesmente presumida, mas plenamente comprovada. Sua apreciação, no dizer de Casabona (1986), implica juízo naturalístico (não ético, não moral ou não de valor), cálculo de probabilidade, que se desdobra em dois momentos, derivados de sua própria definição: a comprovação da qualidade sintomática de perigo (diagnóstico de periculosidade), por um lado, e a comprovação da relação entre tal qualidade e o futuro criminal do agente (prognose criminal).

Camargo; Ellerman; Ramon (1995) sustentam e propõem a necessidade de uma revisão do conceito de periculosidade utilizado pela psiquiatria forense. Segundo eles, o conceito de periculosidade é axiomático e, portanto, sem valor teórico à luz da metodologia científica.

Metodologicamente, no es válido examinar una realidad, buscando un resultado prefijado, se este resultado no fuera hipotico. Al rev s del “este hombre es peli_roso? , deber amos usar el “existe un tipo de hombre peli_roso, y si fuera as , en qu medida este ser uno de ellos? . En el primer caso, tenemos una hipótesis basada en un axioma, ya dado como válido de antemano: el de que existen hombres peligrosos. En el segundo caso, tenemos dos hipótesis a ser demostradas (CAMARGO; ELLERMAN; RAMON, 1995, p. 84).

Para os citados autores, é impossível admitir que uma pessoa possa ser penalizada, “no por lo que hizo, sino por lo que se supone que har (CAMARGO; ELLERMAN; RAMON, 1995, p. 84), sendo que a solução para o problema de indicar ao juiz as possibilidades e probabilidades de o paciente reincidir deveria começar pela abolição do conceito de periculosidade e por sua substituição pelo conceito de “pronosticabilidad .

O conceito de prognóstico parte da idéia de incerteza. “Por definición, la certeza es imposible en el pronóstico...Todavía en la observación clínica del hombre, sea enfermo, sea sano, existen elementos que permiten inferir las frecuentes excepciones, siempre con el margen de duda inherente a cualquier pronóstico. El perito, al emitir su opinión de pronosticabilidad, estará ofreciendo al juez un indicador de las posibilidades y de las probabilidades de que el enfermo vaya a cometer nuevos delitos, dada la historia de su vida, y

dentro de ella, la historia de su enfermedad, la naturaleza de la misma, aún más, los signos y manifestaciones de ella en las disposiciones de su voluntad, de su personalidad y de las peculiaridades de su psicología individual. Relacionará toso eso, ciertamente a las circunstancias de vida, medio ambiente y entorno social donde vive el paciente, y todavia así, apenas pronosticará. No estará diciendo que este hombre pertenece a una variante de seres humanos: a la de los peliñosos (CAMARGO; ELLERMAN; RAMON, 1995, p. 85-86).

Bissoli Filho (1988) é preciso ao afirma que:

[] a teoria da periculosidade restou tributária quase que exclusivamente de construções dogmáticas. O conceito de personalidade perigosa, produzido unicamente pela Dogmática Penal, é vago, confuso e caracterizado pela subjetividade. (BISSOLI FILHO, 1988, p.169).

De toda sorte, ainda que se busque estabelecer critérios para a determinação da periculosidade, o que se verifica é a imensa fragilidade de seu conceito, desprovido de maiores certezas, representante verdadeiro exercício de futurologia, o que se mostra absolutamente incompatível com a segurança jurídica almejada pelos ordenamentos.

2 Tratamento e consequências

A solução encontrada por diversas legislações penais para o tratamento do indivíduo perigoso, que cometeu um ato punível em decorrência de sofrimento mental, está na medida de segurança. Assinala Prado (2010, p. 632), que as medidas de segurança, que possuem natureza jurídica de sanção penal, consistem em consequências jurídicas do delito, que “consubstanciam-se na reação do ordenamento jurídico diante da periculosidade criminal revelada pelo delinquentes após a prática de um delito [...] impedindo que este volte a delinquir .

Prado (2010) destaca que foi na Inglaterra, nos idos de 1860, a implantação do primeiro tratamento psiquiátrico para criminosos doentes mentais, decorrente da *Criminal Lunatic Asylum Act*. Segundo o aludido preceito normativo, tais criminosos doentes mentais deveriam ser internados em um asilo. Foi, ainda, no mesmo país, o surgimento do primeiro manicômio judiciário.

Segundo Ferrajoli (2010, p. 718)

É certo que a maior contribuição à introdução das medidas de segurança no nosso ordenamento (*leia-se: ordenamento italiano*), ou quanto menos a sua legitimação ideológica, foi um legado da “Escola Positiva”, ou antropológica do direito penal, que, como se viu, substituiu a categoria da responsabilidade por aquela da periculosidade, e concebeu o crime como “um sintoma de patologia psicossomática, devendo enquanto ser tratado e prevenido mais do que reprimido, por medidas pedagógicas e terapêuticas destinadas a neutralizar as causas exógenas.

Verifica-se, pois, que a teorização da medida segurança, instituto atualmente adotado pelo ordenamento jurídico brasileiro, também se deve à Escola Positiva, todavia, a sua sistematização efetivamente ocorreu com o Anteprojeto de Código Penal Suíço de 1893. Bruno (1984, p. 117), fazendo menção ao aludido Estatuto (art. 42), aborda a imposição de medida de segurança por tempo indeterminado para aquele que incorre em várias infrações, depois de sofrer numerosas penas privativas de liberdade, revelando, segundo o autor, “tendência ao crime, vida desordenada ou ociosidade”.

Em momento ulterior, precisamente em 1830, a medida de segurança foi sistematizada de modo completo no Código Penal Italiano, elaborado inicialmente por Ferri, no qual se pretendia a adoção do sistema vicariante, “pelo qual pena e medida de segurança a receberiam a denominação de “sanções penais”, aplicadas sempre segundo o critério da periculosidade subjetiva. (PRADO, 2010, p. 630). Todavia, o indigitado anteprojeto não obteve êxito na sua aprovação, prevalecendo a proposta de Arturo Rocco, que apregoava, em oposição ao sistema vicariante, o sistema dualista, que autoriza a cumulação da pena e da medida de segurança.

No Brasil, o primeiro resquício acerca da medida de segurança pode ser vislumbrado no Código Penal do Império (1830) e, posteriormente, em várias outras propostas que não passaram de projetos. Na redação original do Código Penal de 1940, a responsabilidade penal era examinada por meio da capacidade de compreensão da ilicitude do crime de tal forma que, se o indivíduo possuía inteira incapacidade de autodeterminação seria considerado inimputável, ao passo que se o indivíduo possuísse

discernimento relativo seria considerado semi-imputável. Esta distinção segue exatamente a linha adotada pelo atual artigo 26 do Código Penal, ocorre que, naquela ocasião, era possível, para os semi-imputáveis, o acúmulo da pena e da medida de segurança (sistema do duplo binário).

Com a reforma de 1984, restou definitivamente afastada a hipótese de aplicação da medida de segurança para o imputável, ao qual é aplicável exclusivamente a pena, nos moldes da sua culpabilidade. Assim, a medida de segurança, hodiernamente questionada, reserva-se em nossa legislação atual aos casos de inimizabilidade penal e não aos de periculosidade simplesmente, lembrando que, com a reforma de 1984, do Código Penal brasileiro, o legislador foi bastante feliz ao abandonar o sistema dualista ou do duplo binário.

A exposição de motivos do Código Penal do Brasil (Lei 7.209/1984) no item 87 dispõe:

Extingue o projeto a medida de segurança para o imputável e institui o sistema vicariante para os fronteiriços. Não se retomam, com tal método, soluções clássicas. Avança-se, pelo contrário, no sentido da autenticidade do sistema. A medida de segurança, de caráter meramente preventivo e assistencial, ficará reservada aos inimputáveis. Isso, em resumo, significa: culpabilidade-pena; periculosidade-medida de segurança. Ao réu perigoso e culpável não há razão para aplicar o que tem sido, na prática, uma fração de pena eufemisticamente denominada medida de segurança.

A reforma penal brasileira, segundo Toledo (1999), com isso,

[...] longe de retornar a fórmulas clássicas, dá um passo adiante, com solução coerente para o sério problema do agente imputável que já se tenha revelado um delinqüente habitual ou por tendência, sem necessidade de recorrer-se à pena totalmente indeterminada ou à fórmula do duplo binário que, como se viu, não foi bem assimilada pela experiência brasileira (TOLEDO, 1999, p. 77-78).

Embora bastante semelhante, para não dizer idêntica, a forma de execução tanto da pena quanto da medida de segurança, ambas são executadas com a privação da liberdade. Contudo, certo é que em um Estado Democrático de Direito, segundo Ferrari (2001, p. 135), a medida de segurança criminal, além de constituir uma das espécies de sanção penal, está condicionada “à presença de dois pressupostos obrigatórios e

irrenunciáveis, quais sejam: 1) a realização de um fato ilícito-típico penal; e 2) a presença da periculosidade criminal. Ainda de acordo com o autor, em um Estado Democrático de Direito a medida de segurança criminal (sanção penal) “está vedada a estados de paradelinquência, infrações exclusivamente políticas ou de marginalismo criminoso, já que ausentes estarão as práticas dos ilícitos-típicos criminais” (FERRARI, 2001, p. 135).

O grande questionamento acerca da medida de segurança, em nosso ordenamento jurídico, gira em torno da ausência de um prazo máximo de submissão do portador de sofrimento mental ao tratamento ou internação compulsória.

A forma penal desta coerção compromete grandemente a liberdade das pessoas a ela submetidas. Preocupa, sobremaneira, a circunstância de não terem as “medidas” um limite fixado na lei e ser a sua duração indeterminada, podendo o arbítrio dos peritos e juízes decidir acerca da liberdade de pessoas que, doentes mentais ou estigmatizadas como tais, sofrem privações de direitos, ainda maiores do que aquelas que são submetidas às penas. O problema não é simples, e a pouca atenção que geralmente se dá às medidas de segurança, do ponto de vista dogmático, torna-a bastante perigosa para as garantias individuais. (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2006, p. 731).

Numa análise perfunctória do tema, verifica-se que a inexistência de um limite, acerca da duração da medida de segurança, representa evidente violação à Constituição brasileira, a qual determina, em seu art. 5º, XLVII, *b*, a proibição da pena em caráter perpétuo. Em outras palavras, significa dizer que ao portador de sofrimento mental que comete um ato punível é dispensado tratamento muito mais gravoso, quando comparado ao imputável, que possuía, ao tempo do crime, plena capacidade de discernimento e autodeterminação.

A discussão a respeito do tema, por parte da doutrina, parece estar longe de alcançar um posicionamento satisfatório, prevalecendo, todavia, o entendimento de que a medida de segurança encontraria o seu limite no máximo da pena cominada abstratamente para o delito cometido. Ultrapassado tal limite e persistindo a periculosidade do agente, cessa-se a intervenção penal, passando-se a questão para a esfera cível. Proposta apresentada recentemente no Anteprojeto de Código Penal que ora tramita perante o Senado.

Enquanto alguns países tentam resolver tal questão por meio da pena, outros, como a Alemanha, Estados Unidos, Suíça, Japão e recentemente a Espanha, também recorrem às medidas de segurança como solução do problema em testilha. Lado outro, a aparição dos meios de comunicação de alcance mundial, o desenvolvimento de novas técnicas de resposta penal (controle telemático e outras formas de terapia social), aliado ao interesse político e social no sentido de garantirem maior proteção aos bens jurídicos mais caros, impulsionou a adoção de novas medidas para contenção dos delinquentes reincidentes e/ou perigosos, envolvendo internação em centros de terapia social, castração química, controle telemático, dentre outros.

Verifica-se, ainda, que atualmente, no Brasil e em diversas partes do mundo, há uma tendência muito forte em acabar com os chamados “manicômios judiciais”, onde se tem verificado que o delinquente é, geralmente, abandonado à própria sorte e esquecido pela sua própria família. Conforme é sabido, desde o início do denominado Movimento Antimanicomial², as diretrizes psiquiátricas deixaram de serem aquelas vinculadas ao tratamento por meio hospitalar e passaram a apregoar a prática terapêutica integrada à comunidade. Esta postura tem por escopo conceder o cuidado adequado aos portadores de sofrimento mental, a partir, não só dos preceitos advindos da medicina e da Psicologia, mas, também, do princípio da dignidade da pessoa humana. Desta forma, a manutenção da medida de segurança no ordenamento jurídico vem de encontro à proposta acima, não podendo o delinquente perigoso acometido por uma doença mental receber tratamento mais gravoso.

Conclusão

Em definitivo, entendemos não ser a medida de segurança, muito menos por tempo indeterminado, capaz de resolver o problema do delinquente portador de sofrimento mental, que também não é solucionado pela pena privativa de liberdade. Conforme podemos constatar a periculosidade criminal, conceito subjetivo, vago, indeterminado e carecedor de precisão científica, mas que, atualmente, alicerça a medida de segurança, remete ao direito penal do autor, próprio de regimes totalitários e antigarantistas.

² Em termos normativos, a Luta Antimanicomial ganhou força especialmente após a Lei 10.216/01 (Lei Paulo Delgado), a qual determinou a extinção progressiva dos manicômios, estabeleceu um rol de direitos do portador de sofrimento mental e novas diretrizes de tratamento.

REFERÊNCIAS

BISSOLI FILHO, Francisco. **Estigmas da criminalização**: dos antecedentes à reincidência criminal. Florianópolis: Obra Jurídica, 1988.

BRUNO, Aníbal. **Direito penal**: 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984. Tomo 3.

BRASIL. **Código Penal**. São Paulo: Saraiva, 2010.

CAMARGO, Gabriel Neves; ELLERMAN, Luís Alberto; RAMON, Miriane. El concepto de peligrosidad en la psiquiatría forense: una revisión crítica, con propuesta de revisión conceptual. *Revista do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária*, Brasília, v. 1, n. 6, 65-87, jul./dez. 1995.

CEBALLOS, Elena B. Marín de Espinosa. **La reincidencia**: tratamiento dogmático y alternativas político criminales. Granada: Comares, 1999.

CÓRDOBA RODA, Juan; RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo. **Comentarios al código penal**: tomo I (artículos 1-22). Barcelona: Ariel, 1972.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; CARVALHO, Edward Rocha de. Teoria das janelas quebradas: e se a pedra vem de dentro? **Boletim do IBCCRIM**: edição especial, ano 11, out. 2003.

CUELLO CALÓN, Eugenio. **Derecho penal**: Parte general: tomo 1. Revisado y puesto al día por César Camargo Hernández. Barcelona: Bosch, 1981.

EIRANOVA ENCINAS, Emilio (Coord.). **Código Penal Alemán – StGB**, Código de Procesal Penal Alemán – StPO. Madrid: Marcial Pons, 2000.

ESPAÑA. Código penal.; GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. **Código penal**. 2. ed. Madrid: Tecnos, 1984. 252p (Biblioteca de textos legales)

ESPINOLA, Julio Cesar. **Código penal alemán**: parte general. Buenos Aires: Depalma, 1976.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. 3. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. 925 p.

FERRARI, Eduardo Reale. **Medidas de segurança e direito penal no Estado democrático de direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

FERRI, Enrico. **Princípios de direito criminal**. Tradução Paolo Capitanio. Campinas: Bookseller, 1996.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. Sistema do duplo binário: vida e morte. *In: Studi in memoria di Giacomo Delitala*: volume 3. Milano: Dott. A. Giuffrè, p. 1907-1930. 1984.

HASSEMER, Winfred; MUÑOZ CONDE, Francisco. **Introducción a la criminología**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2001.

JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. **Tratado de derecho penal**: Parte general. Tradução de Miguel Olmedo Cardenete. Granada: Comares, 2002.

Jiménez de Asúa, Luis. **Principios de derecho penal**: La ley y El delito. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1990.

LEMGRUBER, Julita. O controle da criminalidade: mitos e fatos. *In: OLIVEIRA, Nilson Vieira (Org.)*. **Insegurança pública**: reflexões sobre a criminalidade e a violência urbana. São Paulo: Nova Alexandria, 2002.

LEMO, Carolina Barreto; SILVA, Carlos Augusto Canêdo Gonçalves da. Crime e risco. Os novos rumos do direito penal: uma política criminal de defesa social. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 20, n. 97, p.393-420, jul./ago. 2012.

PORTUGAL. Leis, etc.. **Código penal e código de processo penal atualizados**: legislação complementar. Lisboa: Guerra-Viseu, 1972. 650p

PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro**: volume 1: parte geral: arts. 1º a 120. 9. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. **Derecho penal**. Parte general. Madrid: Marcial Pons, 1992.

CASABONA, Carlos Maria Romeo. **Peligrosidad y derecho penal preventivo**. Barcelona: Bosch, 1986.

ROXIN, Claus. **Derecho penal**. Parte general (tomo 1). Fundamentos. La estructura de la teoría del delito. Traducción y notas Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997.

TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de Direito Penal**. São Paulo: Saraiva, 1999.

WACQUANT, Loïc. **As prisões da miséria**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.

YAROCHEWSKY, Leonardo Isaac. **Da reincidência criminal**. Belo Horizonte: Mandamento, 2005.

ZAFFARONI, Eugenio Raul. **Tratado de derecho penal** (parte general – V) Buenos Aires: Ediar, 1983.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**: parte geral. 4. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.



Bases para la implementación de una metodología interdisciplinar en la investigación jurídica: la relevancia de la Psicología evolutiva y las neurociencias en la determinación de la capacidad (de obrar y de culpabilidad)

Rules for the implementation of a methodology interdisciplinary legal research: the relevance of evolutionary psychology and neuroscience in the determination of building (to act and guilt)

Sergio Romeo Malanda*

Resumen

El objetivo principal de este trabajo es poner de manifiesto la importancia y la necesidad de afrontar las cuestiones que presenten una significación jurídica desde una perspectiva interdisciplinar. Para ello se usa como hilo conductor la cuestión de la capacidad. Así, se pone de manifiesto cómo no es posible crear y aplicar el Derecho desconociendo la realidad social y científica en la que éste debe ser aplicado. Y mucho menos es posible (o al menos recomendable) crear y aplicar el Derecho contradiciendo dicha realidad social y científica. Así pues, el Derecho del siglo XXI requiere inexorablemente de una metodología interdisciplinar si se quiere que éste sea realmente eficaz. Más concretamente, las decisiones normativas que el ordenamiento jurídico adopte en relación con el consentimiento (piedra angular de nuestro Derecho) no pueden desconocer los desarrollos científicos que se han producido en el ámbito de la psicología del desarrollo y la neuropsicología. Se trata, pues, de integrar dichos estudios en la regulación jurídica existente a fin de comprobar si ésta resulta coherente y hacer propuestas, en su caso, de modificación.

Palabras clave: Interdisciplinariedad. Capacidad. Culpabilidad. Minoría de edad. Psicología del desarrollo. Neurociencias

Abstract

The main objective of this work is to show the importance and necessity of facing the issues with a legal signification from an interdisciplinary perspective. To do this, the author uses as a guiding principle the question of the competence in order to demonstrate how it is not possible to elaborate and implement legal norms paying no attention to the social reality in which the

Law must be applied. And even worse, it is not possible (or at least not recommended) to elaborate and implement legal norms against such social and scientific reality. That is why the Law in the 21st century necessarily requires an interdisciplinary methodology if we want it to be really useful for society. More specifically, the legal regulations to be adopted by our legal system in regards to an essential element such as consent, can not ignore the scientific advances that have been developed in the field of developmental psychology and neuropsychology. In consequence, the purpose is to integrate that knowledge in the existing legal norms in order to check if these are according to it, and to make, in case it was necessary, the corresponding proposal to modify the Law.

Keywords: Interdisciplinarity. Competence. Culpability. Underage. Developmental Psychology. Neurosciences

*Profesor de Derecho penal, Universidad de Las Palmas de Gran Canaria (España). Contacto: sromeo@ddp.ulpgc.es

Introducción

La cuestión de la capacidad de obrar es un tema de primera magnitud en Derecho. La capacidad es un elemento imprescindible para poder otorgar validez a la voluntad de un sujeto. Pero también resulta imprescindible para poder exigir responsabilidad jurídica a una persona por la realización de un hecho lesivo.

Este breve trabajo no tiene como finalidad exponer el régimen jurídico de la capacidad de obrar en el Derecho español. Su finalidad esencial es poner de manifiesto la importancia y la necesidad de afrontar las cuestiones que presenten una significación jurídica desde una perspectiva interdisciplinar. Decía el bioeticista español Javier Gafo que “para hacer buena bioética es necesario partir de buenos datos científicos”. Esta sabia reflexión debe valer también para el Bioderecho en particular, y para el Derecho en general.

En efecto, es evidente que no es posible ofrecer soluciones jurídicas a problemas reales si no se cuenta con toda la información que tenga relación con la cuestión objeto de análisis. Y eso hará necesario que haya que poner en conexión instituciones jurídicas y datos provenientes de otras disciplinas, no ya jurídicas, sino ajenas totalmente al Derecho.

Así pues, este trabajo tiene como objeto, utilizando como vehículo la cuestión de la capacidad, poner de manifiesto cómo no es posible crear y aplicar el Derecho desconociendo la realidad social y científica en la que éste debe ser aplicado. Y mucho menos es posible (o al menos recomendable) crear y aplicar el Derecho contradiciendo dicha realidad social y científica. Se trata, en definitiva, de poner en valor la interdisciplinariedad como método de investigación jurídica y aplicación del Derecho. Aún más, como dice Beriaín (2011, p. 107), “la interdisciplinariedad se halla insertada dentro del propio corazón del Derecho”.

1 Disciplinariedad, multidisciplinariedad e interdisciplinariedad en la investigación jurídica y en la aplicación del derecho

Los estudios jurídicos son multidisciplinarios para los estudiantes. Sin embargo, desde la perspectiva del profesor o del investigador, en el ámbito jurídico, históricamente puede constatarse una tendencia (especialmente en el ámbito del *Civil*

Law o Derecho continental) a subdividir el Derecho en ramas o disciplinas y a una especialización. Así sucede, por ejemplo, con el Derecho penal, Derecho civil, Derecho mercantil (como una disciplina que se ha independizado del Derecho civil), Derecho administrativo, Derecho tributario (también independizada del Derecho administrativo), Derecho procesal (que en muchos sistemas jurídicos se ha desvinculado incomprensiblemente de los Derechos sustantivos correspondientes).

Estas disciplinas se han ido desarrollando al margen de las demás, de tal modo que pueden encontrarse muchas incoherencias internas en un mismo ordenamiento jurídico; también existe la tendencia a utilizar mismos términos con diferente significado en distintas disciplinas jurídicas; profesores que dedican todo su esfuerzo docente e investigador a una de esas disciplinas y se hacen remisiones a expertos o estudios en otras áreas, sin hacer un esfuerzo en realizar un análisis integrador del Derecho; profesores que sólo se ocupan al Derecho sustantivo (o procesal), sin ser capaces de entender que se trata de disciplinas inescindibles y que un conocimiento real de la materia requiere tener conocimiento de ambas.

En cualquier caso, la (imprescindible) multidisciplinariedad no nos servirá de mucho a menos que logremos conectar los saberes y valores de todas las disciplinas implicadas. De este modo, podemos llamar *interdisciplinariedad* a la habilidad y práctica de combinar e integrar actores, elementos y valores de múltiples áreas del saber, el conocimiento y la técnica práctica. Se trata de identificar sinergias, analogías, paradojas y enfoques desde múltiples puntos de vista y enfocados en distintos aspectos de los fenómenos y procesos que trabajamos.

Poco a poco han ido surgiendo disciplinas jurídicas con una entidad propia que requieren hacer un análisis integrador de una realidad social determinada: Derecho médico, Derecho deportivo, Derecho informático, Derecho aeronáutico, etc. Incluso en estos casos, hay una tendencia a analizar las cuestiones desde una perspectiva disciplinar. Es más, en ciertos ámbitos puede llegar a ser un demérito intentar analizar los problemas desde un punto de vista interdisciplinar (aunque sea una interdisciplinariedad homogénea, esto es, se utilicen distintas disciplinas jurídicas).

Como mucho, se dan pasos hacia la *multidisciplinariedad homogénea* (jurídica). Así, distintos profesores expertos en distintas disciplinas se ponen a trabajar juntos, no para dar una solución colectiva (interdisciplinar) al problema, sino para afrontar un problema desde distintas perspectivas, pero autónomamente, por ejemplo, a través de jornadas, congresos, libros colectivos con capítulos independientes, etc.

Como decimos, en el mejor de los casos esto se hace entre disciplinas jurídicas (multidisciplinariedad homogénea). Es mucho más difícil de ver la

multidisciplinariedad entre disciplinas heterogéneas. Por ejemplo, Derecho y economía, medicina, informática, psicología, etc. En el Derecho continental (*Civil Law*) son poco comunes las dobles titulaciones, aunque poco a poco se han ido creado los dobles grados, especialmente entre Derecho y economía/dirección de empresas. Más ajenos a nuestra cultura son otros dobles grados, mucho más comunes en la cultura anglosajona, tales como Derecho y medicina, Derecho e informática, Derecho y humanidades, Derecho y ciencias, Derecho y música, etc.

Es esencial avanzar hacia una cultura de la *multidisplinariedad heterogénea* y más allá aún, hacia una *interdisciplinariedad* (homogénea pero también, y sobre todo, heterogénea). Es decir, que la toma de decisiones se haga no sumado diversas perspectivas, sino integrando todas las perspectivas en la búsqueda de la mejor solución para un problema. Esto se puede conseguir poniendo a personas con distintas formaciones a trabajar juntas en la misma cuestión, para llegar a una solución única. No juntas en el mismo lugar o espacio, o juntas sobre un mismo tema para que cada uno aporte de forma independiente su experiencia. Pues esto nunca suele llevar a una explicación del objeto de estudio realmente efectiva.

A lo largo de este trabajo trataremos de exponer la importancia de la interdisciplinariedad en la resolución de cuestiones controvertidas de naturaleza jurídica. Y lo haremos a través del ejemplo de la capacidad de los menores de edad y su relevancia jurídica, especialmente, aunque no exclusivamente, cuando se trata de la toma de decisiones en el ámbito biomédico. Y es que es precisamente en el ámbito del Bioderecho donde el método interdisciplinar alcanza, quizás, su máxima expresión. Como ha dicho Beriain (2011, p. 128 y s.),

el futuro del Bioderecho y, en general, de todas las ciencias que guardan relación con los bienes objeto de la biotecnología pasa necesariamente por la interdisciplinariedad, esto es, por una colaboración estrecha que permita ir más allá de una simple suma de elementos para elevarse hacia un lugar más elevado que el que todas y cada una de estas disciplinas ocupan por sí mismas. Sólo así lograremos evitar todas las disfunciones que acarrea la actuación anárquica de los científicos, o la falta de coherencia en el desarrollo del saber, o la progresiva pérdida del prestigio del Derecho.

Y para ello habrá que poner en conexión esta cuestión eminentemente jurídica con otra disciplina necesariamente unida a ella, la psicología del desarrollo, y sus desarrollos más reciente con el uso de las neurociencias, por ejemplo a través de la neuroimagen y la conexión entre las capacidades cognitivas y las funciones cerebrales.

Así pues, todo estudio interdisciplinar deberá constar de tres pasos: en primer lugar será imprescindible conocer la materia no jurídica necesaria para poder hacer posteriormente las valoraciones jurídicas correspondientes; en segundo lugar, será conveniente plantear cuál debería ser la regulación jurídica más acorde con esa realidad científica; y finalmente se tratará de comparar ese régimen jurídico ideal con la regulación jurídica existente, para ver hasta qué punto existe una correlación entre la normativa vigente y el marco normativo ideal de referencia a fin de poder hacer, en su caso, las propuestas *de lege ferenda* pertinentes.

2 Psicología evolutiva, Neurociencias y Derecho

Como ya se ha dicho anteriormente, una cuestión esencial en Derecho es la capacidad de las personas para tomar decisiones autónomas. Ello es importante en dos sentidos:

- a) En primer lugar, para que su voluntad sea respetada en cuestiones que dependan de la autonomía del sujeto. Para ello, hay que diferenciar la existencia o ausencia de capacidad por la existencia de una anomalía psíquica o un estado puntual de intoxicación, etc., y los casos de ausencia de capacidad por falta de madurez. O bien por la existencia de una capacidad disminuida, que pueda requerir una intervención de un tercero, por ejemplo, un representante que valide la decisión del sujeto semi-capaz.
- b) En segundo término, para poder exigir responsabilidad jurídica a una persona ésta debe ser capaz de entender la ilicitud de su comportamiento y debe ser capaz de actuar conforme a dicha comprensión. Si ello no es así, será irresponsable o su responsabilidad estará atenuada.

De este modo, se parte del principio general de que las personas adultas tienen plena capacidad, pero esta puede estar limitada en algunas situaciones. Dicho de otro modo, se entiende que no existe capacidad plena hasta un determinado momento con carácter general, no obstante lo cual puede otorgarse en algunas situaciones concretas. En qué momento se establece la línea para aplicar bien la regla general, bien la excepción, es una decisión que le corresponde tomar al Derecho. Pero el Derecho debe tomar esta decisión atendiendo a criterios científicos, que no puede desconocer.

La pregunta es si esas decisiones se adoptan basándose en criterios científicos o no. Esos criterios nos darían, en principio, criterios de validez universal. El hecho de

que las reglas sobre capacidad de obrar varíen entre países, e incluso que sean incoherentes dentro de un mismo Estado, nos llevan a pensar que las decisiones no se adoptan teniendo en cuenta datos científicos de validez general. Esos datos científicos nos los proporcionan disciplinas tales como la psicología evolutiva y, más recientemente, la neuropsicología. Disciplinas, pues, que el Derecho no puede desconocer. De ahí que cualquier estudio jurídico sobre la capacidad y la validez del consentimiento de una persona deba hacerse integrando datos de carácter no jurídico.

Es cierto que los juristas no estamos acostumbrados a hacer esto. No obstante, si de verdad queremos afrontar el análisis del Derecho ofreciendo soluciones eficaces a la sociedad es hora de dar este paso. La relación entre psicología y Derecho es indiscutible. Y eso hace que haya cuestiones jurídicas, como es la relativa a la capacidad (que hemos tomado como hilo conductor de este trabajo), que requieran necesariamente un análisis interdisciplinar. En cualquier caso, hay ejemplos en Derecho comparado a este respecto, no sorprendentemente en el ámbito anglosajón. Así, el Tribunal Supremo de los EEUU, en los casos *Hodgson v. Minnesota* (1990) y *Roper v. Simmons* (2005), en las que tuvo que pronunciarse acerca de si debe exigirse el consentimiento de los padres para practicar el aborto de una menor de edad, y acerca de la pena capital en menores de edad, respectivamente, tomó su decisión tras solicitar un informe científico a la Asociación Estadounidense de Psicología, cuyas conclusiones respetaron.

3 Capacidad y Derecho: el caso de los menores de edad

3.1 El fundamento del distinto tratamiento de los menores de edad: imputabilidad (penal) frente a capacidad de obrar (civil)

Cuando nos enfrentamos al tratamiento jurídico que debe darse a las decisiones y comportamientos de las personas menores de edad, no es infrecuente encontrarse con un doble criterio. Por un lado, se dice que los menores de edad, e incluso los jóvenes hasta los veinte o veintiún años, aproximadamente, no son aún plenamente capaces de comprender el significado de sus actos y/o de actuar conforme a ellos. Por ello, se reclama la existencia de un sistema penal especial, menos severo, y focalizado en la reeducación, para los jóvenes delincuentes. Pero al mismo tiempo, por otro lado se dice que algunos menores de edad ya son plenamente capaces de entender los hechos que realizan, por lo que debe exigirse que se otorgue plena validez a su consentimiento, y

que no siempre tengan que intervenir sus representantes legales para tomar decisiones que les afectan.

Si nos fijamos en casos más concretos, algunos ordenamientos jurídicos, como el español, permiten que sujetos menores de edad puedan casarse ya a los catorce años, o tener relaciones sexuales consentidas desde los trece. Por encima de esta edad no existe delito de abuso sexual si las relaciones sexuales son libres. Sin embargo, se discute si, en tales circunstancias, al quedarse embarazadas las menores pueden tomar la decisión de abortar libremente. O en el caso de no poder quedarse embarazadas, no se las permite someterse a procedimientos de reproducción asistida para tener descendencia hasta que alcancen la mayoría de edad, aunque ya hayan contraído matrimonio.

Otro ejemplo sería el siguiente: a veces se aboga por la autonomía del menor y respeto a sus decisiones, incluso apartando a los padres de la toma de decisiones (respeto a la intimidad), pero a la vez se marcan obligaciones de los padres respecto de los mismos. No ya sólo el deber genérico de velar por lo hijos, sino deberes específicos de proporcionarles educación, alojamiento, alimentación, etc., o el deber de vigilancia que daría lugar a responsabilidad civil solidaria por culpa *in vigilando* de los padres por los hechos ilícitos cometidos por los hijos menores de edad.

¿Son todas estas afirmaciones válidas o son contradictorias? ¿Es lógico que estas decisiones, que basan en la capacidad/incapacidad de obrar de los menores, sean tan distintas entre países, y que incluso puedan presentar graves e inexplicables incoherencia dentro de un mismo país?

Parece que la determinación de la capacidad de obrar de un sujeto debería basarse en criterios claros y uniformes. No debería haber grandes diferencias entre Estados, y desde luego no puede haberlas dentro de un mismo Estado. Una persona no puede ser capaz para tomar una decisión que afecte de forma significativa a su desarrollo vital, pero sea incapaz para tomar otra de escasa trascendencia.

Sin embargo, sí hay que tener en cuenta que, según recientes estudios, las competencias cognitivas (que permiten hacer razonamientos lógicos sobre aspectos interpersonales, sociales y morales) y psicosociales (como la capacidad para controlar los impulsos y la resistencia a la influencia de sus iguales) que influyen en la capacidad del menor para tomar una decisión sanitaria y en la conducta criminal serían diferentes (STEINBERG ET AL., 2009, *pássim.*). A la hora de tomar una decisión sanitaria, los adolescentes la suelen tomar tras consultar con algún adulto. Aunque es cierto que influyen componentes emocionales, esta decisión suele estar meditada. Sin embargo los comportamientos antisociales, salvo excepciones, suelen realizarse de forma impulsiva

no planificada y en compañía de sus iguales y sin la presencia de un adulto. De ahí que aunque los adolescentes puedan demostrar niveles de madurez similares a los de los adultos a una edad de dieciséis años, en otros ámbitos muestran aún una cierta inmadurez incluso más allá de los dieciocho. Esto supone que una misma persona, dado el distinto contexto en el que se tomará la decisión, puede ser capaz de consentir en el ámbito civil, por ejemplo, un acto médico (y en consecuencia, poderse otorgar plena validez a su consentimiento), pero no ser plenamente capaz en relación con un acto delictivo, siendo en este caso la culpabilidad (en este contexto, imputabilidad) menor.

No puede desconocerse que muchas decisiones a este respecto se tomar por razones históricas, culturales, etc. Sin que ello pueda obviarse, la cuestión es si el Derecho debe dar más importancia a esta cuestión que a datos científicos. Por ejemplo, una persona puede ser plenamente capaz en un país a los catorce años y en otro a los veintiuno. O puede ser plenamente responsable (penalmente) en un país a los diez años y en otro a los dieciséis. Y puede serlo por razones culturales. Pero si existiesen datos científicos (aportados por la psicología del desarrollo o los nuevos avances que se están produciendo en el ámbito de la neuropsicología) que afirmen, con validez general, que un sujeto no es capaz para entender del significado de sus actos antes de una edad X (digamos, catorce años) y que es plenamente capaz a partir de una edad Y (por ejemplo, a los dieciocho años), ¿debe prevalecer el elemento histórico/cultural frente a las razones científicas? ¿O sería necesario revisar el Derecho conforme a los datos científicos de que dispongamos en cada momento? De esto estamos hablando cuando nos referimos a la necesidad de un análisis interdisciplinar del Derecho en la toma de decisiones. Cuanto mayores sean las diferencias normativas en Derecho comparado, más interesante será el estudio y más relevantes sus conclusiones. Como dicen Steinberg et al. (2009, p. 593), “la ciencia por sí sola no pueda dictar la política legislativa, pero sí que puede, y debe, informarla (...) Las ciencias del desarrollo pueden y deben contribuir a los debates sobre la fijación de los marcos de edad legal”.

Por ello, utilizando como ejemplo el tema de la capacidad de los menores de edad (prestando una especial atención a las decisiones en el ámbito biomédico) se trata de hacer lo siguiente, siguiendo la metodología propuesta más arriba:

- a) Ver qué nos dicen los estudios más recientes sobre psicología evolutiva, especialmente a raíz del desarrollo de las neurociencias y sus aportaciones a la materia objeto de estudio.
- b) Plantear la solución más adecuada a la luz de los datos científicos

- c) Comparar los datos científico y la realidad jurídica y tomar las decisiones oportunas a fin de decidir si hay que tomar decisiones de reforma o no, y en qué sentido.

3.2. La progresiva adquisición de la capacidad. Aportaciones de la moderna psicología evolutiva y las neurociencias

La psicología evolutiva o del desarrollo sostiene que el desarrollo es un proceso de cambios cualitativos y cuantitativos. Así, los procesos cognoscitivos de la experiencia del adolescente se logran tras un cambio cualitativo en el desarrollo del cerebro, el cual entre otras cosas supone reorganización y especialización. Estos cambios cualitativos tienen un reflejo en la adquisición de nuevas capacidades que permiten aumentar el grado de autonomía del sujeto (cambios cuantitativos). Lo relevante en este proceso de desarrollo es llegar a un punto en el que el sujeto sea capaz de tomar sus propias decisiones basadas en juicios internos y de actuar de acuerdo con dichos juicios.

Así pues, según pasan los años se producen en las personas sucesivos cambios físicos, cognitivos, emocionales y ético-morales o sociales. El factor que parece más relacionado con el desarrollo de la madurez moral es el cognitivo, el desarrollo del juicio moral. Al menos, este es el factor que ha sido más profusamente estudiado, aunque no se pueden dejar de lado los factores sociales, emocionales y afectivos. Nuevos estudios en este sentido pueden suponer una modificación de los criterios existentes para fijar la capacidad en el ámbito jurídico. Por lo tanto, se trata ésta de una cuestión siempre susceptible de modificación atendiendo a los avances científicos.

De este modo, la capacidad puede definirse como la posibilidad de hacer juicios morales internos (capacidad para comprender la licitud/ilicitud, para distinguir entre el bien y el mal) y de actuar de acuerdo con estos juicios (capacidad de autocontrol/capacidad para valorar y aceptar las consecuencias de sus actos, propias y para terceros). En esta definición sobre la capacidad vemos claramente una conexión entre la capacidad de obrar civil y la capacidad de culpabilidad penal.

En este mismo sentido, la Convención de la ONU sobre los Derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1989, en su art. 12, habla de garantizar “al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio”. Y la Observación General nº 12 (2009), del Comité de los Derechos del Niño, sobre el derecho del niño a ser escuchado, define “madurez” como “la capacidad de comprender y evaluar las consecuencias de un asunto determinado” (punto 30).

Los cambios sobrevenidos durante el ciclo vital suelen ordenarse cronológicamente, desde la concepción a la vejez, en distintos periodos. Para realizar un análisis de la cuestión con relevancia jurídica, la clasificación más interesante puede ser esta:

- a) Desarrollo infantil (los niños): aquellos que aún no han cumplido los once/trece años de edad.
- b) Desarrollo adolescente (menores y jóvenes): se entiende por menores las personas comprendidas entre los once/trece años y los dieciocho; y por jóvenes (semi-adultos) aquellas personas mayores de dieciocho años y menores de veintiún años.
- c) Desarrollo adulto (adultos): mayores de veintiún años.

En la etapa de desarrollo infantil no se reconocerá ningún efecto jurídico a la voluntad del niño. De igual modo, en la etapa de desarrollo adulto, la persona tendrá plena capacidad (de obrar y de culpabilidad), siempre que no se produzca algún tipo de circunstancia que reduzca o elimine la misma (tales como anomalías psíquicas, intoxicaciones, toxicomanías, etc.)

La fase más conflictiva es la adolescencia, esto es, el periodo de transición entre la infancia y la edad adulta. Así pues, la edad que nos interesa a nosotros es aquella comprendida entre los once/trece años hasta los veintiuno.

La adolescencia comienza con una serie de cambio físicos vinculados a la pubertad. Su fin no es tan claro, en cambio, como el comienzo. No hay una transformación física relevante, sino que se determina conforme a criterios psicológicos. Ello depende de diversos factores (país, condiciones socioeducativas, etc.). Sí que se ha constatado un retraso gradual de ese momento debido a la situación socioeconómica actual.

No existen en la actualidad sistemas que permitan medir de forma objetiva la madurez moral de un individuo. Parece existir un cierto consenso respecto a que el desarrollo moral de los jóvenes puede haberse alcanzado en torno a los trece-quince años, y casi con toda seguridad en torno a los dieciséis-dieciocho.

Durante la adolescencia se producen cambios cognitivos en la forma de pensar y de razonar:

- a) Se inicia el pensamiento formal o abstracto, más lógico, hipotético y reflexivo (capacidad de plantear hipótesis y examinar las evidencia, considerando posibles variables, reflexión sobre el futuro y el propio pensamiento, se entiende la relación causal, se empieza a introduce el “porque” en el razonamiento, etc.)

- b) Esta capacidad no se adquiere automáticamente sino que comienza en este periodo (a partir de los doce/trece años) y se va desarrollando paulatinamente a lo largo de la adolescencia. Concluye al final de esta (en torno a los veinte/veintiún años), siempre que no haya alguna anomalía en el sujeto. Con posterioridad a esa edad se producen escasos progresos.
- c) En esta época se produce también la formación de la personalidad del menor (sentimiento de identidad personal), descubrimiento del yo (y por analogía de los demás). Se comienza a producir un análisis de ideas, recuerdos, sentimiento, actitudes, etc. Además, es capaz de tenerlos en cuenta en sus comportamientos. Se caracteriza esta etapa por tendencias individualistas, impulsos de independencia y autorrealización, autoafirmación frente al mundo que lo rodea: actitud crítica e inconformista frente a los padres y al mundo adulto. Existe además un afán de comunicación y solidaridad: estrechas relaciones afectivas con amigos, pertenencia a grupos o bandas. Muchos problemas en esta fase pueden derivar de crisis de identidad. Juega una gran relevancia la familia y los amigos.

Estos cambios cognitivos generan el desarrollo de la capacidad de comprensión social. Se produce un proceso de socialización, esto es, aprendizaje o interiorización por parte de los individuos de una determinada sociedad de las normas, roles, valores y costumbres que otros han definido previamente, de acuerdo con las cuales se produce la comunicación y cooperación social. El desarrollo social se produce de forma lenta y progresiva mediante la interacción del individuo con la sociedad (familia, escuela, iglesia, amigos, grupos deportivos, instituciones públicas, sistema jurídico, etc.)

El desarrollo psicológico tiene su plasmación en el ámbito de la justicia, cuyo conocimiento es de enorme relevancia en el tema que nos ocupa:

- a) En la etapa de desarrollo infantil (los niños), esto es, aquellos que aún no han cumplido los once/trece años de edad, la psicología del desarrollo ha constatado las siguientes cualidades: 1. Se carece de un sistema de valores propio, la persona no es capaz de distinguir entre lo bueno y lo malo, lo lícito y lo ilícito; el sentido de la justicia se circunscribe a la evitación del castigo y deferencia incuestionada al poder (obediencia a la autoridad); se juzgan los actos por sus consecuencias físicas reales, sin atender a la motivación subyacente; se aceptan las normas como actos de naturaleza fija e inmutable dictados e impuestos por la autoridad para contener las malas conductas. En este nivel, el niño ni conceptualiza un sistema legal generalizado o un orden moral subyacente, ni reconoce una diferencia entre legalidad y moralidad. La obediencia a la autoridad está siempre por encima de la justicia (cuyo concepto no se llega a comprender).

- b) En la etapa de desarrollo adolescente (menores y jóvenes) se pasa de una mera obediencia irracional a la ley a la defensa racional de la ley y el orden social. Este periodo se caracteriza por la aparición de la “autonomía moral” y el desarrollo del pensamiento abstracto, esto es, las normas y las leyes, en tanto que guían el comportamiento social e impiden el desorden, funcionan como prescripciones generales. Por ello, la razón única para respetar las normas ya no es evitar el castigo. No obstante, aun no se pone en relación la ley con los principios ideales de justicia para definir los límites de la obediencia. Por otro lado, se empiezan a entender conceptos como causa-efecto, se comienza a desarrollar la capacidad para considerar múltiples factores y prever consecuencias futuras. De igual modo, se comienza a entender el concepto de probabilidad
- c) Por último, en la etapa de desarrollo adulto (adultos: mayores de veintiún años), se comprende que los principios de moralidad y justicia ordenan el sometimiento a las leyes. En esta etapa, el respeto a la ley por miedo al castigo juega un papel muy secundario. La ley se respeta por razones esencialmente valorativas. Las normas y las leyes se entienden ya son prescripciones establecidas de común acuerdo por los individuos para poder gozar al máximo de un bienestar personal y social. De ahí que las leyes han de ser obedecidas por consideraciones racionales o porque coinciden con principios universales de justicia (igualdad, dignidad, respeto a derechos humanos, etc.). Además, se comprende ya que hay leyes justas e injustas: se entiende que aquellas normas que no tiendan a ese fin habrá que cambiarlas y si fueren injustas, podrán ser transgredidas.

4 Utilización de los datos proporcionados por la Psicología evolutiva en la conformación de criterios no arbitrario para fijar la capacidad del menor (ámbitos civil y penal)

a) La diversidad de sistemas posibles y la fijación de marcos de edad

No en todos los países se utilizan los mismo criterios para establecer la capacidad (de obrar civil y de culpabilidad penal) de los menores de edad. Para ello pueden emplearse diferentes criterios:

- a) Criterios psicológicos-subjetivos (criterio del discernimiento): se trata de determinar caso por caso la capacidad de obrar (independientemente de la edad que la persona tenga) y si la posee en el caso concreto. Como ventajas puede

destacarse que supone una determinación real de la capacidad. Su principal inconveniente es la gran inseguridad jurídica que genera, así como sus enormes dificultades de aplicación práctica.

- b) Criterios biológicos-objetivos (criterio biológico puro): se establece una edad o edades en las que se presume *iuris et de iure* la capacidad. Entre las ventajas de este modelo puede destacarse su practicidad, así como la mayor seguridad jurídica que otorga. Sin embargo, presenta la desventaja de que puede haber menores que por edad estén en un grupo pero psicológicamente pertenezcan a otro. Es difícil acertar con una edad en concreto. A este respecto sería inevitable dejar cierto margen de discrecionalidad al legislador. Ello supone también asumir una cierta diferencia de criterios entre países.
- c) Criterios mixtos (biológicos-psicológicos, biológico-normativos, psicológico-normativos): se utilizan, en diversos grados, ambos sistemas. Se exige la presencia de una determinada edad, que es condición necesaria, pero no suficiente, para fijar la capacidad. Así, se fija una edad y se establece una presunción *iuris tantum*, sobre la que cabe prueba en contrario. Se establece un marco concreto dentro del cual se otorga una cierta capacidad al menor (criterio biológico), pero, además, hay que valorar las condiciones psicológicas caso por caso

En ciertos marcos de edad se establece, no obstante, un sistema biológico puro. Por ejemplo, en el sistema penal juvenil para menores entre catorce y dieciocho años; irresponsabilidad plena por debajo de doce años; responsabilidad como adulto por encima de veintiún años, dieciséis años para toma de decisiones médicas; dieciocho años para ciertas actuaciones, catorce para otras, etc. Pero en determinadas edades se exige comprobar la capacidad de discernimiento real para tomar la decisión final. P. ej., entre doce y catorce años (para declararlo irresponsable o someter al menor al sistema penal juvenil); o entre dieciocho y veintiuno (para exigir responsabilidad conforme al sistema penal juvenil o el de adultos)

Los criterios no tienen por qué ser los mismos para establecer la capacidad en el ámbito penal y en el civil. En el primero debería primar la seguridad jurídica (preferencia por el criterio biológico), mientras que en el segundo puede haber un mayor margen para intentar apreciar la capacidad caso por caso, sin perjuicio de que se establezcan también edades concretas en ciertos casos (criterio mixto). Y del mismo modo, los marcos de edad no tienen por qué ser los mismos en el ámbito civil (capacidad de autodeterminación) y en el penal (capacidad de culpabilidad).

Esta diferencia se justificaría por la circunstancia más arriba expuesta de que las competencias cognitivas y psicosociales que influyen en la capacidad del menor para tomar una decisión sanitaria y en la conducta criminal son diferentes. Siguiendo de nuevo a Steinberg et al. (2009, p. 592), la respuesta a la pregunta de si los adolescentes son tan maduros como los adultos dependerá de los aspectos de la madurez que se consideren. A los dieciséis años, las habilidades cognitivas generales de los adolescentes no ofrecen diferencias reseñables con respecto a las de los adultos. Sin embargo, su funcionamiento psicosocial, incluso a la edad de dieciocho años, es significativamente menos maduro que el de los sujetos de una edad bien entrada en la veintena. De ahí, que los límites entre capacidad e incapacidad deban establecerse en una determinada edad, en unos casos, y en una edad diferente, en otros.

Cuando se trate de decisiones que se puedan tomar de forma deliberativa y razonada, donde las influencias sociales y emocionales estén minimizadas, y donde participen terceros que puedan ofrecer información objetiva al menor sobre los costes y beneficios, o sobre cursos de acción alternativos, en tales circunstancias los adolescentes son tan capaces de tomar decisiones como lo son los adultos, al menos desde los dieciséis años. Las decisiones en el ámbito biomédico serían un buen ejemplo de este escenario.

Por el contrario, en circunstancias en las que está presente la impulsividad, caracterizadas por altos niveles de excitación emocional o coerción social, o que no estimulan o permiten la consulta con un experto o una persona con mayor experiencia, en tal caso las decisiones tomadas por los adolescentes, al menos hasta que alcanzan los dieciocho años, es casi con toda seguridad mucho menos madura que la de los adultos. Este sería el caso de la criminalidad juvenil, donde los delitos más comúnmente cometidos por menores se producen en grupo y raramente son premeditados.

A todo lo anteriormente expuesto cabría añadir que no debería haber grandes diferencias entre los países y no debería haber un excesivo casuismo dentro de cada país, debiendo exigirse cierta coherencia en la fijación de edades.

b) Marcos de edades y situación actual en el ordenamiento jurídico español

Con carácter general, puede señalarse la existencia de una edad mínima referente a la capacidad, que se establece entre los doce y los catorce años, según nos refiramos al ámbito civil o al penal.

En Derecho penal, se aplica un sistema biológico puro. Así, la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores (LORPM) establece un modelo de responsabilidad *penal* de los menores, cuya edad se sitúa entre los catorce y los dieciocho años. Dentro de ese marco, las medidas varían según se trate de menores de edades comprendidas entre los catorce y los dieciséis años, y aquellos que tienen una edad entre dieciséis y dieciocho años.

En Derecho civil, se aplica un sistema mixto biológico puro/psicológico. Como regla general se hace referencia a la capacidad natural de juicio. Así se alude genéricamente al “paciente menor de edad que no sea capaz intelectual ni emocionalmente de comprender el alcance de la intervención” (art. 9.3 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica).

Sin embargo, se ha establecido, siquiera indirectamente, el límite de los doce años como la edad por debajo de la cual no cabe otorgar capacidad a la persona. En este sentido, el art. 7.3 RD 223/2004, de 6 de febrero, por el que se regulan los ensayos clínicos con medicamentos, establece que “se obtendrá el consentimiento informado previo de los padres o del representante legal del menor; el consentimiento deberá reflejar la presunta voluntad del menor y podrá retirarse en cualquier momento sin perjuicio alguno para él. Cuando el menor tenga 12 o más años, deberá prestar además su consentimiento para participar en el ensayo.” Igualmente, el art. 173 CC dispone que “el acogimiento se formalizará por escrito, con el consentimiento de la entidad pública, tenga o no la tutela o la guarda, de las personas que reciban al menor y de éste si tuviera doce años cumplidos”. O el art. 177.1 CC, según el cual, “habrán de consentir la adopción, en presencia del Juez, el adoptante o adoptantes y el adoptando mayor de doce años.”

En el lado contrario, la edad en la que se adquiere plena capacidad de obrar, tanto en Derecho civil como en Derecho penal se ha fijado en los dieciocho años (arts. 12 CE, 315 CC y 19 CP). Es cierto que el art. 69 CP prevé la posibilidad de extender la LORPM hasta los jóvenes de veintiún años bajo ciertas condiciones [*vid.* letra e)]. Así lo preveía también el art. 4 LORPM en su redacción originaria. Sin embargo, tras varios años posponiendo la aplicación de esta disposición, finalmente la LO 8/2006 elimina su aplicabilidad práctica en relación con la LORPM

En Derecho penal, la responsabilidad penal se divide en dos grupos: los menores de catorce a dieciséis años y los de dieciséis a dieciocho años. Las medidas penales que pueden imponerse en el segundo grupo son mayores que las del primero.

En el Derecho civil existe un enorme casuismo al respecto. Tomando como ejemplo la normativa disponible en el ámbito biomédico, la regla general es que para poder consentir un acto médico basta con que el paciente menor de edad sea capaz intelectual y emocionalmente de comprender el alcance de la intervención. De este modo, la capacidad debe fijarse por el facultativo caso por caso.

Ahora bien, junto a esta regla general, se han establecido igualmente reglas especiales. Así, existe una presunción de capacidad a los dieciséis años, aunque siempre cabe la intervención paterna, especialmente en intervenciones de cierta gravedad. El Tribunal Constitucional, por su parte, ha manifestado que las decisiones de los menores edad pueden ser obviadas cuando se trata de intervenciones de riesgo vital (así se deduce de la STC nº 154/2002 de 18 de Julio). Además, en la normativa biomédica se contienen otras reglas excepcionales por razón de la edad, existiendo actuaciones vedadas a menores de edad. Por ejemplo, reproducción asistida, cirugía transexual, trasplante de órganos y tejidos, entre otras.

Conclusiones sobre la adecuación de la normativa española a los datos ofrecidos por la Psicología evolutiva y las Neurociencias

En una sociedad cada vez más compleja, donde los avances científicos tienen cada vez una mayor influencia en la vida cotidiana, las normas jurídicas no puede ser elaboradas de espaldas a dicha realidad social. Así pues, el Derecho del siglo XXI requiere inexorablemente de una metodología interdisciplinar si se quiere que éste sea realmente eficaz. Más concretamente, las decisiones normativas que el ordenamiento jurídico adopte en relación con el consentimiento (piedra angular de nuestro Derecho) no pueden desconocer los desarrollos científicos que se han producido en el ámbito de la psicología del desarrollo y la neuropsicología. Se trata, pues, de integrar dichos estudios en la regulación jurídica existente a fin de comprobar si ésta resulta coherente y hacer propuestas, en su caso, de modificación.

En el ámbito penal, sin perjuicio de que haya margen para una modificación de los marcos penales, la normativa española se adecua a los criterios establecidos por la psicología evolutiva. Hay margen para exigir responsabilidad penal (adecuada a la edad) por debajo de los catorce años, y podrían fijarse criterios atenuatorios a hechos cometidos entre los dieciocho y veintiún años.

En el ámbito civil, resulta imposible establecer un listado de conductas que los menores de edad estén capacitados para hacer o no, pues el sistema está configurado en torno a unos criterios de regla general-excepción tan complejos que requiere un análisis caso por caso, en el que debe tenerse en cuenta tanto la conducta que el menor quiere llevar a cabo, como su situación jurídica (emancipado o no), así como la capacidad de juicio del menor en cuestión. Y en todo caso, dado que la legislación relativa a los menores de edad es enormemente dispersa y ha sido configurada con diferentes criterios, por diferentes personas y en diversos momentos históricos, no es extraño encontrarse con importantes contradicciones valorativas, de tal modo que los menores de edad estén capacitados para realizar por sí mismos ciertos actos y no lo estén para llevar a cabo otros que, en principio, puede parecer de una trascendencia mucho menor.

Aunque los márgenes de edad contenidos en la legislación española parecen adecuados desde el punto de vista de las enseñanzas que, a fecha de hoy, nos ofrece psicología evolutiva y los nuevos avances en neurociencias, parece conveniente una clarificación de carácter intrasistémico, que elimine la sensación de arbitrariedad en la elección de edades en determinados casos.

REFERÊNCIAS

BERIAIN, I de Miguel., La metodología interdisciplinar en el Derecho relativo a la Ciencia y a la Tecnología, en Romeo Casabona, C.M. (ed.). **Los nuevos horizontes de la investigación genética**, Cátedra Interuniversitaria de Derecho y Genoma Humano. Bilbao-Granada: Comares, 2011.

ESQUERDA ARESTÉ, M., PIFARRÉ PAREDERO, J.;VIÑAS SALAS, J. El menor maduro: madurez cognitiva, psicosocial y autonomía moral, en de los Reyes López, M./Sánchez Jacob, M., **Bioética y Pediatría**. Madrid: Ergon, 2010.

GRACIA, D.; JARABO, Y.; MARTÍN ESPÍLDORA, N.; RIOS, J. Toma de decisiones con el paciente menor de edad, en Gracia, D.;Júdez, J. (eds.), **Ética en la práctica clínica**. Madrid: Triacastela, 2004.

MARTIN CRUZ, A. **Los fundamentos de la capacidad de culpabilidad penal por razón de edad**. Granada: Comares, 2004.

RODRIGO, M.J. Where developmental psychology and neuroscience meet: A threatening or a felicitous encounter? **Infancia y Aprendizaje**, 33 (1), 2010.

ROMEO CASABONA, C.M.; EMALDI CIRIÓN, A.; ESCAJEDO SAN EPIFANIO, L.; NICOLÁS JIMÉNEZ, P.; ROMEO MALANDA, S.; URRUELA MORA, A. **La Ética y el Derecho ante la biomedicina del futuro**. Bilbao: Universidad de Deusto, 2006.

MALANDA, S. R., El valor jurídico del consentimiento prestado por los menores de edad en el ámbito sanitario, **La Ley**, 2000-7.

STEINBERG, L.; CAUFFMAN, E.; WOOLARD, J.; GRAHAM, S.; BANICH, M. "Are Adolescents Less Mature Than Adults? Minors' Access to Abortion, the Juvenile Death Penalty, and the Alleged APA "Flip-Flop"". **American Psychologist**, v. 64, n. 7, 2009.



Dopaje y enfermedad mental: más allá de la responsabilidad del deportista¹

Doping and mental illness: responsibility beyond the athlete

Elena Atienza Macías*

Resumen

De las numerosas reflexiones que subyacen al fenómeno del dopaje, las implicaciones jurídico-sanitarias son objeto de estudio en este artículo. Desde esta perspectiva, abarca el término «salud» en sentido amplio que comprende no sólo la salud *física* sino también *mental o psíquica*, problemática que no ha recibido hasta el momento toda la atención que merece y de ello la necesidad de un análisis pormenorizado. El objetivo de este trabajo es, por tanto, dibujar a grandes rasgos el panorama general de los efectos que desencadena el dopaje para la salud del deportista en los ámbitos indicados: físico y, en especial, psíquico. En particular, los efectos psíquicos secundarios que entraña el dopaje en el ámbito deportivo —que se traducen en numerosas ocasiones en enfermedades mentales—, los cuales y a tenor de algunos casos reales afectan incluso a la descendencia del propio deportista. Asimismo, se aborda el asunto estrictamente jurídico del juego de responsabilidades de los agentes implicados en supuestos de dopaje, haciendo un especial hincapié en el enfoque penal.

Palabras claves: Dopaje. Salud. Enfermedad mental. Sustancias y métodos prohibidos. Adicción. Responsabilidad jurídica. Derecho penal.

Abstract

When studying doping issues in depth from a multidisciplinary approach, one is faced with material considerations which involve serious and complex problems and that consequently give rise to outstanding reflections of different nature, but the issues underlying the health sphere are also addressed. Thus, in this paper the term “health” refers not only to physical health but also to *mental or psychological* aspects, which until now have not actually received the kind of attention they deserve, and consequently a more detailed and accurate research should be carried out in this regard. Thus, the ultimate purpose of this paper is to address the abovementioned questions in order to be able to offer a general background of the health risks and the side effects which doping gives rise to from both a physical, and particularly, a psychic viewpoint. In the light of all this, this paper addresses the psychic side effects triggered by doping in sport, which in many cases result not only in the mental illness of the practitioner, but they also impair the health of the athlete's offspring, and there is some evidence in this regard. Lastly, the legal implications of these issues, namely, the liability of those involved in doping cases is also considered. For this purpose, addressing all these issues from the point of view of Criminal Law is essential to fully understand the legally protected interest in doping.

Keywords: Doping. Health. Mental illness. Prohibited Substances and Methods. Addiction. Legal responsibility. Criminal Law.

¹ El presente trabajo de investigación se enmarca dentro del Programa para la Formación de Personal Investigador de la Universidad de Deusto al que la autora está adscrita y ha sido confeccionado asimismo gracias a la ayuda del Departamento de Educación, Universidades e Investigación del Gobierno Vasco para apoyar las actividades de grupos de investigación del sistema universitario vasco con referencia IT-360-07. Quiero expresar mi profundo agradecimiento a la Pontificia Universidade Católica de Minas Gerais - PUC Minas y, en especial, a la Profesora Maria de Fátima FREIRE DE SA, por la oportunidad que me ha brindado de poder participar en el II Seminário Hispano-Brasileiro de Direito Biomédico: “Direito Biomédico, Neurociências e Psiquiatria - Aspectos Teóricos e Práticos”, celebrado en Belo Horizonte, Brasil, los días 22 a 24 de mayo de 2012 y del que esta contribución trae causa.

*Investigadora de la Universidad de Deusto en la Cátedra Interuniversitaria de Derecho y Genoma Humano, Universidad de Deusto y Universidad del País Vasco UPV/EHU. Contacto: elena.atienza@deusto.es

El 15 de septiembre de 1973, el danés Kaj ANDERSEN, lanzador de disco, se suicidó tirándose desde la torre de la Catedral de Viborg, un año después de su fracaso en los Juegos Olímpicos de Munich. Anteriormente, había sido paciente en un hospital para enfermos mentales, puesto que el consumo de esteroides anabólicos había afectado a su estabilidad psíquica, generándole conductas agresivas².

Introducción y premisas del estudio

Es incuestionable en nuestros días que el deporte ha adquirido una dimensión espectacular proyectada en todos los terrenos — social, cultural, económico, jurídico, ético e indeseablemente incluso político —, llegando a convertirse, actualmente, en un aspecto consustancial al sistema de vida de los ciudadanos. Paralelamente, podemos afirmar que el fenómeno deportivo presenta la virtualidad de trascender las fronteras de un Estado³, es decir, con las prácticas deportivas se facilitan las relaciones entre los diferentes países fomentando el entendimiento internacional y convirtiéndose, por ende, en paradigma de la definición de muchos de ellos y en estandarte del propio desarrollo de los países a los que representa — de esta manera no es infrecuente identificar a Brasil con el fútbol o en las últimas décadas a España con el tenis —.

En este escenario de globalización irrumpe con fuerza el dopaje, como uno de los asuntos más controvertidos y de candente actualidad en el seno del deporte contemporáneo. Según O’Leary⁴: “Los escándalos de dopaje arruinan las carreras de los deportistas, pueden llevar a la bancarrota a consejos de administración, vulnerar libertades individuales, amenazar a la supervivencia económica” así como “minar el Movimiento Olímpico”. En efecto, citas tan significativas en el calendario deportivo — en el caso de Brasil la Copa Mundial de Fútbol 2014 o los próximos Juegos Olímpicos Río de Janeiro 2016 —, no quedarán exentas de la sombra del dopaje. Y es que la relevancia y oportunidad del tema puede apreciarse a la luz de la proliferación de graves casos de *doping* en todo el mundo, tan célebres como el de Ben JOHNSON o Lance

2 Datos extraídos de la Komisja do Zwalczenia Dopingu w Sporcie en colaboración con la World Anti-Doping Agency, disponibles en: <http://www.antydoping.pl/pl/aktualnosci,6081>.

3 V. VERA, J. Bermejo, “Régimen jurídico de la prevención y control del dopaje en el deporte”, Más allá de la salud. Intervenciones de mejora en humanos, CASABONA, C.M Romeo (Ed.). Comares, Bilbao-Granada: Ed. Cátedra Interuniversitaria de Derecho y Genoma Humano, 2012, p. 135-149.

⁴ Como punto de partida O’LEARY, J. **Drugs and doping in sport. Socio-legal perspectives**. London: Cavendish Publishing, 2001.

ARMSTRONG. A todo ello se une la enorme polémica suscitada en torno a la limpieza o *fair play* del deporte, puesta últimamente muy en tela de juicio.

De esta forma, cuando nos adentramos en el dopaje encontramos consideraciones sumamente delicadas, que trascienden a problemas gravísimos y complejos, en un trasunto decididamente multidisciplinar, impregnado de reflexiones de diversa índole. Si bien este artículo versa sobre las que subyacen en la órbita sanitaria. Desde este punto de vista, nos referimos al término «salud» en sentido amplio⁵ que comprende no sólo la salud física sino también *mental o psíquica*, la cual no ha recibido hasta el momento toda la atención que merece y de ello la necesidad de un estudio más pormenorizado. Ahora bien, resultaría ciertamente ambicioso dar cuenta cabal de todo ello en este trabajo, cuya modesta ambición es dibujar a grandes rasgos el panorama general de los efectos que desencadena el dopaje para la salud del deportista en la esfera psíquica.

1 El dopaje en el ámbito deportivo: conceptualización y aspectos relevantes para su análisis jurídico⁶

1.1 Un intento de definición

La delimitación del concepto de dopaje entraña cierta dificultad, ya que si bien no es un fenómeno reciente, no existe una definición universal de dopaje⁷ que haya sido unánimemente aceptada. Así las cosas, resulta oportuno referirnos a la que se propuso

⁵ La definición más conocida es la propuesta por la OMS en 1946: “estado completo de bienestar físico, *mental* y social, y no solamente la ausencia de enfermedad” [cursiva añadida]. BANDRÉS MOYA, F. Salud. En: CASABONA, C.M. Romeo (Dir.). **Enciclopedia de Bioderecho y Bioética**, Tomo II, Comares, Bilbao-Granada: Ed. Cátedra Interuniversitaria de Derecho y Genoma Humano, 2011, p. 1479-1481, señala que esa identificación de salud con estado de bienestar abarca el ámbito físico (cuerpo), el psíquico (mente), y un tercero que sería el sociológico (derecho). El propio PIDESC en su artículo 12 dispone: «reconocen el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de *salud mental* y física» [la cursiva es nuestra], entendiendo la salud mental como el estado de equilibrio entre una persona y su entorno socio-cultural. Así, salud mental equivaldría al acato a las normas culturales, aceptando que el hombre está psicológicamente sano en la medida en que esté adaptado a su cultura (v. CARRASCO GÓMEZ, J.J. Enfermedad mental. En: CASABONA, C.M. Romeo (Dir.) **Enciclopedia de Bioderecho y Bioética**. Comares, Bilbao-Granada: Ed. Cátedra Interuniversitaria de Derecho y Genoma Humano, 2011, Tomo I p. 736-749).

⁶ A fecha de cierre de este trabajo se encuentra en vigor en España la Ley Orgánica 7/2006, de 21 de noviembre, de Protección de la Salud y de Lucha contra el Dopaje en el Deporte (LO 7/2006) y por tanto el análisis jurídico que contiene la presente investigación se ha realizado según lo establecido en dicha normativa.

⁷ V. RAMOS GORDILLO, A. Un problema continuado y sin final: la definición de dopaje. **Revista jurídica de deporte y entretenimiento**, n. 11, 2004, p. 349-355. En igual sentido DUMAS, P. **Le doping**. Paris: Edit. Gazette Médicale de France, 1977, p. 7-12.

en el Primer Coloquio Europeo de Medicina Deportiva, celebrado en el seno del Consejo de Europa en 1963: «Se considera dopaje la utilización de sustancias y medios que, destinados a incrementar artificialmente el rendimiento ante una competición, pudieran perjudicar la integridad física y *psíquica* del deportista»⁸.

Se trata de una definición que pone el acento en el daño que se ocasiona al individuo que practica una determinada actividad deportiva. Otras, en cambio, se centran en un aspecto legal en la medida en que sólo se reputará dopaje cuando se compruebe la presencia en el organismo del deportista de sustancias que aparecen recogidas en un listado incorporado en una norma de derecho positivo, como veremos. Esta postura adoptó el COI, que en 1986 declaraba: “la prohibición del uso en el deporte de métodos de dopaje y de clases de agentes dopantes incluidos en diversos grupos farmacológicos”. Con un planteamiento de cariz semejante, el Convenio contra el Dopaje del Consejo de Europa, de 1989, establecía que “se entenderá por dopaje en el deporte la administración a los deportistas o la utilización por éstos de clases farmacológicas de agentes de dopaje o de métodos de dopaje”.

1.2 Las diferentes modalidades de dopaje y sus métodos

1.2.1 Administración de sustancias

El dopaje se refiere, por tanto, al uso de un artificio, bien una sustancia u otro método, que sea susceptible de mejorar el rendimiento de un deportista, siendo una de las formas empleados al efecto precisamente la administración de sustancias. En este plano, la creación de la Agencia Mundial Antidopaje (*World Anti-Doping Agency* o WADA) ha supuesto un hito importantísimo en su labor de armonización de toda la normativa en cuanto a los controles de dopaje se refiere, y en particular en su misión de unificación de la lista de sustancias no permitidas, pudiendo llegar a afirmarse que gracias a ella esta unificación prácticamente se ha logrado⁹.

⁸ Cursivas añadidas.

⁹ En España corresponde al Consejo Superior de Deportes (CSD) la elaboración y revisión periódicas de la lista de sustancias. Dicho listado se puede consultar en la página web del CSD, disponible en: <http://www.csd.gob.es/csd/salud/lucha-contra-el-dopaje/control-de-dopaje/2Dopaje/06SustymetProhib/> y en la página de la WADA, disponible en: <http://list.wada-ama.org/es/prohibited-in-competition/prohibited-substances/>.

Llegados a este punto es pertinente preguntarse las razones por las que se incluye una determinada sustancia en la lista de sustancias no permitidas. Siguiendo a Naranjo Orellana¹⁰ se obedece a tres argumentos. En primer lugar, porque la sustancia en cuestión tenga una clara acción ergogénica, lo que supone que resulte favorecedora del rendimiento físico, hecho que implicaría una ventaja ilícita. En segundo lugar, porque su utilización suponga un posible peligro para la salud del deportista. Y por último, un factor clave para que una determinada sustancia se incluya en la lista se debe a que ésta se utilice como medio para enmascarar la detección de las sustancias dopantes en sentido estricto.

En cuanto al primer argumento, la acción ergogénica, se refiere a la dimensión ética de la competición deportiva. Pero este argumento es una “pendiente resbaladiza” cuando se circunscribe al mundo deportivo y especialmente si vinculamos deporte-espectáculo, puesto que son ingentes los intereses comerciales y económicos que gravitan en este campo. A ello se suma que el concepto de la ética en el deporte es un concepto dinámico, en constante evolución. Si a estos vaivenes en torno a un dudoso sentido ético del deporte, en un mundo en el que parece que todo es “lícito” para el juego de esos intereses comerciales y económicos, le agregamos el hecho de que no todos los productos incluidos en la lista tienen acciones ergogénicas demostradas y aceptadas por toda la comunidad científica (como el cannabis, los anestésicos locales, los corticoides o los broncodilatadores a ciertas dosis) y que en cambio hay sustancias con acciones ergogénicas bastante reconocidas y de uso muy común (el caso de la creatina) que no están prohibidas, cabe concluir que, en términos generales, este argumento del juego limpio no resulta en absoluto sólido y sólo adquiere entidad en conexión con el segundo motivo, es decir, que represente un peligro para la salud del deportista.

No obstante, este argumento del peligro para la salud, aun sustancialmente sólido, tampoco está exento de contradicciones¹¹. En primer lugar, un gran número de las sustancias incluidas en la lista son fármacos de uso común que tienen un uso terapéutico convencional para la población general y que a las dosis habituales no presentan ningún efecto ergogénico significativo. Resulta alarmante que aún con todo,

¹⁰ V. NARANJO ORELLANA, J. La lista de sustancias farmacológicas prohibidas: dopaje y medicación del deportista. En: MILLÁN GARRIDO, A. (Coord.). **Régimen jurídico del dopaje en el deporte**. Barcelona: Ed. Bosch, 2005, p. 181-192.

¹¹ De esta contradicción se hace eco TAMBURRINI, C., ¿Qué tiene de malo el dopaje?, **Dilemata**, n.º 5, 2011, p. 46.

el deportista se ve privado del uso racional de estos fármacos y el médico ve limitada su labor como profesional.

Con todo, la combinación de los dos argumentos que hemos desarrollado encuentra justificación para un grupo de sustancias y métodos de dopaje que suponen una clara ventaja para el que lo utiliza al tiempo que representan un grave riesgo para su salud. Es el caso de las hormonas peptídicas (especialmente la hormona del crecimiento), los anabolizantes, los antagonistas estrogénicos o los métodos de dopaje sanguíneo (EPO y derivados, transfusiones, oxigenadores artificiales). Ahora bien, el problema reside en que, en este campo de las sustancias efectivamente peligrosas y con efectos ergogénicos considerables parece que el que incumple siempre se adelanta y las listas y las normas dan generalmente una respuesta tardía. Así, hay situaciones previstas en la lista que en la práctica no son detectables por los métodos habituales (la propia EPO, si no se realizan controles sanguíneos) u otras que se encuentran en fase incipiente en términos científicos (como el caso del llamado “dopaje genético”) que ya engrosan esa lista de métodos prohibidos, pero se produce la paradoja de que hay sustancias que aún descubiertas y consolidadas en su uso tardan en incluirse en las listas.

1.2.2 Otros métodos o técnicas de dopaje

Dentro del grupo de técnicas prohibidas, la de mayor difusión es el dopaje sanguíneo. Esta técnica consiste en la extracción, almacenamiento (previa congelación) y reinyección de la propia sangre, con la finalidad de conseguir un aumento en el número de glóbulos rojos de la sangre y mejorar de esa manera la capacidad aeróbica. Si bien es cierto que adecuadamente aplicado el método del dopaje sanguíneo no presenta ningún riesgo para la salud, no obstante lo cual algunas federaciones deportivas —por ejemplo, las federaciones internacionales de ciclismo y esquí— llevan a cabo controles para establecer la cantidad de glóbulos rojos de los participantes en las competencias.

Por otro parte, en lo concerniente a las intervenciones de mejora y su vinculación con el deporte, podemos afirmar que en nuestros días, con ocasión del espectacular avance científico y médico que se abre ante nuestros ojos, —en aras de mejorar el rendimiento físico de los humanos y en consecuencia, de los deportistas—, se ha ido explorando nuevas técnicas de dopaje cada vez más sofisticadas y que presentan mayores dificultades en su detección. De forma muy expresiva se hace eco de este

acontecimiento Pérez Triviño¹² quien afirma que en las últimas décadas estamos experimentando cambios ciertamente profundos en la relación entre los seres humanos y la tecnología, y el deporte no está, desde luego, al margen de estos avances tecnológicos mejoradores de las capacidades fisiológicas. Es más, sin duda se configurará como uno de los escenarios en los que esas transformaciones sobre el cuerpo humano serán experimentadas por primera vez. Dada la idiosincrasia de los deportistas, en su ansia de alcanzar nuevas metas, así como eventualmente atraídos por la fama, los cuantiosos ingresos económicos u otros fines similares, es más que probable que sean la avanzadilla en la experimentación de estos progresos de la genética.

Así las cosas, están surgiendo nuevas fórmulas que revisten una mayor dificultad en su detección, como es el caso del llamado “dopaje genético” que sin duda alguna plantearán nuevos dilemas éticos y problemas jurídicos.

2 El dopaje desde una perspectiva psicológico-psiquiátrica

2.1 Motivos psicológicos que llevan a doparse. Tratamiento de la cuestión en los “grupos de riesgo”

Este apartado tiene como objetivo profundizar en una inquietante pregunta ¿Por qué los deportistas se dopan? ¿Qué motivos de índole psicológica llevan al deportista a tomar tal decisión?

El hecho indiscutible de que el deporte se haya transformado en un auténtico fenómeno de masas, lo ha convertido en un sistema social abierto, que interacciona activamente con el resto de sistemas sociales¹³. Los valores del mundo *amateur* (superación personal, igualdad de oportunidades, juego limpio...) han dado paso a un deporte-espectáculo y al profesionalismo, donde se impone la lógica de la productividad comercial.

Sentadas estas bases, son factores que pueden inducir al deportista a doparse: por una parte, los cuantiosos *beneficios* que conlleva la victoria y de otro lado, las *presiones* que sufre el deportista.

¹² PÉREZ TRIVIÑO, J.L. **The Challenges of Modern Sport to Ethics From Doping to Cyborgs**. New York: Lexington Books, 2013. Recomendable la lectura de SANDEL, M.J. **Bionic Athletes, The Case against Perfection. Ethics in the Age of Genetic Engineering**. Cambridge: Harvard University Press, 2007.

¹³ V. reflexiones de este cariz en MONTERO, J.A.; BARBOD, S., El problema del dopaje desde la sociología del deporte. Un marco teórico de análisis, **Apuntes: Educación física y deportes**, n. 64, 2001, p. 54-62.

En primer lugar, en cuanto a los beneficios de la victoria, estos pueden cifrarse a nivel económico. Así las cosas, la gran cantidad de intereses que han colonizado al deporte de alta competición se traduce en cuantiosos beneficios económicos para los deportistas, muy especialmente, cuando éstos son los ganadores (sueldo, primas, premios, becas y derechos de imagen). El afán por conseguir el mayor beneficio económico posible durante su acotada trayectoria deportiva es fundamental para entender, en gran medida, la necesidad y amenaza permanente que sufre el deportista por rendir al máximo en cada momento y asegurar una cierta estabilidad futura.

En segundo lugar, lo que concierne a la gran presión que sufre el deportista a lo largo de su carrera deportiva. No todos los factores que presionan al deportista son externos sino que algunos de ellos son internos como las propias exigencias que se autoimpone el deportista. Las expectativas que crean y se crean los deportistas de alto nivel son enormes. El rendimiento del deportista en la competición está absolutamente condicionado a unas expectativas en exceso sobredimensionadas originadas por los numerosos intereses económicos y mediáticos depositados en el deporte de alto nivel. Dentro de estas exigencias o metas que se auto (impone) el propio deportista hemos de resaltar las *exigencias psíquicas*. Así el deporte de alta competición es sinónimo de presión, tanto física como psíquica, por ello el rendimiento del atleta de alto nivel depende en gran medida de la capacidad para soportar las enormes exigencias físicas y mentales que requieren la competición y la preparación para la misma.

Como señalábamos, la victoria proporciona éxito y prestigio llegándose en ocasiones al caso de elevar a la categoría de mito al deportista. Ello supone que los deportistas profesionales sean a menudo modelos para los adolescentes que a menudo imitan sus comportamientos, incluyendo el abuso de sustancias. En esta revisión del problema representado por el dopaje en los deportes internacionales se debería informar a la comunidad psiquiátrica internacional¹⁴ y a los profesionales del tratamiento de la adicción acerca de los fundamentos históricos del dopaje en el deporte y de su propagación a los grupos vulnerables. Así y teniendo en cuenta los factores señalados anteriormente no es difícil entender por qué podría haber un elevado porcentaje entre la

¹⁴ V. BARON, D.A.; MARTIN, D.M.; MAGD, S.A. Doping in sports and its spread to at-risk populations: an international review. *World Psychiatry*, Ed. World Psychiatric Association (WPA) Elsevier Masson, v. 6, n. 2, Geneva, 2007, p. 118-123.

juventud¹⁵ que abusan de los esteroides. Ha de hacerse notar sin embargo, que a diferencia de los deportistas profesionales, estos consumidores de riesgo no conseguirán la fama ni el dinero con el uso de los esteroides, solamente presentarán los efectos adversos. Los programas de educación continuada desarrollados específicamente para estos grupos de riesgo alto por parte de las organizaciones olímpicas nacionales y de las federaciones deportivas constituyen un primer paso importante para reducir estos peligrosos comportamientos.

2.2 Efectos biomédicos secundarios del dopaje. Especial consideración de los efectos psíquicos en el deportista: adicciones, anomalía psíquica y enfermedad mental

El abordaje o tratamiento de los efectos que para la salud supone el dopaje en el deporte es una prioridad importante a nivel de la Unión Europea¹⁶ y por supuesto, en la esfera mundial. Así las cosas, los recientes y alarmantes sucesos deportivos internacionales (tal es el caso de Kaj ANDERSEN) constituyen un recordatorio de la necesidad de mantener la cuestión del dopaje viva.

A pesar de que los controles antidopaje, los análisis de laboratorio y actividades de esta índole se han ido ampliando y desarrollando de forma exponencial, existe aún hoy una falta de conocimiento sobre los efectos secundarios en el horizonte de la biomedicina dentro del campo del dopaje, siendo un asunto pendiente entre el público en general, los atletas y el mundo del deporte.

La medicina contemporánea, la fisiología, la bioquímica, la genética y la farmacología traen consigo infinitas posibilidades en orden al mejoramiento del rendimiento en el ámbito deportivo. A pesar de que los fármacos están principalmente designados para curar a las personas que sufren de diferentes enfermedades, es decir tienen finalidad predominantemente curativa¹⁷, éstos son también objeto de un mal uso

¹⁵ De acuerdo con el Informe de la *World Psychiatric Association* (WPA) podría haber, en el año 2007, entre la juventud estadounidense más de un millón de personas que abusaban, en concreto, de los esteroides. V. BARON, D.A.; MARTIN, D.M.; MAGD, S.A. Doping in sports and its spread to at-risk populations: an international review, *op. cit.*, p. 121-123.

¹⁶ Destaca el proyecto de la *Technische Universität München* (TUM) en torno a los efectos biomédicos secundarios del dopaje: Harmonising the knowledge about biomedical side effects of doping, disponible en: <http://www.doping-prevention.com/>.

¹⁷ Ha de hacerse notar la particularidad de la Medicina del Deporte, una especialidad en la que claramente convergen las facetas curativa y no curativa de la práctica profesional (V. TERRADOS CEPEDA, N., La salud de los deportistas desde la perspectiva del médico de equipo. En: PALOMAR OLMEDA, A. (Dir.). **Estudios sobre el dopaje en el deporte**. Madrid: Ed. Dykinson, 2006, p. 143 y ss. De imprescindible

por deportistas *sanos* para conseguir una ventaja adicional sobre otros competidores a pesar de los posibles efectos secundarios negativos de corta y larga duración que pueden acarrearles.

2.2.1 Sustancias dopantes, deportes en los que predominan y efectos psíquicos

A continuación pasamos a enunciar algunas de las sustancias más frecuentemente empleadas por los deportistas, indicando el deporte en cuya presencia se hace más patente, describiendo los efectos secundarios de cada una de ellas¹⁸.

a) Estimulantes

Los estimulantes son los fármacos activadores del Sistema Nervioso Central por la acción de las catecolaminas (adrenalina y noradrenalina). Se trata de un grupo de sustancias capaces de mejorar el humor y el estado de alerta, eliminar o disminuir la sensación de fatiga y, posiblemente, incrementar el rendimiento físico. Paralelamente, algunos informes indican que los estimulantes presentan un efecto moderado sobre el rendimiento y solamente cuando las dosis aplicadas de estas sustancias son elevadas. Por otro lado, en los deportes contemporáneos, las mejoras en el rendimiento que ascienden a menos de 1% pueden suponer la diferencia entre una medalla de oro y una de bronce¹⁹. Los estimulantes más populares utilizados para fines de dopaje son: *cocaína*, *anfetaminas*, *éxtasis* y *metilfenidato* (Ritalin). La *nicotina* y la *cafeína* también se utilizan con frecuencia como estimulantes pero no están prohibidos en el deporte.

Las anfetaminas a menudo han sido utilizadas en la práctica del deporte para combatir la fatiga, permitiendo mantener la atención por períodos prolongados de tiempo. De esta forma, las anfetaminas se convirtieron en los fármacos elegidos por los

consulta CASABONA, C.M.R. **El médico y el Derecho Penal**. Tomo I. **La actividad curativa (licitud y responsabilidad penal)** y Tomo II. **Los problemas penales actuales de la Biomedicina**. Buenos Aires: Ed. Rubinzal-Culzoni, 2011.

¹⁸ V. GRUCZA, R., Psychological effects and addiction including CNS. **Congress Manual: Biomedical Side Effects of Doping**. International Symposium October 21st, 2006 Munich, Germany, SARIKAYA, H. et ál. (Ed.), Ed. Institute of Public Health Research, Technische Universität München, München, 2007, p. 142-153. Puede consultarse información más ampliada en torno a los efectos de cada una de las sustancias en la página web del proyecto Harmonising the knowledge about biomedical side effects of doping en: <http://www.doping-prevention.sp.tum.de/substances-and-methods.html>.

¹⁹ V. BAHRKE, M.S.; YESALIS, C.H.E Performance-Enhancing Substances in Sport and Exercise. **Human Kinetics**, 2002.

atletas, especialmente en deportes como el **ciclismo**, donde los efectos de estas sustancias eran percibidos como beneficiosos para mejorar el rendimiento deportivo.

b) Narcóticos

Los narcóticos son sustancias que causan alivio del dolor y alteraciones del humor o el comportamiento, desde el sueño y la inmovilización total del cuerpo hasta la euforia y la sobreexcitación. En un sentido popular en los narcóticos se incluyen todas las sustancias que son capaces de cambiar tanto el estado psíquico como físico de un organismo.

Sin embargo y de forma más precisa, en medicina, el significado de la palabra narcótico se limita a un narcótico analgésico (opiáceo), y se refiere a todas las sustancias naturales, semisintéticas y sintéticas que actúan farmacológicamente como la morfina, el componente primario del opio natural. Los opiáceos ejercen una potente acción contra el estrés, la depresión y la psicosis.

Así, el uso de estas sustancias, es frecuente en deportes, especialmente entre los atletas que participan en actividades violentas, como es el caso del **boxeo**. Por otra parte, el analgésico narcótico puede reducir la ansiedad, incrementando posiblemente el rendimiento en los acontecimientos deportivos, en los cuales la ansiedad excesiva podría afectar a un preciso control motor, por ejemplo el **tiro con pistola y el tiro con arco**.

c) Cannabinoides

Los cannabinoides son sustancias capaces de inducir cambios psíquicos similares a los manifestados en el curso de la psicosis (efectos psicomiméticos). Estas sustancias se denominan como psicomiméticos, o psicodélicos, o alucinógenos.

Cuando los cannabinoides se introducen en el cuerpo, su ingrediente activo, el delta-9- tetrahidrocannabinol (THC) modifica la función del cerebro. El THC actúa sobre los receptores cannabinoides en el cerebro aportando una sensación de euforia, relajación y percepción sensorial amplificadas. Así, el cannabis es utilizado ampliamente por sus propiedades para alterar el estado de ánimo y por sus propiedades de relajación también en deporte.

La falta de evidencia científica acerca de que el cannabis mejora el rendimiento es asociada con la fuerte evidencia de sus efectos adversos sobre el rendimiento psicomotricidad y la función cognitiva en el usuario. Hay un número creciente de

jóvenes atletas usando cannabinoides, a pesar de la disciplina que rodea al deporte. Este hecho sugiere que no se utilizan con el propósito de dopaje en el deporte, sino más bien por razones sociales. Con todo, parece que los competidores de los **deportes extremos** y combates son más susceptibles al uso de los cannabinoides que otros deportistas.

d) Esteroides anabólicos androgénicos (AAS)

La testosterona - la hormona sexual masculina - actúa sobre el sistema nervioso central y periférico y produce tanto efectos anabólicos (construcción de tejido) como androgénicos (masculinización). Los esteroides anabólico-androgénicos son derivados de la testosterona. Aplicados inicialmente para el tratamiento del hipogonadismo, la anemia y para ciertos trastornos psiquiátricos, los esteroides anabólicos androgénicos han sido ampliamente utilizados por los atletas de élite y recreativos para ganar fuerza y masa muscular, para aumentar la síntesis de proteínas y las células rojas de la sangre, así como para disminuir la grasa del cuerpo. Los esteroides son especialmente atractivos en disciplinas del deporte tales como el **fútbol profesional, halterofilia, levantamiento de pesas, culturismo**.

De esta forma, existen informes que asocian el uso de los esteroides anabólicos androgénicos con el aumento de los niveles de irritabilidad, agresividad, trastornos de la personalidad y diagnósticos psiquiátricos. Por una parte, el aumento de la excitación y la agresión puede permitir a algunos atletas entrenar y actuar con mayor intensidad, pero por el contrario, este alto nivel de agresividad y falta de control podría traer algunos efectos devastadores. En este sentido, algunos informes señalan ciertos casos en los que el uso de esteroides con la combinación de las anfetaminas y la marihuana han llevado incluso al suicidio²⁰.

2.2.2 El caso concreto de la adicción. ¿Dopaje con sustancias prohibidas y adicción a sustancias nocivas, dos escenarios diferenciados pero que convergen entre sí?

Sin volver a entrar en el análisis del concepto de dopaje, y sirviéndonos de las definiciones que proporciona el COI y la propia Ley española del Deporte, debe

²⁰ MIDGLEY, S.J.; HEATHER, N.; DAVIES, J.B. Levels of aggression among a group of anabolic-androgenic steroids users. **Medicine, Science and the Law**, v. 41, n. 4, 2001, p. 309-314.

destacarse cómo en éstas se requiere que la sustancia o método empleado “sea potencialmente peligroso para la salud de los deportistas y/o pueda mejorar su rendimiento” y que el consumo de la sustancia o la utilización del método estén dirigidos a “aumentar artificialmente las capacidades físicas de los deportistas o a modificar los resultados de las competiciones”, lo que implica concebir el dopaje *como un fenómeno deportivo y ligado a la competición*.

Esta matización en absoluto es baladí, ya que se hace necesaria cuando se llega a equiparar el dopaje a las drogodependencias o, por extensión, se amplía su ámbito al orden social y al deporte-salud.

Respecto a la equiparación con las drogodependencias, si bien es cierto que en las listas oficiales de grupos farmacológicos y métodos prohibidos existen sustancias tóxicas o estupefacientes —destacan las anfetaminas, cocaína, heroína, metadona, cannabis, alcohol—, no hay más que repasar los criterios que, por consenso internacional, definen la dependencia de drogas para comprobar que no tiene nada que ver con el dopaje y que el uso de sustancias dopantes por el deportista no sigue un patrón que pueda asimilarse al que caracteriza clínicamente la adicción a drogas.

Así, el “Manual Diagnóstico y Estadístico de Trastornos Mentales”, 4ª. Edición (DSM-IV) actualmente vigente²¹, define la dependencia de sustancias como un «patrón desadaptativo de consumo que conlleva un deterioro o malestar clínicamente significativos» y requiere que estén presentes tres o más de los siguientes criterios durante un periodo continuado de doce meses: 1) Necesidad de cantidades crecientes para conseguir el efecto deseado; 2) Síndrome de abstinencia característico de la sustancia; 3) Esfuerzos infructuosos por controlar o interrumpir el consumo de la sustancia; 4) Se dedica mucho tiempo a actividades relacionadas con la obtención de la sustancia; 5) Se reducen de forma importante las actividades sociales, laborales o recreativas debido al consumo de la sustancia; y 6) Se continúa consumiendo la sustancia a pesar de tener conciencia de los problemas que le produce. Por otra parte, la 10ª. Edición de la Clasificación Internacional de Enfermedades (CIE-10) de la OMS establece criterios muy similares.

²¹ Está previsto que en mayo de 2013 vea la luz la versión definitiva del **DSM-V** (Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders elaborado por la American Psychiatric Association (APA)).

A la vista de esto, cierta doctrina²² entiende que nada tiene que ver ni el patrón de consumo ni las motivaciones del deportista que se inyecta EPO con los del adicto a la heroína, por ejemplo. Incluso en el caso de sustancias comunes, como la cocaína, lo que suele ocurrir cuando un deportista da positivo con ella es que se trata de un cocainómano que hace deporte y no de un deportista que consume la droga para mejorar su rendimiento. Esta reflexión enlaza con lo que comentábamos anteriormente, si bien es cierto que existe un número creciente de jóvenes atletas usando cannabinoides, entendemos que no se utilizan con el propósito de dopaje en el deporte, sino más bien por razones sociales.

3 Apuntes sobre la responsabilidad jurídica por conductas de dopaje

Después del panorama general expuesto en torno a las sustancias dopantes y analizada la problemática que supone el consumo de las mismas debido a los considerables efectos de orden psíquico que pueden acarrear, es oportuno plantear la responsabilidad jurídica, en concreto penal, respecto de aquellos agentes (no sólo facultativos) que proporcionen este tipo de sustancias, sin que medie una finalidad terapéutica.

3.1 Un abanico de responsabilidades en este ámbito

Las conductas de dopaje pueden acarrear distintos tipos de responsabilidad jurídica, en este sentido, cabe mencionar que podríamos encontrarnos ante una responsabilidad administrativa, civil, laboral y finalmente penal. Debemos tener en cuenta que los sujetos a los cuales podría imputarse de una u otra manera alguno o varios de los tipos de responsabilidad jurídica que acabamos de mencionar pueden ir desde las personas (no se limita al entorno médico del deportista salvo acciones de prescripción y dispensa de productos dopantes) que proporcionan estas sustancias, pasando por las propias personas jurídicas en el seno de las cuales se desarrollan dichas conductas de dopaje hasta llegar al propio deportista.

²² V. ORELLANA, J. NARANJO. La lista de sustancias farmacológicas prohibidas: dopaje y medicación del deportista, *op. cit.*, p. 182.

3.2 Sobre la responsabilidad penal en supuestos de dopaje

3.2.1 La responsabilidad del entorno del deportista y su concreción en el artículo 361 bis del Código Penal español. Valoraciones en torno a dicho precepto.

Respecto de aquellos casos en que las sustancias o métodos dopantes sean suministrados por terceros, se ha incluido —figura expresamente creada por la mencionada Ley Orgánica 7/2006— en el Código Penal español el artículo 361 bis, dentro de los delitos contra la salud pública, que penaliza, en efecto, el *doping* a terceros. Se castiga a aquella persona que prescriba, proporcione, dispense, suministre, administre, ofrezca o facilite sustancias dopantes sin necesidad terapéutica a un deportista federado no competitivo, deportista no federado que practique el deporte por ocio o deportistas que participen en competiciones organizadas en España. Para que la conducta sea típica es preciso que se ponga en peligro la vida o salud del deportista.

a) Bien jurídico protegido

Entre la doctrina destaca Bechiarelli²³ que vincula el bien jurídico protegido en el artículo 361 bis con la *salud pública*. De esta forma, considera que la opción del legislador es adecuada desde esta perspectiva y supone, en consecuencia, el fortalecimiento de un valor de indudable repercusión para los ciudadanos, sin que ello implique un menoscabo en el principio de intervención mínima pues, como veremos, este aspecto ha sido cuestionado.

En concordancia con la exposición anterior, autores como Conde²⁴ estiman que la razón de ser de la incriminación de las conductas de dopaje responde a la nocividad intrínseca de determinadas sustancias y productos dopantes que cada vez revisten de una mayor sofisticación —como es el caso del dopaje genético que mencionábamos en líneas anteriores—, así como a la existencia de un ámbito de creación del riesgo muy concreto, como el del ejercicio de las actividades deportivas bien a nivel profesional o bien a nivel aficionado. Con este proceder, se consigue paliar una anemia existente, que ya había saltado a la palestra con el sobreesimiento de procesos penales por algunas

²³ V. BECHIARELLI, E. Cortés. **El delito de dopaje**. Valencia: Ed. Tirant lo Blanch, 2007, p. 51.

²⁴ V. CONDE, F. M. **Derecho Penal. Parte Especial**. 16. ed. Valencia: Ed. Tirant Lo Blanch, 2007, p. 643.

resoluciones judiciales, y de este modo la protección del bien jurídico «salud pública» queda reforzada.

b) Sujetos

Inicia el precepto con una patente referencia al sujeto activo por vía de la fórmula “Los que...”, de la que se deduce que estamos, ante lo que se reconoce generalmente como delito común que puede cometer cualquier persona con la exclusión, por la redacción de la conducta típica del deportista que consume sustancias (por extensión métodos) dopantes. Si bien es cierto, como señala Bechiarelli²⁵ que hay conductas, tal es el caso de la prescripción o la dispensa, en las que el legislador ha querido remarcar la sanción de unas acciones específicas que se encuadran en el seno del entorno médico del deportista, opción legislativa que se refuerza con la previsión de la pena de inhabilitación especial y con el establecimiento de un tipo cualificado aplicable a quienes se prevalecen de una posición de superioridad profesional.

En cuanto al sujeto pasivo, el texto alude a “deportistas federados no competitivos, deportistas no federados que practiquen el deporte por recreo, o deportistas que participen en competiciones organizadas en España por entidades deportivas”, la concreción es un tanto compleja puesto que opta por una atípica alternitud, sumamente amplia que se extiende a los que practican deporte por recreo, esto es, cualquier persona, y relativamente restrictiva en relación con los deportistas federados no competitivos y deportistas que participen en competiciones organizadas en España por entidades deportivas.

Con todo, algunos autores considerando el precepto poco afortunado, concluyen que el sujeto pasivo del delito será cualquier persona que practique algún deporte (BECHIARELLI²⁶) —sin que ello deba confundirse con cualquier tipo de actividad física—, por lo que de *lege ferenda* proponen como adecuado una mera mención a “los deportistas” (FERRER²⁷).

²⁵ V. de nuevo BECHIARELLI, E. Cortés. **El delito de dopaje**, *op. cit.*, p. 62-64.

²⁶ V. BECHIARELLI, E. Cortés. **El delito de dopaje**. *op. cit.*, p. 68.

²⁷ V. FERRER, F. Pérez. El delito de dopaje: una aproximación al artículo 361 bis del Código Penal español, **Revista Andaluza de Derecho del Deporte**. n. 7, Sevilla, 2009, p. 50.

c) Objeto material

El Código Penal español acude, de cara a la delimitación del objeto material del delito comentado, a la técnica de la ley penal en blanco puesto que en su delimitación hace una referencia a “sustancias o grupos farmacológicos prohibidos, así como métodos no reglamentarios, destinados a aumentar sus capacidades físicas o a modificar los resultados de las competiciones, que por su contenido, reiteración de la ingesta u otras circunstancias concurrentes, pongan en peligro la vida o la salud de los mismos”.

En consecuencia el legislador se ha decantado por una técnica constitucionalmente admisible pero objeto de una gran polémica²⁸. Dicha objeción, entendemos que es atinada al apuntar los peligros que conlleva el empleo de dicha fórmula legislativa en este contexto, podría enmendarse si al concretar las “sustancias o grupos farmacológicos prohibidos, así como métodos no reglamentarios” únicamente se atiende a las sustancias, que como hemos comentado en el apartado correspondiente, fija el CSD.

d) Conducta típica

El artículo 361 bis recoge la conducta típica que se concreta en, sin justificación terapéutica, prescribir, proporcionar, dispensar, suministrar, administrar, ofrecer o facilitar sustancias o grupos farmacológicos prohibidos, así como métodos no reglamentarios, destinados a aumentar las capacidades físicas o a modificar los resultados de las competiciones, que por su contenido, reiteración de la ingesta u otras circunstancias concurrentes, pongan en peligro la vida o la salud de los mismos, refiriéndose a “los deportistas”.

Así, algunos autores como Ferrer²⁹ han considerado que con esta vía el objetivo del legislador ha sido que en el precepto se den cabida a todo un amalgama de formas de actuación posible, con lo que, desde el punto de vista de claridad normativa puede quedar afectado el principio de legalidad. En este sentido, el CGPJ en el informe preceptivo al Anteproyecto de Ley que finalmente daría lugar a la vigente LO 7/2006,

²⁸ QUERALT JIMÉNEZ, J.J. en **Derecho Penal español, Parte Especial**. 5 Ed. Barcelona: Ed. Atelier, 2008, p. 974, ha señalado que nos encontramos ante un precepto inconstitucional porque ni la ley penal ni la extrapenal contienen referencia alguna a las sustancias prohibidas, considerando inadmisibles que las mismas se fijen en una resolución administrativa y/o que se delegue directa o indirectamente en las federaciones deportivas nacionales y/o en los comités olímpicos nacionales y/o internacionales y/o sus agencias.

²⁹ V. FERRER, F. Pérez. **El delito de dopaje: una aproximación al artículo 361 bis del Código Penal español**, *op. cit.*, p. 52-53.

planteó la exigencia de mayor precisión en relación con la actividad que implicaría la conducta típica, concretamente, en la acción de ofrecimiento de sustancia o método prohibido.

Ciertamente, la redacción por reiterativa se vuelve confusa ya que, por ejemplo, parece difícil asumir que con el mero ofrecimiento de las sustancias dopantes se pueda poner en peligro la vida o la salud de las personas. Por ello, en consonancia con lo afirmado por el CGPJ, algunos autores (LÓPEZ³⁰) consideran de *lege ferenda* que es necesaria la supresión de dicha modalidad y la simplificación de los contenidos del precepto para conseguir una mayor claridad y taxatividad y en consecuencia un más intenso acatamiento del principio de legalidad.

e) Tipo subjetivo

Dado que el artículo 361 bis del Código Penal español tiene un elemento subjetivo del tipo en tanto en cuanto las sustancias y métodos prohibidos han de estar destinadas a aumentar las capacidades físicas del deportista o a modificar los resultados no se puede más que concluir que nos encontramos ante un tipo doloso al que no le es aplicable la figura imprudente del artículo 367.

f) Pena

La pena prevista en el artículo 361 bis es de prisión de seis meses a dos años, multa de seis a dieciocho meses por una parte y de inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión u oficio, de dos a cinco años, por otra.

Es reseñable la utilización de la pena de inhabilitación para el empleo o cargo público, profesión u oficio por su especial significación con los sujetos relacionados con la medicina deportiva —médicos y personal sanitario— aunque desde su configuración penal va más allá al no distinguir ninguna actividad, por lo que puede ser aplicada a cualquier profesión, oficio, empleo o cargo público. Junto a este supuesto, el número 2 del artículo 361 bis prevé un tipo agravado que incrementa la consecuencia jurídica “penas previstas en el apartado anterior en su mitad superior” cuando el delito se

³⁰ V. LÓPEZ, J. M. SUÁREZ. Las consecuencias del principio non bis in idem en la Ley Orgánica de Protección de la Salud del Deportista y Lucha contra el Dopaje en España. En: CUEVA, L.Morillas; MANTOVANI, F. (Dir.). **Estudios sobre Derecho y Deporte**. Madrid: Ed. Dykinson, 2008.

perpetre concurriendo y señala tres circunstancias: por un lado que la víctima sea menor de edad, que se haya empleado engaño o intimidación o que el responsable se haya prevalido de una relación de superioridad laboral o profesional.

Por otra parte, en lo concerniente a la valoración del artículo 361 bis del Código Penal español, una vez analizado el delito de dopaje tal y como está configurado actualmente en dicho ordenamiento, hemos de reseñar que respecto a su creación ha existido una gran controversia entre la doctrina —siendo la tendencia mayoritaria proclive a la no incorporación del delito— que se ha fundado en la dudosa o cuestionada existencia de un bien jurídico digno de tutela penal *específico o propio* de estas conductas de dopaje, incorporación que vista desde esta óptica contravendría el principio de intervención mínima del Derecho Penal. Es decir, cabría hacerse una pregunta: ¿había sido necesaria la creación de un tipo específico o podía ser subsumido en uno preexistente?

Así para CONLLEDO³¹, los ataques a la vida y a la salud del deportista que supongan una lesión de esos bienes están suficientemente abarcados por los delitos contra la vida y de lesiones, sin existir razón que justifique el adelanto de su punición en el caso de dopaje. Esta afirmación la hace extensible a los delitos contra la salud pública en los cuales que su comisión se practique con fines dopantes no añade un ápice de desvalor. Por tanto, para este autor no existe ninguna razón para crear este tipo penal que castiga específicamente conductas relacionadas con el dopaje en el deporte ya que los tipos de delitos actualmente existentes, que en ningún caso se refieren específicamente al dopaje en el deporte, son suficientes para prevenir y castigar estas conductas cuando realmente afecten de manera suficientemente grave a bienes jurídicos dignos de tutela penal.

También ha sido contrario a la creación de un tipo penal que castigue específicamente el dopaje Garrido³², que afirma que la represión penal debe descartarse y no sólo por la posibilidad de quebranto del principio *non bis in idem* dada la rigurosa compatibilidad de los órdenes penal y disciplinario, sino por la inadecuación de la respuesta punitiva que, excediendo de la intervención mínima predicable en este ámbito,

³¹ V. CONLLEDO, M. Díaz y García. Represión y prevención penal del dopaje en el deporte. Relaciones entre Derecho, deporte y dopaje con especial atención a la perspectiva jurídico penal. **Revista de la Facultad de Ciencias Humanas y Sociales de la Universidad Pública de Navarra**, Navarra, 1994.

³² V. GARRIDO, A. Millán. **La lucha contra el dopaje en el Derecho español: síntesis normativa, Régimen jurídico del dopaje en el deporte**. Barcelona: Ed. Bosch, 2005, p. 149.

puede colisionar de modo negativo con las sanciones estrictamente deportivas y con su efectivo cumplimiento.

3.2.2 La responsabilidad del propio deportista. Reflexiones sobre su posible imputación penal

Hasta ahora la posible imputación por vía penal del propio deportista por conductas de dopaje —o como algunos autores denominan “autodopaje o dopaje auto impuesto”³³ — ha quedado circunscrita al delito de estafa, siendo el bien jurídico protegido en estos caso el patrimonio. Ahora bien como se puede apreciar en el proceso contra el ciclista alemán Ullrich, las posibilidades de que prospere son escasas³⁴.

Al margen de este supuesto de responsabilidad penal del deportista por conductas de dopaje respecto de su propia persona, cierta doctrina ha barajado la idea de introducción de una nueva figura delictiva dentro del catálogo de delitos, mediante el cual se sancionaría al propio deportista³⁵ que hace uso de sustancias dopantes en la medida en que su conducta afecta al juego limpio en el deporte que sería el bien jurídico sobre el que descansa esta teoría.

Las críticas a la misma pueden venir desde distintas órbitas, por un lado en lo que respecta al principio de intervención mínima del Derecho Penal — justificación que igualmente argüíamos respecto de la incorporación del delito de dopaje del artículo 361 bis — porque como es comúnmente conocido por todos, la tendencia del Derecho Penal contemporáneo gira, efectivamente, en torno a la reducción o modulación del *ius puniendi* (salvo respecto de supuestos específicos y excepcionales dada la relevancia de los bienes jurídicos en juego, tales como vida, integridad física, psíquica, entre otros). Este último inciso, relevancia de los bienes jurídicos en juego, centra la segunda de las objeciones. Así, es oportuno plantearse si esa lesión a la igualdad de la competición y al juego limpio en el deporte — que justificaría no obstante la especificidad del tipo penal del delito de dopaje, pues no sería subsumible en conducta alguna del Código Penal —

³³ V. PRIETO, J. Valls. Bienes jurídicos protegidos en intervenciones médicas. En: CUEVA, L. Morillas (Dir.). **Estudios jurídicos sobre responsabilidad penal, civil y administrativa del médico y otros agentes sanitarios**. Madrid: Ed. Dykinson, 2009, p. 37-40.

³⁴ V. PRIETO, J. Valls. La intervención del derecho penal en la actividad deportiva, **Revista electrónica de ciencia penal y criminología**, n. 11, 2009, p. 8-12.

³⁵ Cabe resaltar que acorde a esta teoría la responsabilidad penal no se limitaría al deportista sino que, llegado el caso, también abarcaría al entorno del deportista, que sería asimismo responsable, tal vez de forma indirecta, de estas conductas contrarias al *fair play* deportivo.

es una conducta gravemente nociva para la sociedad que perturba gravemente los bienes jurídicos importantes, es decir, las condiciones mínimas de convivencia social de modo reprobable y no justificado y poniendo en cuestión la vigencia del orden jurídico. Consideramos que la ética deportiva no es una condición mínima básica de vida social, lo que se puede comprobar con una mera comparación con los bienes jurídicos protegidos, y no siempre frente a cualquier modalidad de ataque, por el Código Penal cuya importancia con frecuencia incluso a nivel constitucional y, desde luego, como valor social generalmente admitidos es muy superior a la ética deportiva³⁶.

Otra puntualización que ha de destacarse en este ámbito respecto a la posible sanción del auto-dopaje es que atentaría contra la libertad de la persona y erigiría al Derecho Penal como un derecho paternalista en contra del cual se encuentra toda la doctrina.

En otro orden de cosas, aún asumiendo una responsabilidad del propio deportista por conductas de dopaje o dopaje autoimpuesto, bien sea mediante delito de estafa u otro tipo de delito que podríamos llamar de “fraude a la ética del deporte”, sería oportuno valorar la posibilidad de que entren en juego ciertas atenuantes de la responsabilidad penal. Estas consideraciones entroncan con lo que hemos aludido sobre las motivaciones psicológicas que llevan al deportista al consumo de sustancias dopantes, tales como la fuerte presión de la que son objeto, el hecho de que se les eleve a la categoría de ídolo unido a que el rendimiento del deportista en la competición está absolutamente condicionado a unas expectativas en exceso sobredimensionadas originadas por los numerosos intereses económicos y mediáticos depositados en él.

Consideraciones finales

Cierto es que las diferentes prácticas y modalidades de dopaje han constituido siempre una vulneración de los principios fundamentales de la ética deportiva y de los valores inmanentes del deporte. Ahora bien, en la actualidad la problemática del dopaje va más allá de un engaño deportivo y se ha convertido en un conjunto de prácticas peligrosas organizadas que pueden ser verdaderamente preocupantes para la salud pública, especialmente para la vida de los deportistas. De esta forma, el dopaje ha

³⁶ Para PRIETO, J. Valls. Bienes jurídicos protegidos en intervenciones médica, *op. cit.*, pp. 37-38, no se puede considerar la inclusión en un futuro, del “juego limpio” como bien jurídico por sí mismo y menos aún dentro del concepto de dopaje.

sobrepasado la dimensión exclusiva de la ética deportiva y de la salud individual del deportista para convertirse en un auténtico problema de salud pública que afecta al ámbito físico y, según hemos dejado constancia en las páginas precedentes, de forma muy severa a la esfera psíquica.

Así las cosas, las nuevas circunstancias, propias de un fenómeno cambiante y singularmente grave como es el del dopaje en el mundo del deporte, han hecho sentir en España, la necesidad apremiante de un cambio de paradigma normativo. Este hecho responde principalmente a dos razones, por una lado, a una incorrecta aplicación de las normas contenidas en la Ley Orgánica 7/2006 y por otro, encuentra su razón de ser en que la realidad del fenómeno deportivo, en general, y la del dopaje, en particular, ha desbordado las previsiones del legislador en algunos aspectos. Junto a ello, subyace una idea cardinal: España ha asumido un alto compromiso internacional en la lucha contra el dopaje, que implica garantizar la eficacia del Código Mundial Antidopaje, y sin embargo se aprecian ciertas incongruencias entre la normativa española y las nuevas disposiciones del Código que es necesario paliar.

Con todo, estamos en presencia de un nuevo escenario normativo en España³⁷ — con la inminente *Ley Orgánica de Protección de la Salud del Deportista y de Lucha contra el Dopaje en la Actividad Deportiva*, actualmente en fase de tramitación parlamentaria —, que supondrá un decidido avance en la protección de la salud de los deportistas. En aras de este fin último, la propuesta normativa prevé otorgar un tratamiento integrado a la cuestión del dopaje como un elemento más dentro de la protección de la salud de los deportistas. Asimismo, el dopaje es un tema que, sin duda, seguirá avivando el debate en el panorama internacional, con la celebración de la que será *Cuarta Conferencia Mundial sobre el Dopaje en el Deporte* que tendrá lugar el próximo noviembre en Johannesburgo, centrando su agenda el proceso de revisión del Código Mundial Antidopaje y el borrador resultante del Código previsto para 2015 y paralelamente la que será también *Cuarta Conferencia sobre el dopaje genético* que se celebrará en Beijing el próximo Junio encaminada a la búsqueda de nuevas vías para la detección de este método de dopaje genético, considerado de inminente aparición.

³⁷ V. un análisis más pormenorizado sobre la nueva normativa MACÍAS, E. Atienza. La regulación del dopaje en el ámbito deportivo: reflexiones a la luz de la reciente aprobación en España del nuevo proyecto de ley orgánica. **Revista de Derecho del Deporte**, n. 4, IJ Editores - Cátedra de Derecho del Deporte de la Universidad Austral, Buenos Aires, Abril 2013.

REFERÊNCIAS

ATIENZA, Elena Macías. Implicaciones ético-jurídicas de las intervenciones de mejora en el ámbito deportivo. Especial consideración del llamado 'dopaje genético'. **Revista de Derecho y Genoma Humano/Law and the Human Genome Review**, Bilbao, España Número Extraordinario 20 Aniversario de la Cátedra, Editorial Cátedra Interuniversitaria de Derecho y Genoma Humano, 2013.

AUNEAU, Gérard. **Dopage et mouvement sportif**. Voiron, France: Presses universitaires du sport, 2001.

BAHRKE, M.S.; YESALIS CH.E. Performance-Enhancing Substances in Sport and Exercise. United Kingdom: **Human Kinetics**, 2002.

BARON, David A.; MARTIN, David M.; MAGD, Samir Abol. Doping in sports and its spread to at-risk populations: an international review, **World Psychiatry. World Psychiatric Association (WPA)** — Geneva, Switzerland, Elsevier Masson, v.6, n.2, 2007.

BECHIARELLI, Emilio Cortés. El delito de dopaj. **Colección Los Delitos**. Valencia, España: Editorial Tirant lo Blanch, n.77, 2007.

BECHIARELLI, Emilio Cortés. El nuevo delito de dopaje: alcance y propuestas de interpretación. En: CONDE, Francisco José Muñoz, (Coordinador). **Problemas actuales del derecho penal y de la criminología: estudios penales en memoria de la Profesora Dra. María del Mar Díaz Pita**. Valencia, España: Editorial Tirant lo Blanch, 2008.

BILBAO, José Luis Neyro. Medicina deportiva (técnico). En: CASABONA, Carlos María Romeo, (Director). **Enciclopedia de Bioderecho y Bioética**. Bilbao-Granada, España: Editorial Cátedra Interuniversitaria de Derecho y Genoma Humano — Comares y el Instituto Roche, 2011. Tomo II

BODIN, Dominique; SEMPÉ, Gaëlle. **Ethics and sport in Europe**. Strasbourg, France: Council of Europe, 2011.

CAPDEVILA, Esteve Bosch; SUGRAÑES, María Teresa Franquet, (Coordinadores). Dopaje, fraude y abuso en el deporte. En: GARRIDO, Antonio Millán (Director). **Colección Derecho y Deporte**. Barcelona, España: Editorial Bosch, 2007.

CASABONA, Carlos María Romeo. Consideraciones jurídicas sobre los procedimientos experimentales de mejora (*enhancement*) en neurociencias. En: CASABONA, Carlos María Romeo (Editor). **Más allá de la salud. Intervenciones de mejora en humanos**. Comares, Bilbao-Granada, España: Editorial Cátedra Interuniversitaria de Derecho y Genoma Humano, 2012.

CASABONA, Carlos María Romeo. **El médico y el Derecho Penal, Tomo I. La actividad curativa (licitud y responsabilidad penal)**. Prologado por José CERESO MIR. Barcelona, España: Editorial Bosch, 1981.

CASABONA, Carlos María Romeo. **El médico y el Derecho Penal, Tomo I. La actividad curativa (licitud y responsabilidad penal) y Tomo II**. Los problemas penales actuales de la Biomedicina. Prologado por Edgardo A. DONNA. Buenos Aires, Argentina:Rubinzal-Culzoni Editores, 2011.

CASABONA, Carlos María Romeo (Director). **Enciclopedia de Bioderecho y Bioética**. Bilbao-Granada, España: Editorial Cátedra Interuniversitaria de Derecho y Genoma Humano — Comares y el Instituto Roche, 2011. Tomo I y II

CASABONA, Carlos María Romeo. **Los genes y sus leyes. El Derecho ante el genoma humano**. Comares, Bilbao-Granada, España: Editorial Cátedra Interuniversitaria de Derecho y Genoma Humano, 2002.

CONLLEDO, Miguel Diaz y García. Represión y prevención penal del dopaje en el deporte. Relaciones entre Derecho, deporte y dopaje con especial atención a la perspectiva jurídico penal. **Revista de la Facultad de Ciencias Humanas y Sociales de la Universidad Pública de Navarra**. Derecho I, Navarra, España, 1994.

CUEVA, Lorenzo Morillas; MANTOVANI, Ferrando, (Directores); ORTÚZAR, Ignacio Benítez (Coordinador). **Estudios sobre Derecho y Deporte**. Madrid, España: Editorial Dykinson, 2008.

DEGLO, J.J. Intensive sport and risk of heroin addiction. **Heroin Addiction and Related Clinical Problems**. v. 3, n. 2, 2001.

DE MORAGAS, Miquel. Espott mediatic y espectacle: qué ens queda de l'esport?, (Deporte mediático y espectáculo: ¿Qué nos queda del deporte?). **IEC Scientific Conference: Doping in Sport**. Barcelona, España: Editorial Universitat Autònoma de Barcelona, 1999.

DUMAS, Pierre. **Le doping**. Paris, France: Gazette Médicale de France, 1977.

GARRIDO, Antonio Millán (Coordinador). Comentarios a la Ley Orgánica de Protección de la Salud y de la Lucha contra el Dopaje en el Deporte. En: GARRIDO, Antonio Millán (Director). **Colección Derecho y Deporte**. Barcelona, España: Editorial Bosch, 2007.

GARRIDO, Antonio Millán, (Coordinador). Régimen jurídico del dopaje en el deporte. En: MILLÁN, Antonio (Director). **Colección Derecho y Deporte**. Barcelona, España: Editorial Bosch, 2005.

GILLERMAN, Jonathan D. Calling Their Shots: Miffed Minor Leagues, the Steroid Scandal, and Examining the Use of Section 1 of the Sherman Act to Hold MLB Accountable. **Albany Law Review, Albany Law School**. v.73, n.2, Albany, New York, United States of America, 2010.

- GÓMEZ, Juan José Carrasco. Enfermedad mental (ético). En: CASABONA, Carlos María Romeo, (Director). **Enciclopedia de Bioderecho y Bioética**. Bilbao-Granada, España: Editorial Cátedra Interuniversitaria de Derecho y Genoma Humano — Comares y el Instituto Roche, 2011. Tomo I.
- GORDILLO, Antonio Ramos. **Dopaje y Deporte. Antecedentes y Evolució**. Las Palmas de Gran Canaria, España: Universidad de Las Palmas de Gran Canaria, Servicio de Publicaciones, 2000.
- GORDILLO, Antonio Ramos. El uso de sustancias para la mejora del resultado: de la mitología al fármaco. **Revista Aranzadi de Derecho de Deporte y Entretenimiento**, Pamplona, España, Editorial Aranzadi, n. 11, 2004.
- GORDILLO, Antonio Ramos. Lucha contra el dopaje como objetivo de salud. **Adicciones**, v.11, n. 4, 1999.
- GRUCZA, Ryszard. Psychological effects and addiction including CNS: Congress Manual: Biomedical Side Effects of Doping. En: SARIKAYA, Hande; PETERS, Christiane; SCHULZ, Thorsten; SCHÖNFELDER, Martin; MICHNA, Horst (Editors). **International Symposium October 21st, 2006 Munich**. Germany München, Germany: Institute of Public Health Research, Technische Universität München, 2007.
- HENNE, Kathryn. Wada, the Promises of Law and the Landscapes of Antidoping Regulation. **Polar: Political & Legal Anthropology Review, The American Anthropological Association**, v.33, n.2, 2010.
- JIMÉNEZ, Joan Josep Queralt. **Derecho Penal español: Parte Especial**. 5.ed. Barcelona, España: Editorial Atelier, 2008.
- LÓPEZ, José María Suárez. Las consecuencias del principio non bis in idem en la Ley Orgánica de Protección de la Salud del Deportista y Lucha contra el Dopaje en España. En: CUEVA, Lorenzo Morillas; MANTOVANI, Ferrando, (Directores); ORTÚZAR, Ignacio Benítez, (Coordinador). **Estudios sobre Derecho y Deporte**. Madrid, España: Editorial Dykinson, 2008.
- LÓPEZ, José María Suárez. La responsabilidad penal del médico y del personal sanitario por conductas de dopaje. En: CUEVA, Lorenzo Morillas (Director); LÓPEZ, José María Suárez (Coordinador). **Estudios jurídicos sobre responsabilidad penal, civil y administrativa del médico y otros agentes sanitarios**. Colección Ensayos Penales. Madrid, España: Editorial Dykinson, 2010.
- MALLÉN, José Antonio Casajús. Dopaje, salud y deporte, **Información terapéutica del Sistema Nacional de Salud**, v.29, n.1, 2005.
- MCNAMEE, M. Doping in Sports: Old Problem, New Faces, **Sport, Ethics and Philosophy**, v.1, n.3, 2007.
- MIDGLEY, S.J.; HEATHER, N.; DAVIES, J.B. Levels of aggression among a group of anabolic-androgenic steroids users. **Medicine, Science and the Law**, v.41, n.4, 2001.
- MOLINA, Diana Malo de. Medicina deportiva (jurídico). En: CASABONA, Carlos María Romeo (Director). **Enciclopedia de Bioderecho y Bioética**. Bilbao-Granada, España: Editorial Cátedra Interuniversitaria de Derecho y Genoma Humano — Comares y el Instituto Roche, 2011, Tomo II.
- MOLLER, V.; MCNAMEE, M. J.; DIMEO, P. (Editors). **Elite Sports, Doping and Public Health**. Odense: University of Southern Denmark Press, 2009.
- MONTERO, José Antonio; BARBOD, Sancho. El problema del dopaje desde la sociología del deporte. Un marco teórico de análisis. **Apunts: Educación física y deportes**, n. 64, 2001.

MOYA, Fernando Bandrés. Salud (técnico). En: CASABONA, Carlos María Romeo, (Director). **Enciclopedia de Bioderecho y Bioética**. Bilbao-Granada, España: Editorial Cátedra Interuniversitaria de Derecho y Genoma Humano — Comares y el Instituto Roche, 2011. Tomo II.

MUÑOZ CONDE, Francisco. **Derecho Penal. Parte Especial**. 16.ed. Valencia, España: Editorial Tirant Lo Blanch, 2007.

O'LEARY, John. **Drugs and doping in sport. Socio-legal perspectives**. London, United Kingdom: Cavendish Publishing, 2001.

OLMEDA, Alberto Palomar; GARCÍA, José Rodríguez. La salud pública y las medidas que afectan a la misma para la lucha contra el dopaje. En: PRIETO, Luis María Cazorla; OLMEDA, Alberto Palomar (Directores). **Comentarios a la Ley Antidopaje en el Deporte**. Pamplona, España: Editorial Aranzadi, 2007.

OLMEDA, Alberto Palomar. Salud pública y dopaje: un mínimo balance de la actuación tras la Ley Orgánica 7/2006. **Revista Aranzadi de Derecho de Deporte y Entretenimiento**, Pamplona, España, n.32, Editorial Aranzadi, 2011.

PANTOJA, Pilar Fernández. La responsabilidad penal de las personas jurídicas en las actividad deportiva: estudio comparativo de los sistema jurídico-penales italiano y español. En: CUEVA, Lorenzo Morillas; MANTOVANI, Ferrando (Directores); ORTÚZAR, Ignacio Bénitez (Coordinador). **Estudios sobre Derecho y Deporte**. Madrid, España: Editorial Dykinson, 2008.

PERNA, Beatriz Vernet. **Delitos relacionados con el dopaje en el deporte**. Madrid, España: Instituto Universitario de Investigación sobre Seguridad Interior (IUISI), UNED, 2008.

PRIETO, Luis María Carzorla; OLMEDA, Alberto Palomar (Directores). **Comentarios a la Ley Antidopaje en el Deporte**. Pamplona, España: Editorial Aranzadi, 2007.

PROKOP, Clemens. **Die Grenzen der Dopingverbote**, Baden-Baden, Deutschland: Nomos Verlagsgesellschaft, 2000.

REARDON, Claudia L.; FACTOR, Robert M. Sport Psychiatry: A Systematic Review of Diagnosis and Medical Treatment of Mental Illness in Athletes. **Sports Medicine**, Springer, v.40, n. 11, 2010.

RODRÍGUEZ, Carlos Del Castillo. Dopaje y farmacia. El papel del farmacéutico en la lucha contra el dopaje en el deporte. **Anuario Andaluz de Derecho Deportivo**, Ediciones Asociación Andaluza de Derecho Deportivo, n. 9, 2009.

ROXIN, Claus; GRECO, Luís; LEITE, Alaor. **Doping e Direito Penal**. São Paulo: Atlas, Brasil, 2011.

SARIKAYA, Hande; PETERS, Christiane; SCHULZ, Thorsten; SCHÖNFELDER, Martin; MICHNA, Horst (Editors). **Congress Manual: Biomedical Side Effects of Doping**. International Symposium October 21st, 2006 Munich, Germany, Institute of Public Health Research. München, Germany: Technische Universität München, 2007. VERA, José Bermejo. **Constitución y Deport**. Madrid, España: Editorial Tecnos, 1998.

SASTRE, Rosa Ventas. El nuevo delito de fraude en las competiciones deportivas profesionales. **Revista Aranzadi de Derecho de Deporte y Entretenimiento**, Pamplona, España, Editorial Aranzadi, n. 31, 2011.

STRIEGEL, H.; SIMON, P.; WURSTER, C. et ál The use of nutritional supplements among master athletes. **International Journal of Sports Medicine**, 27, 2006.

TAMBURRINI, Claudio Marcello.¿Qué tiene de malo el dopaje?. **Dilemata, Editorial Consejo Superior de Investigaciones Científicas — CSIC**, Madrid, España, n. 5, Año 2, 2011.

TRIVIÑO, José Luis Pérez. **Ética y deporte**. Bilbao, España: Editorial Desclée De Brouwer, 2011.

TRIVIÑO, José Luis Pérez. Mejoramiento genético y deporte. En: CASABONA, Carlos María Romeo (Editor). **Más allá de la salud. Intervenciones de mejora en humanos**. Bilbao-Granada, España: Editorial Cátedra Interuniversitaria de Derecho y Genoma Humano — Comares, 2012.

VERA, José Bermejo. Régimen jurídico de la prevención y control del dopaje en el deporte. En: CASABONA, Carlos María Romeo (Editor). **Más allá de la salud. Intervenciones de mejora en humanos**. Comares, Bilbao-Granada, España: Editorial Cátedra Interuniversitaria de Derecho y Genoma Humano, 2012.

WILMORE, Jack H.; COSTILL, David L. **Fisiología del esfuerzo y del deporte**. Badalona, España: Editorial Paidotribo, 2007.



Consideraciones jurídicas sobre los procedimientos experimentales de mejora (*enhancement*) en neurociencias

Legal considerations on experimental procedures for improvement (enhancement) in neuroscience

Carlos María Romeo Casabona*

Resumen

La nueva generación de productos psicofarmacológicos ha demostrado su eficacia. Algunas enfermedades neurodegenerativas, como la enfermedad de Alzheimer y la enfermedad de Parkinson, podrían ser tratadas por medio de la terapia génica. Aunque la etiología de tales enfermedades aún no es completamente conocida, se ha demostrado que los pacientes carecen de algunas sustancias que podrían producirse por medio de la transferencia de genes *in vivo* o *ex vivo* que las codifican en los lugares apropiados del cerebro. Por otro lado, es destacable que la implantación de células madre de origen diverso, cultivadas en laboratorio es muy prometedora. Los micro-implantes cerebrales electrónicos podrían ser efectivos en la lucha contra algunas enfermedades neuromotoras así como para las funciones sensoriales. Todos estos tipos de nuevos tratamientos precisan ser probados a través de la investigación clínica. La mayoría de la legislación nacional incluye disposiciones sobre ensayos clínicos de medicamentos y una serie de garantías, procedimientos y condiciones que son diseñados para garantizar la protección de los individuos utilizados para experimentación y para asegurar que el ensayo es, en efecto, de relevancia científica. Sin embargo, algunas normas establecen disposiciones similares o aportan controles específicos para la investigación de otros tratamientos. Finalmente, la mejora de las capacidades psíquicas plantea nuevos problemas para la sociedad, así como suscita la necesidad de tomar nuevas decisiones jurídicas.

Palabras claves: Neurociencias. Mejora humana. Derecho penal.

Abstract

The new generation of psychopharmacological products have proved their efficacy. Some neurodegenerative diseases, such as Parkinson's and Alzheimer's diseases, could be treated by means of the gene therapy. Although the aetiology of such diseases is still not completely known, it has been proven that the patients lack some substances that could be produced by means of the transfer of *in vivo* or *ex vivo* genes that codify them in the proper places of the brain. Furthermore, it is announced that the implantation in laboratory grown stem cells of diverse origins is very hopeful. Cerebral (micro)electronic implants could be effective to fight some motor diseases as well as sensory functions. All of these kinds of new treatments need to be tested through clinical research. Most national legislation includes provisions on the clinical trials of drugs and a series of guarantees, procedures and conditions which are designed to ensure protection for individuals used in experiments and to assure that the trial is indeed of scientific relevance. However, few lay down similar regulations or provide for specific controls for the research of other treatments. Finally, enhancement of psychic capacities pose new problems for society as well as do the need for new legal decisions.

Keywords: Neuroscience. Human enhancement. Criminal Law.

*Dr. iur. Dr. med. Dr h. c. mult. Catedrático de Derecho Penal y Director de la Cátedra Inter-Universitaria Fundación BBVA – Diputación Foral de Bizkaia de Derecho y Genoma Humano, Universidad de Deusto y Universidad del País Vasco/EHU. Bilbao, España. Es Doctor *honoris causa* por la PUC Minas, Belo Horizonte, Brasil. Contacto: carlosmaria.romeo@deusto.es

Introducción¹

Los intentos de mejora o de perfeccionamiento de algunas características corporales o de las facultades superiores de los seres humanos no son nuevos. Algunas de estas mejoras cuentan con un largo recorrido temporal, y han gozado de un grado de aceptación social diverso. Pueden citarse aquí las intervenciones cosméticas, el fortalecimiento transitorio de la memoria con medicamentos entre estudiantes y el dopaje en la práctica del deporte.

En la actualidad, al poder valerse de técnicas más sofisticadas y potencialmente más efectivas se plantean nuevas reflexiones para la sociedad y la necesidad de tomar decisiones jurídicas de naturaleza y envergadura novedosas y diversas, algunas de ellas incluso a partir del marco de los derechos fundamentales, y tal vez también de carácter penal, aunque estas últimas no sean tan fáciles de fundamentar.

Por mejora (*enhancement*) pueden entenderse las técnicas o procedimientos de mejora, perfeccionamiento o fortalecimiento, de forma permanente o temporal, de algunas características, capacidades o habilidades corporales, psico-mentales o intelectuales del ser humano nacido o por nacer, o de control de ciertos procesos biológicos, por lo general limitantes². Dado que la palabra inglesa que suele utilizarse (*enhancement*) no se orienta exclusivamente a la idea de mejora o perfeccionamiento en su sentido estricto positivo (beneficioso), sino a la de fortalecer ciertas características, adoptando una posición neutra respecto a sus propósitos y consecuencias, en otros idiomas se prefiere mantener el término inglés, al no existir en ellos expresiones con

¹ El presente trabajo toma como punto de partida una parte de otro previo del autor titulado “Legal perspectives in novel psychiatric treatment and related research”, *Poiesis & Praxis*, Springer Verlag, No. 2, 2004, pp. 315-328, y se ha revisado, ampliado y actualizado gracias a la Ayuda a Grupos de Investigación del Sistema Universitario Vasco, Ref. IT581-13. Agradezco la traducción de la versión original en inglés a Elena Atienza Macías, Cátedra Interuniversitaria de Derecho y Genoma Humano, Universidad de Deusto y Universidad del País Vasco UPV/EHU. V. también, previamente sobre este tema, KNOEPPFLER, Nikolaus; ROBIENSKI, Jürgen; CASABONA, Carlos María Romeo, **Konfliktmanagement am Beispiel humaner Gentechnik und verbundener Techniken (IVF)**. Jena, Deutschland: Friedrich-Schiller-Universität Jena, 2011, p. 205 y ss.

² Como se apunta en el texto, ya a partir de la definición misma, en este trabajo me ocupo sólo de la “mejora” en el ser humano, pero, lógicamente, también puede realizarse sobre otros seres vivos, especialmente en mamíferos. V. sobre el particular, GERT, Bernard; CULVER, Charles. Therapy and enhancement. En: MITCHAM, Carl (Ed.). **Encyclopedia of Science, Technology and Ethics**. Michigan, United States: Thomson Gale, Farmington Hills, 2005, v. 4, p. 1939 y ss. (p. 1941 y s.).

una identidad o correspondencia precisas de significado respecto al término inglés, y así sucede también con el idioma español³.

En consecuencia, estas técnicas pueden⁴ contribuir a fortalecer o intervenir en la modulación del fenotipo del individuo o de la descendencia y en ciertos desarrollos corporales u orgánicos (estatura, musculación); en el estado de ánimo, la confianza, la timidez, la amabilidad y la sociabilidad, y en los comportamientos agresivos o violentos⁵; en las funciones cognitivas, la memoria, el pensamiento multidimensional y la imaginación; o en el dolor, el deterioro físico, psíquico o estético o el envejecimiento.

Ha de tenerse en cuenta que para el logro de estos propósitos los especialistas podrían valerse de las mismas técnicas y procedimientos que los que se están desarrollando para tratamientos en sentido estricto o para emprender algunas acciones preventivas más usuales (intervención en genes o selección de los mismos, intervenciones quirúrgicas, psicofármacos, implantes de células troncales o de microchips, estimulación por medio de ondas magnéticas o eléctricas *intra* o *transcraneales*, etc.)⁶, aunque no siempre tienen esta naturaleza médica⁷. Sin embargo, no pocos de estos recursos nuevos se encuentran en fases iniciales de estudio y de investigación científica, y la disponibilidad efectiva de muchos de ellos parece todavía muy lejana, por lo que no pocos especialistas han denunciado el riesgo de caer en ciencia ficción y, por lo que se refiere a su proyección social, en ética o derecho ficción, preocupación que comparto plenamente⁸.

³ Acertadamente en este sentido también MERKEL, Reinhard. Novedosas intervenciones en el cerebro. Mejora de la condición humana mental y límites en Derecho Penal. **Revista de Derecho Penal**, n. 1, 2011, p. 43. En el texto mantengo, no obstante, el término de mejora como uso más frecuente.

⁴ V. sobre el particular, BAYLIS, Françoise; ROBERT, Jason Scott. The inevitability of genetic enhancement Technologies. **Bioethics**, v. 18, n. 1, p.2, 2004.

⁵ Estos y otros aspectos relacionados con la responsabilidad penal de la persona sometida a técnicas de mejora se dejan fuera de este trabajo. Para algunos de ellos v. ARMAZA, Emilio José Armaza. **El tratamiento penal del delincuente peligroso**. Bilbao, España, 2011 Tesis doctoral inédita.

⁶ Sobre su desarrollo pormenorizado en medicina, véase FUCHS, Michael *et al.* Enhancement. Die ethische Diskussion über biomedizinische Verbesserungen des Menschen. **Deutsches Referenzzentrum für Ethik in der Biowissenschaften**. Bonn, Deutschland, 2002, pássim.

⁷ KNOEPFFLER, Nikolaus; ROBIENSKI, Jürgen; CASABONA, Carlos María Romeo. **Konfliktmanagement am Beispiel humaner Gentechnik und verbundener Techniken (IVF)**, *cit.*, p. 207.

⁸ De esta opinión KNOEPFFLER, Nikolaus; ROBIENSKI, Jürgen; CASABONA, Carlos María Romeo, **Konfliktmanagement am Beispiel humaner Gentechnik und verbundener Techniken (IVF)**, *cit.*, p. 207; también MERKEL, Reinhard. **Novedosas intervenciones en el cerebro. Mejora de la condición humana mental y límites en Derecho Penal**, *cit.*, pp. 43 y ss., si bien algunos de los ejemplos que utiliza para su examen jurídico-penal, por lo demás muy interesantes, bordean el riesgo que señalo en el texto.

Esta proximidad con la Medicina en cuanto a sus recursos y su alejamiento al mismo tiempo de ella respecto a sus propósitos plantea además la cuestión de cuál podría ser la función social de la Medicina en el futuro, si exclusivamente preventivo-clínica, como ha sucedido hasta el momento presente, o puesta al servicio de otros intereses de las personas, comporten o no una mejora realmente beneficiosa para ellas⁹.

Por lo que se refiere a su valoración social, por el momento no existen estados de opinión muy extendidos y definidos sobre las nuevas posibilidades presentes o futuras más innovadoras, sin perjuicio de que diversos especialistas han expresado su radical rechazo o, al contrario, su apoyo sin reservas. De ellas nos ocupamos más abajo. Es indudable que la eliminación de enfermedades propias de la especie humana no debería merecer reproche jurídico alguno, una vez garantizada la seguridad de las intervenciones necesarias en quienes pudiera aplicarse. De distinto espectro podría ser la reflexión sobre la propuesta de trasladar sin mayores reservas otros procedimientos dirigidos a superar características propias del ser humano limitantes de sus funciones superiores que radican en su propia naturaleza.

No cabe duda de que algunas de estas mejoras gozarán de amplia aceptación social, en la medida en que se confirmen sus beneficios y al mismo tiempo puedan prevenirse o controlarse los efectos secundarios no deseables hasta niveles mínimos asumibles. Estas diversas posiciones tienen en cuenta los aspectos que pueden afectar a las personas intervenidas de forma individual, como los relativos a la legitimidad de la autonomía individual en relación con el sometimiento a técnicas de mejora¹⁰, incluyendo su aspecto externo y desarrollo, su propia identidad personal, las consecuencias que pueden derivarse para el ser humano respecto a su vida social y a su pertenencia a la propia especie biológica. Sin embargo, no es posible renunciar a la consideración de otros aspectos de dimensión colectiva. Cuáles sean unos y otros razonamientos a favor o en contra serán objeto de presentación y análisis más adelante.

En este trabajo vamos a centrarnos en aquellos procedimientos y técnicas dirigidos al fortalecimiento o modificación de las características y capacidades mentales y psíquicas no patológicas de los individuos o de sus funciones intelectuales, siempre

⁹ Se plantea también este tipo de razonamientos, MERKEL, Reinhard, **Novedosas intervenciones en el cerebro. Mejora de la condición humana mental y límites en Derecho Penal**, *cit.*, p. 53 y s.

¹⁰ En este sentido, MERKEL, Reinhard, **Novedosas intervenciones en el cerebro. Mejora de la condición humana mental y límites en Derecho Penal**, *cit.*, p. 52.

que se consideren técnicamente alcanzables a corto o medio plazo. La mayor parte de estas modificaciones suelen requerir intervenciones de diversa naturaleza en el cerebro, es decir, suelen tener una naturaleza intervencionista o invasiva. Han de tenerse presente, además, las funciones capitales que desarrolla el cerebro, tanto en un estricto nivel biológico como en relación con nuestras facultades superiores: la intervención en él con propósitos y medios todavía no muy definidos no puede resultar indiferente.

1 La paradójica naturaleza de las técnicas de mejora aplicadas al ser humano

La posibilidad de reforzar y mejorar las capacidades del ser humano como un todo puede convertirse en un reto y también en un problema general para la Medicina, tanto en relación con sus potencialidades de carácter anatómico o fisiológico como, sobre todo, en relación con sus facultades superiores. Siguiendo a este respecto la metodología habitual en Derecho, y de modo más específico en Derecho Penal, es decir, valorar la conducta en discusión en atención a la posible afectación de un bien jurídico protegido que podría derivarse de dicha conducta, trataremos de dilucidar cómo podrían calificarse jurídico-penalmente tales afectaciones. Sin embargo, conviene adelantar que este proceder no garantiza en sí mismo que se vayan a obtener respuestas convincentes. Primero, porque no siempre es fácil, en términos generales predecir el grado de afección –incluso su propia existencia– al bien jurídico cuando nos referimos a mejoras o perfeccionamientos en sentido estricto; esta afectación debe establecerse en cualquier caso de forma objetiva¹¹, sin perjuicio de la relevancia de los aspectos subjetivos involucrados, es decir, la percepción que tenga el sujeto intervenido. Pero sobre todo, en segundo lugar, porque la duda inicial que se nos presenta es discernir cuál sería precisamente el bien jurídico realmente afectado, si éste goza de protección penal y si en sentido estricto podría admitirse que las técnicas y procedimientos de mejora suponen la lesión de un bien jurídico, al menos cuando aquellas dan por resultado la mejora objetiva e inequívoca de determinadas facultades de la persona intervenida. En efecto, como se verá más abajo, el bien jurídico de la integridad personal no parece ya

¹¹ REHMAN-SUTTER, Christoph. Authentisches Glück? Ethische Überlegungen zu Neuro-Enhancements, Mensch ohne Mass? Reichweite und Grenzen anthropologischer Argumente in der biomedizinischen Ethik. In: MAIO, Giovanni; CLAUSEN, Jens; MÜLLER, Oliver (Hrsg.). **Reihe □Angewandte Ethik**”. Freiburg - München, Deutschland: Verlag Karl Alber, 2008, p. 242.

en un examen preliminar que sea lesionado en estos casos, por lo que no parece que pueda obtenerse de él un rendimiento suficiente para las intervenciones de mejora más profundas y permanentes.

Para la valoración jurídica de la intervención de mejora en sí, podría tenerse en cuenta un conjunto de variantes, aparte de otras menos determinantes, dejando aparte ahora algunos requisitos indeclinables en principio, como el consentimiento del interesado. Las variantes de mayor relevancia que pueden concurrir son las siguientes:

1. La naturaleza invasiva o no invasiva de la intervención, circunscrita en este trabajo al cerebro. Por tanto, será objeto de valoración el grado de afectación que puede comportar la intervención practicada en el conjunto del cerebro o en algunas zonas del mismo, como exponente del riesgo que en cuanto tal puede implicar para el sujeto, con independencia de cuál sea el objetivo perseguido.
2. La intensidad que supone la modificación practicada para el sujeto intervenido, y si aquélla puede ser calificada como positiva, es decir, como favorecedora o fortalecedora de alguna función cerebral (en este caso) o cualquier otra del organismo.
3. La persistencia de la mejora en el tiempo, o lo que es lo mismo, si es temporal (p. ej., mientras se mantiene la intervención o el procedimiento) o permanente. En consecuencia, en la ponderación que corresponda realizar será relevante que con la interrupción de la medida desaparezca el efecto de la mejora perseguida, o que, al contrario, esto no ocurra o requiera una ulterior intervención para su desaparición.
4. El efecto reversible o irreversible de la intervención, pues es posible que no puedan eliminarse las modificaciones producidas ni tan siquiera mediante una intervención correctora de la misma.
5. La producción prevista o previsible de secuelas, entendiendo por éstas disfunciones, disminuciones o discapacidades como efecto acompañante inevitable de la mejora propuesta.

2. Valoración gradual de las diversas técnicas de mejora: su tratamiento jurídico-penal de *lege lata*

A continuación voy a ocuparme muy brevemente de algunos supuestos de diversa entidad, atendiendo gradualmente a su mayor o menor incidencia en las personas intervenidas según las variables expuestas más arriba. Como podrá comprobarse más abajo, en algunos casos podría ofrecerse un tratamiento jurídico adecuado, mientras que en otros quedan abiertos a debate diversos aspectos, en particular los relativos al bien jurídico implicado y a la incidencia real sobre el mismo de las técnicas de mejora o perfeccionamiento que podrían aplicarse.

2.1 Intervenciones con efectos temporales reversibles

No es un fenómeno completamente nuevo el hecho de mejorar, aunque sea de forma temporal, las capacidades superiores de las personas, como los procesos cognitivos del cerebro. Así, los estudiantes universitarios a menudo han consumido una gran cantidad de estimulantes –anfetaminas y otros– con el propósito de rendir más y lograr mejores resultados en sus estudios.

El tratamiento de niños con psicoestimulantes (como metilfenidato, principio activo de la Ritalina y del Rubifen) para la enfermedad del Trastorno por Déficit de Atención con Hiperactividad (TDAH; o ADHD, en sus siglas en inglés) ha sido muy exitoso en la mejora de sus síntomas patológicos. En la bibliografía especializada se ha descrito que los niños sanos también mejoran su rendimiento académico cuando toman este medicamento¹².

El consumo de psicofármacos es cada vez más común (principalmente ansiolíticos y antidepresivos) por pacientes que presentan alguna alteración causada, en no pocos casos, por las tensiones que genera la vida moderna: ansiedad, depresión, etc. Estas personas no sufren una enfermedad mental en sentido estricto, ni presentan síntomas de alteraciones graves en la personalidad de tal intensidad que les impida seguir adelante con su vida personal y social.

¹² PETRIE, William M. Psychopharmacology. In: REICH, Warren T., (Ed.). *Encyclopedia of Bioethics*. New York, United States: Simon & Schuster/Macmillan, 1995. v. 4.

Estas personas no suelen acudir a los profesionales especialistas, sino que en muchas ocasiones son los médicos generalistas u otros que ejercen una especialidad médica diferente (o incluso no-médicos, como psicólogos clínicos) quienes asumen su tratamiento y prescriben los productos psicofármacos.

Existen medicamentos (psicofármacos) que podrían ser utilizados como medio para reforzar algunas capacidades psíquicas o intelectuales de la persona atendida. Los efectos de estas prácticas desaparecen normalmente con la interrupción del consumo del producto, aunque pueden dejar secuelas en el caso de un uso prolongado e intenso, de lo que me ocuparé más abajo.

Estos ejemplos muestran cómo en relación con ciertos medicamentos puede sobrepasarse el umbral de la prescripción considerada como terapéutica, pasando entonces a producir una mejora de los procesos cognitivos. No obstante, pueden generarse diversos problemas jurídicos al margen de sus efectos perjudiciales para la salud, que describo sumariamente a continuación.

En primer lugar, se dificulta la ponderación de los riesgos y los beneficios a la que habría que proceder en una asistencia clínica normal, dada la concurrencia de otros factores, la probable falta de indicación en sentido estricto, al menos en los casos más benignos de ansiedad, depresión, etc., la seguridad del uso alternativo de estos fármacos y la calificación legal de algunas de estas sustancias como prohibidas.

El marco jurídico de cada país puede ofrecer respuestas diferentes al consumo de estas sustancias: prohibirla, entendiéndolo que supone un intrusismo profesional si no han sido prescritas por un médico; considerar que la prescripción de medicamentos no específicos quedaría legamente incluida dentro de la libertad genérica de tratamiento; o, posiblemente también, podría discutirse la licitud del uso alternativo de medicamentos con una finalidad diferente de aquella para la cual fue autorizada su comercialización. En este último caso pueden surgir algunos problemas relacionados con la seguridad del fármaco para la salud pública cuando se pretende tal uso.

En general, la respuesta jurídica a este posible uso alternativo de medicamentos no autorizado de forma específica consiste, una vez más, en el sometimiento obligatorio y previo a un proceso de ensayo clínico dirigido a su posible nuevo uso terapéutico, lo que comporta cumplir con los requisitos y limitaciones establecidos específicamente por

la legislación nacional para este tipo de investigación biomédica¹³. Esta estricta regulación implica un recorte de la libertad de tratamiento por medio de fármacos, inexistente en el pasado, pero pretende prevenir los riesgos del uso terapéutico de medicamentos para situaciones en las que todavía no se ha demostrado, mediante el oportuno ensayo, su eficacia y seguridad. Al no consistir en nuestro caso este uso alternativo en tratar una enfermedad para la que no se dispone de otros recursos más eficaces, sino en una mejora o fortalecimiento, estaría excluida la vía excepcional del uso compasivo del medicamento, reservado exclusivamente al fin curativo¹⁴.

De todas formas, el uso alternativo de medicamentos no está sancionado penalmente en el Derecho español, sino tan sólo lo están algunas conductas que de diverso modo puedan afectar a su cualidad terapéutica (arts. 361 y s.)¹⁵, pues se puede defender que en muchos de estos supuestos no se produce en realidad un atentado contra la integridad personal de la persona afectada como para que pueda calificarse el hecho como un delito de lesiones (art. 147 y ss. CP). La prescripción o el suministro de medicamentos sin justificación terapéutica, sólo constituyen delito cuando se hace en el contexto deportivo de competición (dopaje deportivo, art. 361 bis CP)¹⁶, pero no en otros casos¹⁷.

Dentro de este marco descrito deberíamos diferenciar los casos de consumo de sustancias adictivas sin ninguna indicación con el fin de producir una estimulación

¹³ V. el RD 223/2004, de 6 de febrero, por el que se regulan los ensayos clínicos con medicamentos y productos sanitarios.

¹⁴ V. sobre el uso compasivo lo dispuesto en el art. 28 del RD 223/2004, de 6 de febrero, ya cit. Este precepto encomienda al médico bajo su exclusiva responsabilidad su prescripción alternativa cuando considere indispensable su utilización, y en un informe clínico justificará la “necesidad de dicho tratamiento”, entre otros requisitos.

¹⁵ Sobre estos delitos, v. CASABONA, Carlos María Romeo. **Los delitos contra la salud pública, ¿ofrecen una protección adecuada de los consumidores? Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos in memoriam**. Cuenca, España: Eds. Universidad de Castilla – La Mancha, Eds. de la Universidad de Salamanca, 2001, p. 623 y ss.

¹⁶ Según el art. 361 bis.1 CP: “Los que, *sin justificación terapéutica*, prescriban, proporcionen, dispensen, suministren, administren, ofrezcan o faciliten a deportistas federados no competitivos, deportistas no federados que practiquen el deporte por recreo, o deportistas que participen en competiciones organizadas en España por entidades deportivas, sustancias o grupos farmacológicos prohibidos, así como métodos no reglamentarios, *destinados a aumentar sus capacidades físicas* o a modificar los resultados de las competiciones, que por su contenido, reiteración de la ingesta u otras circunstancias concurrentes, pongan en peligro la vida o la salud de los mismos, serán castigados con las penas de prisión de seis meses a dos años, multa de seis a dieciocho meses e inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión u oficio, de dos a cinco años”. El subrayado ha sido añadido.

¹⁷ V. con detalle sobre estos delitos y la delimitación de su tipo respectivo, CALDERÓN, Silvia Mendoza. **La responsabilidad penal por medicamentos defectuosos**. Valencia, España: Editorial Tirant lo Blanch, 2011, p. 351 y ss., p. 543 y ss. y p. 591 y ss.; MUÑOZ CONDE, Francisco. **Derecho Penal, Parte Especial**. 18. ed. Valencia, España: Editorial Tirant lo Blanch, 2010, p. 664 y ss.

placentera, por lo general en momentos de ocio (consumo de drogas tóxicas, sustancias psicotrópicas o estupefacientes), y los casos en los que se busca una cualidad perfecta o la intensificación o fortalecimiento de ciertas capacidades o facultades, cuestión que se debatirá a continuación. En el primer supuesto, el abuso prolongado de estos fármacos puede provocar graves alteraciones patológicas orgánicas y mentales que requieren tratamiento médico, no sólo con el fin de erradicar el hábito o drogadicción, sino también de proporcionar un tratamiento psiquiátrico adecuado¹⁸. De todos modos, con independencia de posibles secuelas, que merecerían una valoración jurídicamente independiente, el libre consumo de estas sustancias está generalmente prohibido (por supuesto, además del tráfico no autorizado), siendo tenido incluso por delito en algunos países, por lo que salvo indicación terapéutica estricta – que no es la hipótesis de la que partimos aquí - le estará penalmente vedada al facultativo la prescripción¹⁹.

Los anteriores ejemplos y otros similares han puesto de manifiesto el por lo general alcance limitado de estos fármacos hasta el momento presente, porque sus efectos suelen cesar con la interrupción del tratamiento. En consecuencia, no siempre son preocupantes estos productos, a salvo de las reservas indicadas, respecto de las cuales podrían activarse procedimientos de prevención y control.

En conclusión, cuando la mejora de las capacidades no es permanente ni irreversible, la indicación médica y los criterios de *lex artis* deberían ser suficientes para decidir si puede ser considerado como un verdadero tratamiento válido o, por el contrario, únicamente se pretende actuar conforme a los exclusivos deseos del supuesto “paciente”. Si, además, no se producen secuelas relevantes e irreparables, es decir, efectos que puedan subsumirse en los delitos de lesiones corporales, la reconducción de la conducta de mejora practicada al ámbito penal carece de fundamento dogmático (pues no existe fundamento para su sanción penal) y político-criminal (no debería castigarse en una futura reforma del CP).

¹⁸ VALLADOLID, Gabriel Rubio; CARRASCO, Joaquín Santo-Domingo. **Trastornos psiquiátricos en poblaciones con abuso de drogas. Diagnóstico, modificación del curso y tratamiento**. En: BUENO, Santiago Delgado; JIMÉNEZ, José Manuel Torrecilla (Eds.). **Medicina legal en drogodependencias**. Madrid, España: Elsevier Science, 2002.

¹⁹ Cfr. arts. 368 y 369 circ. 1ª del CP (tipo agravado por la condición de facultativo de quien realice alguna de las conductas tipificadas en el art. 368).

2.2 Efectos menores, permanentes e irreversibles

El uso prolongado de psicofármacos puede producir efectos secundarios de diversa naturaleza e intensidad: la aparición a largo plazo de adicción y tolerancia a los mismos, la intoxicación grave o la lesión permanente de ciertos órganos o tejidos y otros trastornos psíquicos y endocrinológicos, si bien esto último sea menos frecuente y por lo general sólo a largo plazo.

Lo realmente preocupante no es tanto la novedad misma de estos recursos, que pueden ser utilizados en primer término para el tratamiento de patologías y otros trastornos, sino los efectos que pueden producir más allá de los terapéuticos cuando son utilizados con otros fines, y pueden manifestarse de forma muy diversa.

En primer lugar, su novedad consiste actualmente en que las transformaciones corporales o mentales del individuo intervenido pueden ser duraderas e incluso irreversibles²⁰. Por consiguiente, en sentido estricto, pueden ser calificados como perfectivos respecto a algunos caracteres o potencialidades corporales o mentales, y probablemente también eugenésicos –en el sentido más neutro de este término- cuando estén directamente vinculados a la reproducción humana²¹. Debemos tener en cuenta que existen ya algunos ejemplos que no son simplemente anecdóticos. Así, bien que fuera del campo neurológico, es el caso de la hormona del crecimiento, obtenida ilegalmente por muchachos norteamericanos prepúberes (en torno a los doce años de edad), con el propósito de lograr un crecimiento de su talla superior a la media que les correspondería por su edad y desarrollo biológico correlativo, lo que les haría más dotados y competitivos para la práctica –incluso profesional- de algunos deportes.

Determinar si en estos casos el médico ha incurrido en responsabilidad por un delito de lesiones doloso o por imprudencia es una cuestión que habrá que resolver y

²⁰ La literatura especializada cita también procedimientos en experimentación de carácter no invasivo (p. ej., estimulación magnética transcraneal o estimulación transcraneal de corriente directa) que podrían contribuir a mejorar defectos cognitivos, pero que también podrían utilizarse con propósitos de automejora por parte de personas sanas. V. HAMILTON, Roy; MESSING, Samuel; CHATTERJEE, Anjan. Rethinking the thinking cap: ethics of neural enhancement using non invasive brain stimulation. *Neurology*. February 24, 2011. Disponible en: www.neurology.org.

²¹ CASABONA, Carlos María Romeo. Health and eugenics practices: looking towards the future. *European Journal of Health Law*, v. 5, n. 3, pp. 241-260, 1998. BUCHANAN, Allen; BROCK, Dan W.; DANIELS, Norman; WIKLER, Daniel. **From chance to choice: genetics and justice**. Cambridge, United Kingdom: Cambridge University Press, 2001. SELGELID, Michael J. Ethics and eugenic enhancement. *Poiesis & Praxis*, v. 1, n. 4, p. 239-261, 2003.

decidir, sin que en ocasiones sea fácil ofrecer una respuesta clara, pues una vez más habrá que comprobar si se produjo la lesión del bien jurídico (la integridad personal).

2.3 Alteraciones profundas irreversibles: el *enhancement* en su sentido actual

La hipótesis que interesa es la aplicación de técnicas o procedimientos que puedan dar lugar a cambios profundos, permanentes e irreversibles en las personas intervenidas (o de la futura descendencia)²², y que incluso pudieran afectar a su personalidad o a su identidad individual. Estos efectos del *enhancement* son los que más se están discutiendo en la actualidad y son también los que más incógnitas abren al Derecho y en particular al Derecho Penal.

Por el momento no se especula como hipótesis de trabajo a corto plazo con la posibilidad de cambios perfectivos profundos de los individuos. Estos podrían hacerse mediante la introducción de células troncales y de microchips, estimulación magnética o eléctrica, etc., aunque se dispone en la actualidad de abundantes experiencias con resultados que permiten acogerlos con moderado optimismo.

2.4 Modificaciones ajenas a la especie humana

Otra cuestión objeto de reflexión, probablemente pensando más en sus potencialidades futuras que en las actuales, se refiere a la aplicación de mejoras que, a diferencia de los anteriores supuestos, no son propias de la especie humana, sino ajenas a la misma. Por tanto, se trataría de dotar a seres humanos de capacidades de las que carecen por su propia naturaleza.

En estos casos, la ponderación entre riesgos y ventajas de la intervención ha de plantearse en términos diferentes a los que son habituales para los tratamientos, pues en éstos el beneficio es claro: eliminar, reducir o paliar los efectos de una enfermedad en curso, que es el elemento de comparación en relación con los riesgos que aquél puede comportar para el paciente. Mientras que en la mejora no se hace frente a las limitaciones que comporta padecer una enfermedad determinada, sino a las limitaciones naturales de un individuo en particular o las que son propias de la especie humana, por

²² V. en este sentido, p. ej., REHMAN-SUTTER, Christoph. **Authentisches Glück? Ethische Überlegungen zu Neuro-Enhancements**, *cit.*, p. 242.

lo que la justificación de la asunción de un grave riesgo es más controvertida. Distinciones entre lo natural y lo artificial suelen ser traídas a discusión, muchas veces estéril, dado que el ser humano ha sido capaz desde hace centurias de ir más allá de lo que le identifica –y le limita- como especie, como sería el conjunto de técnicas de que se ha valido para preservar o recuperar su salud, es decir, la Medicina. Pero, como he señalado, la mejora reclama unos planteamientos y un hilo discursivo completamente diferentes.

2.5 Alguna hipótesis de uso meramente instrumental del *enhancement*

En ocasiones se ha aventurado la posibilidad de que las técnicas de mejora no se utilicen precisamente con este propósito perfectivo, con independencia ahora de la discusión que pueda suscitar la intervención en sí misma, en los términos que hemos expuesto en este trabajo, sino con otras finalidades instrumentales. Así, se ha informado de experiencias conforme a las cuales ha sido posible manipular determinadas zonas del cerebro (esto es, las células allí localizadas) responsables de la memoria, con el efecto de eliminar de la misma eventos pasados del individuo que han sido especialmente graves y dolorosos para él, o que recuerden cualquier vivencia pasada no deseada.

Dejando por sentado que se hubiera logrado excluir la producción de secuelas importantes, no sólo físicas sino, sobre todo, de carácter cognitivo, podría aceptarse la licitud de futuribles intervenciones de este tipo (eliminación precisa de la memoria de ciertos recuerdos), sustentadas en todo caso en la indicación médica oportuna, si con ello se contribuyera a una mejora significativa del estado psíquico del sujeto, hipotéticamente alterado a niveles patológicos por la pervivencia del evento en su recuerdo. Es decir, no habría inconveniente en reconducir esta acción como de naturaleza curativa, asumiendo que podrían llegar a concurrir los requisitos propios de ésta.

Algún penalista se ha planteado, por el momento también como mera hipótesis, que se pudiera recurrir a esta técnica con propósitos puramente instrumentales. Así, apunta el caso de la persona que solicita que se le “borre” de la memoria un hecho criminal que presenció con el fin de evitar aportar su testimonio durante el proceso judicial correspondiente, previniendo de este modo cualquier represalia proveniente del

procesado, así como al mismo tiempo incurrir en un delito de falso testimonio en causa penal²³, puesto que su declaración sería conforme a la verdad que como testigo realmente conoce cuando depone su testimonio²⁴. La cuestión que aquí se ofrece como objeto del debate es cómo habría que calificar este hecho, en cuanto constituiría una forma de elusión del deber de declarar la verdad que incumbe a los testigos aunque en el caso concreto el testigo no hiciera otra cosa que deponer la verdad que él conoce como tal en ese momento²⁵.

Estaríamos aquí, sin duda, al menos desde un punto de vista material, ante un claro supuesto de *actio libera in causa*²⁶. En efecto, el sujeto se puso voluntariamente (bien que a través de tercero, esto es, el neurólogo que realizó la intervención de “borrado”) en esa situación de discordancia entre lo que él realmente sabía antes de la intervención y lo que de hecho testificó en el proceso, aunque en este momento no existiera discrepancia narrativa. Por consiguiente, la acción realizada fue libre en un momento anterior, y ésta se proyectaría frente a la alegación de una posible eximente de responsabilidad penal que pudiera oponer el sujeto en cuestión (que él declaró lo que sabía en el momento en el que compareció como testigo), bien que sometida la respuesta a la forma concreta en que tal figura haya sido formulada en el derecho positivo que sea aplicable.

Otra cuestión abierta al futuro se refiere a en qué medida las técnicas de mejora aplicables en neurociencias, es decir, con efectos en el cerebro, podrían afectar a la capacidad de culpabilidad (imputabilidad) del sujeto intervenido²⁷. Es indudable que, aunque sea prematuro tomar posiciones muy definidas en estas hipótesis, lo decisivo es

²³ V. art. 458.2 CP en relación con el ap. 1º del mismo art. ([“el testigo que faltare a la verdad en su testimonio”] “en causa criminal por delito, las penas serán de prisión de uno a tres años y multa de seis a doce meses”).

²⁴ Ejemplo propuesto por MERKEL, Reinhard. **Novedosas intervenciones en el cerebro. Mejora de la condición humana mental y límites en Derecho Penal**, *cit.*, p. 47. Aunque me parece una reflexión prematura, dado lo lejano que nos encontramos de que estas técnicas puedan realizarse de forma fiable y segura, pues puede debilitar la fuerza de la reflexión jurídica, lo asumo como mera hipótesis de discusión.

²⁵ Asumo aquí una posición subjetiva sobre el delito de falso testimonio, al considerar que el término “falso” o “falsedad” tiene un sentido subjetivo, como disconformidad entre la declaración del testigo o perito y su leal saber y entender, y no con la realidad objetiva (teoría objetiva). Sigo aquí a MIR, José Cerezo. **Curso de Derecho Penal Español, Parte General. II. Teoría jurídica del delito** 6. ed. Madrid, España: Editorial Tecnos, 1998, p. 123.

²⁶ Sin embargo, rechaza que sea aplicable la solución, MERKEL, Reinhard. **Novedosas intervenciones en el cerebro. Mejora de la condición humana mental y límites en Derecho Penal**, *cit.*, p. 68 y s., pues al entender que el testimonio es un acto personal que se tramita ante el juzgado que corresponda, no cabe referirlo a un momento anterior, lo que excluye la posibilidad de aplicar una *actio libera in causa*.

²⁷ KNOEPFFLER, Nikolaus; ROBIENSKI, Jürgen; CASABONA, Carlos María Romeo. **Konfliktmanagement am Beispiel humaner Gentechnik und verbundener Techniken (IVF)**, *cit.*, p. 219.

cómo haya quedado afectada realmente dicha capacidad: si se ha mejorado sustancialmente la capacidad del sujeto de comprender el carácter ilícito de su conducta o de obrar conforme a dicho conocimiento, posibilidad poco verosímil, o, al contrario, se ha producido una disminución relevante de la misma o su eliminación. A salvo de supuestos reconducibles a la hipótesis analizada con anterioridad, lo importante es poder determinar el grado de imputabilidad del sujeto, cualquiera que sea el origen que ha dado lugar a la misma.

3. De nuevo, la función del derecho ante la técnica y la tecnología

3.1 Los aspectos relevantes de las técnicas de mejora para su análisis jurídico

Tomando como punto de partida las premisas anteriores, la función del Derecho en relación con estas prácticas perfectivas se vuelve más controvertida, compleja y difícil de establecer. Por lo pronto, existe un conjunto normativo que se ha desarrollado en torno a intervenciones invasivas en el cuerpo humano, al que no pueden ser ajenas las prácticas de mejora o perfectivas que tengan este carácter intervencionista.

En cualquier caso, la valoración jurídica debería centrarse en aquellas prácticas de mejora con efectos profundos, irreversibles y permanentes que comporten intervenciones en el cuerpo humano tanto desde su interior como su exterior. Desde una perspectiva discursiva la cuestión puede plantearse en dos vertientes. La primera de ellas, desde un punto de vista colectivo o social, se refiere, una vez más, a cuál debería ser la función de la Medicina del futuro, en particular cuáles habrían de ser las prestaciones de una medicina pública propia del estado social, pero también hasta dónde sería admisible extender el marco de acción permitido de la Medicina privada. No habría que olvidar tampoco los principios de equidad y de igualdad de oportunidades para tener acceso a la mejora de las capacidades propias o de la descendencia. Por consiguiente, debemos preguntarnos si el Derecho debe garantizar los principios de igualdad y equidad en el acceso y distribución de nuevos recursos y técnicas²⁸ cuyo uso no está totalmente vinculado a la protección genérica de la salud, y si aquel sería el instrumento adecuado para resolver las tensiones que pueden surgir entre el

²⁸ V. más abajo, y DANIELS, Norman. Health-care needs and distributive justice. In: HARRIS, John (Ed.), **Bioethics**. Oxford, United Kingdom: Oxford University Press, 2001; PARFIT, Derek, Equality or priority?, en el mismo lugar.

intervencionismo público, por un lado, y el respeto de la vida privada y el libre desarrollo de la personalidad, por otro.

Una segunda perspectiva insoslayable como punto de partida es la de la pertenencia a una especie bien diferenciada biológica y evolutivamente. ¿Constituye un deber del ser humano mantener inmutables las características esenciales que lo identifican como tal y lo separan de otras especies? La respuesta no puede ser del todo afirmativa, pues la contradice el fenómeno mismo de la evolución, mediante la cual todas las especies, incluida la humana, se han ido modificando, reteniendo en su genoma caracteres beneficiosos, en particular los relativos a sus capacidades superiores: psíquicas e intelectuales. Pero no es menos cierto también que la evolución se ha producido en el transcurso de miles de años, lo que ha permitido corregir al mismo tiempo mutaciones biológicas perjudiciales para la especie con menores riesgos, al menos en comparación con los intentos "evolutivos" dentro de una misma generación de seres humanos, como así se califica en ocasiones la mejora en algunos casos, en particular si van a transmitirse a la descendencia. Desde este punto de vista las técnicas de mejora o perfeccionamiento que pueden transmitirse a la descendencia implican un riesgo biológico para la especie y podría estar justificado que la sociedad opusiera limitaciones a este tipo de intervenciones. Estas posibilidades y sus riesgos giran en torno a la posibilidad de utilizar la ingeniería genética y otras técnicas reproductivas, y no muy lejos de estas preocupaciones el CP español considera delito las manipulaciones de genes humanos con finalidad distinta a la eliminación o disminución de taras o enfermedades graves, lo que supone cerrar las puertas a la eugenesia y a la mejora –las cuales tienen una zona común de solapamiento- por estos procedimientos biotecnológicos²⁹.

La otra fuente de incertidumbre se vincula a las propias personas sometidas a prácticas de mejora tomadas de forma individual.

En ocasiones el profesional de la salud requerido por una persona a someterla a modificaciones perfectivas irreversibles o permanentes y profundas podrá negarse en virtud de las prescripciones que se deduzcan de la *lex artis*, teniendo como último foco el no incurrir en una malpraxis sancionable como delito imprudente. Sin embargo, con independencia de estos casos más evidentes, esta solución no puede satisfacer

²⁹ V. art. 159.1 CP. Sobre este delito v. CASABONA, Carlos María Romeo. **Los delitos contra la vida y la integridad personal y los relativos a la manipulación genética**. Granada, España: Editorial Comares, 2004, p. 285 y ss.

plenamente, pues es fácil imaginar, sobre todo en el ámbito más libre de la medicina privada, que habría reacciones diferentes de los profesionales, esto es, favorables y contrarias; una cuestión de tanto calado quedaría en manos de las posiciones individuales. Y como ocurre en otros supuestos de la Medicina estándar, el consentimiento del interesado, previa la información pertinente, podría salvar la legitimidad del *riesgo* que podría comportar una intervención de estas características.

También fallaría desde el punto de vista de la protección penal la concreción de un posible bien jurídico penalmente protegido, pues la integridad personal, tal y como es entendida en la actualidad en relación con los delitos de lesiones, no aporta respaldos suficientes: nos encontramos ante un objeto de protección -el bien jurídico- y ante un marco jurídico diferentes, nuevos para el Derecho Penal. Por este motivo interesan aquí más las perspectivas de *lege ferenda*.

Finalmente, apuntamos por el momento, pues volveré más abajo sobre ello, que surge también la cuestión de la disponibilidad por uno mismo –sin perjuicio de que para ello se requiera la intervención de terceros, que serían en principio meros partícipes- de la integridad personal, disponibilidad que en derecho comparado suele admitirse de forma limitada. Por tanto, se trataría de la amplitud de reconocimiento que merecería la autonomía individual respecto a este bien jurídico y qué intereses podrían legitimar a los poderes públicos (el legislador) a establecer restricciones a la misma.

3.2 La compleja cuestión del respeto del libre desarrollo de la personalidad como posible fundamento constitucional de las técnicas de mejora

Algunos ordenamientos jurídicos, como el español y el alemán, atentos a garantizar el libre desarrollo de la personalidad individual, sitúan éste en uno de los niveles máximos de reconocimiento y protección. La Ley Fundamental de la República Federal Alemana³⁰ lo concibe como un derecho fundamental; y la Constitución Española³¹ como un valor o principio constitucional.

³⁰ De conformidad con el art. 2 (1) de la Ley Fundamental de la República Federal Alemana (*Grundgesetz*): “Toda persona tiene el derecho al libre desarrollo de su personalidad siempre que no viole los derechos de otra ni atente contra el orden constitucional o la moralidad”.

³¹ Art. 10.1 de la Constitución Española: “La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social”.

Este libre desarrollo de la personalidad constitucionalmente reconocido en los términos en que ha venido siendo aceptado por la doctrina, se nos presenta hoy tal vez demasiado limitado para contemplar una situación absolutamente opuesta que emerge en la actualidad: ¿puede afirmarse que quienes solicitan un nuevo tratamiento que puede reforzar determinadas características intelectuales o psicológicas específicas, están ejerciendo su *derecho* fundamental –por lo menos conforme a la legislación alemana– al libre desarrollo de la personalidad u otro derecho, también fundamental –en el caso de la CE –, que habría que identificar? ¿Qué límites se pueden establecer para estas posibilidades futuras de mejora, perfección o modificación sin restringir el ejercicio del mencionado derecho - o principio - más allá de su contenido esencial? En este caso, la determinación de unos límites generales parece más fácil y, así, la Constitución alemana ya lo establece de forma explícita, sin perjuicio de que la dificultad estriba en fijar el alcance concreto de estos límites: tales medidas no dañarán los derechos de terceros, ni violarán el orden constitucional o la moralidad.

Si bien he señalado el amplio margen que puede dejar abierto a las técnicas de mejora el principio – o en su caso, derecho fundamental - del libre desarrollo personal, se tiene por legítimo que el Derecho intervenga en ocasiones por encima de la autonomía individual y de las relaciones privadas, limitando intervenciones consentidas que pueden disminuir de forma relevante la integridad corporal o psíquica de la persona o poner en grave peligro su vida, como ocurre con la donación de órganos y tejidos extraídos en vida del cuerpo del donante y con la participación en ensayos clínicos y otras investigaciones biomédicas, por ejemplo, en relación con los enfermos mentales³². Sin embargo esta perspectiva quedaría desenfocada si se traslada a las consecuencias lesivas de la aplicación de técnicas o productos de mejora, en todo caso a la vista de las técnicas hoy posibles, pues por su misma definición lo que pretenden es lo contrario, esto es, fortalecer determinadas características orgánicas o mentales³³.

Una incertidumbre especialmente significativa relacionada con el libre desarrollo de la personalidad gira en torno a una modificación radical y permanente de

³² V., p. ej., restricciones en la Ley 30/1979, de 27 de octubre, sobre extracción y trasplante de órganos, Ley 14/2007, de 3 de julio, de investigación biomédica, Ley 29/2006, de 26 de julio, de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios. Asimismo, arts. 155 y 156 CP, sobre la relevancia –atenuante o eximente– del consentimiento del interesado en relación con los delitos de lesiones corporales.

³³ En el sentido del texto, KNOEPFFLER, Nikolaus; ROBIENSKI, Jürgen; CASABONA, Carlos María Romeo. **Konfliktmanagement am Beispiel humaner Gentechnik und verbundener Techniken (IVF)**, *cit.*, p. 211, entienden que los límites específicos que marca la Ley Fundamental alemana citados más arriba en el texto, no se verían afectados por las técnicas de mejora actuales.

la identidad de la persona intervenida³⁴. En primer lugar habría que preguntarse si este resultado puede considerarse realmente como una consecuencia del ejercicio del libre desarrollo de la personalidad. A mí me parece cuando menos dudoso. A este respecto se ha señalado con buen criterio que no es posible dar el consentimiento a una intervención que rompe la continuidad de una persona, porque no se puede saber qué es lo que querría ser esa persona una vez concluida aquélla; la prohibición de una intervención que modifica la identidad no constituye en realidad una limitación de la autonomía de la persona, sino, al contrario, la protección justificada de dicha autonomía; además, se producirían perjuicios en las relaciones reconocimiento del individuo que son fundamentales para la vida social³⁵.

3.3 La identificación de un bien jurídico material como presupuesto del recurso a instrumentos punitivos

Sin perjuicio de lo indicado más arriba sobre la dificultad de establecer la función del Derecho en este sector, resulta todavía más compleja fijarla en relación con el Derecho Penal, si aceptamos, como así entiendo, que su función esencial continúa siendo la protección de bienes jurídicos fundamentales del individuo y de la sociedad frente a los ataques más graves a los mismos³⁶, pues lo discutible puede serlo ya de entrada determinar cuál sea el bien jurídico implicado, al menos en los casos más extremos, y decidir si las técnicas y procedimientos que se irán desarrollando podrán ser calificados como verdaderas agresiones, más aún si no se detectan secuelas perjudiciales apreciables y permanentes.

Únicamente nos moveríamos en el ámbito de los delitos de lesiones corporales, dolosas o imprudentes, si se hubiera producido una efectiva disminución en la

³⁴ No olvidemos que en el pasado ha habido intervenciones muy agresivas que han tenido este efecto, probablemente en contextos muy diferentes. Me refiero a las técnicas de psicocirugía y de castración quirúrgica o química (si bien en este último caso se trata de efectos por lo general reversibles, una vez interrumpido el tratamiento). En algunos países se han retomado estos procedimientos o se hallan inmersos en su debate, con técnicas algo más depuradas, con el fin de combatir la peligrosidad criminal de algunos delincuentes especialmente agresivos y compulsivos. En términos generales no me parecen aceptables estos procedimientos, por razones en las que no puedo entrar en este trabajo.

³⁵ REHMAN-SUTTER, Christoph. **Authentisches Glück? Ethische Überlegungen zu Neuro-Enhancements**, *cit.*, p. 253.

³⁶ V. en este sentido, MIR, José Cerezo. **Curso de Derecho Penal Español, I**. 5. ed. Madrid, España: Editorial Tecnos, 1996, p. 13.

integridad o en la salud física o mental del individuo sometido a la mejora³⁷, partiendo de una interpretación teleológico-restrictiva del alcance del tipo penal en atención del bien jurídico protegido. Lo dudoso sería aceptar que la afectación al bien jurídico se ha producido cuando se ha conseguido una indiscutible mejora o fortalecimiento de las características físicas, psíquicas o intelectuales de un individuo.

Probablemente también sería discutible considerar que se ha vulnerado el bien jurídico en cuestión – la integridad personal- como consecuencia de intervenciones que comportasen el desarrollo de capacidades ajenas a nuestra especie (probablemente sin afectar al cerebro ni a sus funciones), sin perjuicio de la valoración que merezcan posibles alteraciones de la personalidad como consecuencia de la disposición de tales facultades extraordinarias.

Finalmente, respecto a la modificación profunda y permanente de la identidad de una persona habría que discernir si el bien jurídico protegido abarca también la protección de la identidad personal como parte, por ejemplo, de la salud psíquica y que pueda entenderse que ésta siempre se verá afectada cuando aquélla se haya modificado de forma profunda e irreversible. De *lege lata* no sería tan evidente la punibilidad del hecho, al menos en todo caso. No obstante, habría que considerar su incriminación de *lege ferenda*, con base en los argumentos que he expuesto en otro lugar de este estudio.

En conclusión, si en el futuro los poderes públicos, en cuanto receptores de las sensibilidades sociales, quisieran adoptar alguna decisión político-criminal en relación con estas acciones, en concreto sobre las dos últimas, habría que “construir” un bien jurídico capaz de absorber su injusto material específico respectivo. Pero, ¿cuál podría ser éste? Probablemente en esta tarea de construcción habría que utilizar como elementos definidores la integridad de la identidad personal – individual -, y como características de la acción punible – típica - la afectación profunda y permanente de la misma, teniendo como efecto una modificación grave de la personalidad, al margen de propósitos del tratamiento o prevención de patologías o malformaciones graves.

³⁷ Sobre el alcance de este bien jurídico protegido v. CASABONA, Carlos María Romeo. **Los delitos contra la vida y la integridad personal y los relativos a la manipulación genética**, *cit.*, p. 204 y ss.

4. La necesidad de un debate social amplio, previo al jurídico

En unas actividades como las de mejora o perfeccionamiento, sobre las que no existen todavía tendencias muy marcadas, a salvo del uso de técnicas muy limitadas y más conocidas en la actualidad, se impone un amplio debate social, en el que será decisivo el conocimiento más preciso de las técnicas más poderosas y más intervencionistas. En los epígrafes que siguen me limito a exponer de forma muy concisa el estado de la discusión actual, podríamos apuntar todavía “iniciática”, sin perjuicio de que algunos argumentos han sido mencionados con anterioridad; y a continuación apunto algunas consideraciones más personales, también breves, sobre la idea de la Medicina del futuro y sobre la valoración de los conceptos de lo patológico, lo terapéutico, lo normal y lo perfectivo.

4.1 Algunos argumentos del debate “experto”: pros y contras

Los estudiosos que se han ocupado de esta cuestión, por lo general desde el discurso ético, se sitúan en dos corrientes muy diferentes³⁸, y si bien se suelen ocupar en sus razonamientos a favor o en contra de forma genérica sobre las diversas posibilidades de mejora, en la actualidad sobre todo de las genéticas, sus propuestas son trasladables al debate específico sobre la mejora de los procesos cognitivos y emocionales. Ahora haremos un mero recorrido nominativo de los argumentos que suelen esgrimirse en una u otra dirección.

La primera de estas posiciones rechaza de plano el recurso a procedimientos de fortalecimiento o mejora de las características que corresponden al ser humano en cada etapa de su vida o que han desarrollado de forma espontánea (posiciones anti-melioristas o bioconservadoras). El arsenal argumentativo que maneja esta corriente,

³⁸ V. sobre ellas más ampliamente, GUTIÉRREZ, Javier Júdez. Mejora. En: CASABONA, Carlos María Romeo, (Dir.). **Enciclopedia de Bioderecho y Bioética**. Bilbao-Granada, España: Ed. Cátedra Interuniversitaria de Derecho y Genoma Humano, Universidad de Deusto y Universidad del País Vasco y Editorial Comares, 2011, t. II, pp. 1122 y ss. Una completa referencia sobre los diversos argumentos que se manejan pueden consultarse en RANISCH, Robert; SAVULESCU, Julian. **“Ethik und Enhancement”, Der neue Mensch? Enhancement und Genetik, Reihe “Angewandte Ethik”**, Verlag Karl Alber, Freiburg – München, Deutschland, 2009: a favor (p. 29 y ss.) y en contra (críticamente, p. 41 y ss.)

por lo demás no uniforme, descansa en consideraciones sobre la conservación de los rasgos específicos naturales de nuestra especie, cuya identidad podría ponerse en peligro en el medio o largo plazo; en que comportan la lesión de la dignidad humana y los derechos humanos; intuiciones sobre lo dañoso de estas técnicas (el llamado “Yuck-Factor”); discriminación (en particular por las características genéticas); la utopía del hijo “perfecto” y la pérdida del secreto de la vida; la mejora es contradictoria en sí misma; revela un exceso de confianza en la tecnología; entre otros argumentos.

La otra perspectiva, abiertamente opuesta a la anterior, defiende la legitimidad de que el ser humano se beneficie de todo aquello que pueda contribuir a mejorar sus capacidades físicas o superiores, considerando que la evolución debe ser asumida como una tarea a la que debe contribuir el propio ser humano con el fin de conseguir superar nuestras limitaciones biológicas actuales (corrientes transhumanistas: H+). Esta corriente de pensamiento también establece matices y diferencias. Así, hay quienes señalan que la mejora es – moralmente - lícita si es voluntaria, pero no debe imponerse como obligatoria (lo que parece evidente para el ser humano de nuestros días)³⁹; el rechazo a las oportunidades de mejorar es equivocado; hay que procurar a los hijos medidas para completar su desarrollo; en realidad no hay diferencias significativas con el tratamiento de las enfermedades; el Estado liberal debe garantizar la disponibilidad de estas técnicas cuando resulten realmente aplicables. Finalmente, se sustenta, desde una posición confesadamente provocativa y susceptible de profunda discusión y crítica, que aplicar las posibilidades de mejora constituye no sólo un hecho lícito, sino también un deber moral, que en concreto tenemos contraído para con las generaciones futuras, con el fin de asegurar su bienestar⁴⁰.

4.2 La función social de la medicina del futuro: de lo patológico a lo normal; de lo normal a lo perfectivo

Las posibilidades que abren las técnicas de mejora han dado lugar a cambios en algunas concepciones de los países desarrollados, puesto que estamos siendo testigos de una evolución de las percepciones de la población respecto a la idea de salud y de

³⁹ AGAR, Nicholas. **Liberal Eugenics**. Oxford, United Kingdom: Blackwell Publishing, 2003, pássim.

⁴⁰ RANISCH, Robert; SAVULESCU, Julian. **Ethik und Enhancement**, *cit.*, p. 49.

tratamiento y a la función que debe corresponder a la medicina en el futuro inmediato⁴¹. En efecto, si bien es cierto que no podemos renunciar a la posibilidad que ofrece la medicina para prevenir o curar enfermedades, en algunas de sus especialidades la medicina se está convirtiendo también en un objeto de consumo para la sociedad del bienestar. Y en este sentido, se espera que algunos recursos de los que dispone la medicina nos proporcionen placer o satisfacción, más allá de su función de servicio social básico.

Es indudable que la mejora nos acerca de nuevo al debate sobre lo normal y lo patológico. Sin embargo, en este caso los elementos de confrontación son muy diferentes, pues se trasladan a lo “normal” frente a la “perfección” del tratamiento terapéutico, o más exactamente, a la mejora o al fortalecimiento. Distinguir entre normalidad y patología o, en nuestro caso, entre normalidad y perfección, es una tarea a la que no se puede renunciar, pero al mismo tiempo, constituye un objetivo que puede ser inalcanzable⁴², pues ¿dónde termina uno y dónde empieza el otro? ¿Qué criterios de demarcación podrán o deberán utilizarse?

También en esta supuesta alternativa el debate se presenta complejo y esquiva las respuestas, pues necesitamos referentes para alimentar cada uno de estos dos nuevos extremos: ¿cómo decidir, de nuevo, cuáles son los estándares de lo normal y cuáles nos llevan a la mejora y no tan sólo a la mera diferencia? Es cierto que si nos deslizásemos a lo largo de esa línea hipotética que nos llevaría desde lo gravemente patológico, en un extremo, a lo radicalmente artificial, por no ser propio de la especie humana, por ejemplo, en el otro, sería fácil establecer las diferencias; pero ya no lo sería tanto si nos moviéramos por zonas menos extremas de esa línea imaginaria. Por otro lado, la adopción de criterios de uno u otro signo nos traslada a reflexiones profundas de tipo antropológico, como ¿qué es lo esencial de la naturaleza humana, que la caracteriza y la identifica, y debería quedar por tal motivo exento de cualquier alteración que le prive de esa esencialidad? O como cuestión previa, ¿debemos aceptar límites a la modificación

⁴¹ Reflexiones de este tipo se plantea asimismo MERKEL, Reinhard. **Novedosas intervenciones en el cerebro. Mejora de la condición humana mental y límites en Derecho Penal**, *cit.*, p. 253 y s.

⁴² CANGUILHEM, Georges. **Le normal et le pathologique**. Paris, France: PUF, 1972, pássim. Más recientemente, con reflexiones semejantes, LANZERATH, Dirk. Krankheitsbegriff, Anthropotechnik und die Grenzen ärztlichen Handelns. In: MAIO, Giovanni; CLAUSEN, Jens; MÜLLER, Oliver (Hrsg.). **Mensch ohne Mass? Reichweite und Grenzen anthropologischer Argumente in der biomedizinischen Ethik**. Freiburg - München, Deutschland: Reihe “Angewandte Ethik”, Verlag Karl Alber, 2008, p. 154 y ss.

de nuestros caracteres de especie y por qué habría que hacerlo, o, al contrario, es lícito cambiar, incluso genéticamente, todo lo que contribuya a la mejora como especie, aunque comporte su modificación profunda (posthumanismo)? Este tipo de reflexiones vuelven a traer la cuestión de la modificación profunda e irreversible de la identidad de la persona, referida más arriba.

5 Algunas reflexiones conclusivas. La permisividad de los procedimientos relacionados con la mejora de las capacidades del ser humano, como objeto de un debate social necesario

A lo largo de este trabajo he ido planteando numerosas preguntas y no pocas dudas. Me temo que no he podido contestar a muchas de ellas, y no sólo por las limitaciones de espacio a las que estoy sometido en esta contribución. Tal vez sea mejor así, abrir espacios de reflexión y ser prudente en las respuestas, virtud más exigible a los juristas que tal vez en otros ámbitos, pues el debate jurídico en materias nuevas comporta casi siempre ir asentando las posibles e hipotéticas soluciones normativas, que podrá hacer suyas o no el legislador. En efecto, muchas de las respuestas serían prematuras, pues nos falta todavía conocimiento. A pesar de todo, apuntemos algunas últimas consideraciones.

Cualquier decisión que puedan adoptar los poderes públicos en relación con las biotecnologías debe serlo, más que en ninguna otra circunstancia, con todo tipo de cautelas, pues no suele ser fácil establecer las medidas adecuadas en cada momento, sin excederse por introducir restricciones o prohibiciones no suficientemente justificadas, o dejando espacios de desregulación necesitados de un marco legal, en su caso también punitivo, cuando proceda.

Las intervenciones y procedimientos que no están sólo dirigidos al tratamiento y prevención de las enfermedades relacionadas con el cerebro, sino a la mejora o potenciación profunda, permanente o irreversible de ciertas capacidades psíquicas o intelectuales deberían someterse a un amplio debate social sobre su pertinencia, en particular en relación con todas las decisiones oportunas relacionadas con su licitud. Entre tanto, los profesionales del sector deberían asumir planteamientos de autorregulación, comprometiéndose a no realizar estas prácticas mientras no estén bien contrastados sus efectos a medio plazo y no únicamente sus secuelas.

En este debate será fundamental valorar la función social que desempeñará la medicina del futuro próximo, si exclusivamente preventivo-curativa o también de mejora en su sentido más amplio. Corresponde a la sociedad rediseñar la concepción de la medicina para fundamentar las decisiones de carácter asistencial en los próximos años, más allá de la que ha dominado durante todo el siglo XX: la práctica de una medicina orientada principalmente hacia el tratamiento y la prevención de enfermedades. Sólo recaerá entonces en el Derecho la tarea redefinir el marco de protección y apoyo para esa nueva y consolidada concepción.

En este contexto habrá que analizar asimismo cómo pueden verse afectados los principios de justicia, igualdad y equidad, entre otros, respecto al acceso real de la población a las técnicas de mejora, pues de producir efectos significativos en las personas beneficiadas por ellas, pueden ser origen de nuevos focos de diferencias sociales, si se viera afectado seriamente el principio de igualdad de oportunidades.

El Derecho debe ser un instrumento que garantice el señorío de la voluntad social, debiendo ser compatible, en principio, con el respeto de las opciones individuales, en particular si éstas descansan en la titularidad de derechos fundamentales; su intervención sólo se justifica una vez que la sociedad se haya pronunciado sobre la pertinencia o no del uso, incluso restrictivo, de estas novedades. Sin embargo, los derechos fundamentales y libertades públicas reconocidos en las constituciones políticas de los estados, así como en otros instrumentos internacionales que proclaman o desarrollan los derechos humanos y otros principios de semejante envergadura, como el respeto de la dignidad de la persona y la prohibición de tratos inhumanos, crueles o degradantes, deben constituir una barrera que limite el uso de ciertas técnicas o procedimientos perfectivos del ser humano, incluso aunque mediara el consentimiento del afectado, a la vista de que tales derechos son irrenunciables. Como suele ocurrir en este tipo de debates, una cuestión fundamental es discernir cuándo se puede entender realmente afectada la dignidad humana, pues las posiciones en ocasiones no son ya meramente divergentes sino hasta frontalmente contrapuestas. La concepción kantiana de la dignidad (que el ser humano no debe ser utilizado meramente

como un instrumento, etc.)⁴³ puede –debería– mantener su fuerza discursiva en este nuevo contexto del *enhancement*.

Por otro lado, sin perjuicio de las consideraciones propuestas más arriba, es incierto el alcance que en este contexto pueda otorgarse al libre desarrollo de la personalidad y al derecho fundamental a la integridad física y moral, por lo que es un asunto que debe permanecer abierto al debate social.

Finalmente, la llamada al Derecho Penal en relación con este tipo de intervenciones en el cuerpo humano, en particular en el cerebro, no parece que esté justificada a corto plazo, por la todavía insuficiente determinación del bien jurídico que estaría llamado a proteger aquél, pues en el momento actual no parece tan evidente la afectación del principio de ofensividad o de lesividad, mientras que, al contrario, se mantiene la pertinencia en estos momentos de los de *ultima ratio* y subsidiariedad. En función de la dimensión misma del bien jurídico identificable, el consentimiento del interesado podría desempeñar o no un papel legitimador. Por el momento es suficiente la respuesta penal que se puede aportar de *lege lata* en relación con intervenciones de mejora, perfeccionamiento o fortalecimiento que produzcan un daño en el sentido del tipo del delito de lesiones corporales (o de homicidio).

⁴³ V. mi posición en esta línea en CASABONA, Carlos María Romeo. **El Derecho y la Bioética ante los límites de la vida humana**. Madrid, España: Editorial CERA, 1994, p. 44 y ss. y p. 67 y ss.

REFERÊNCIAS

AGAR, Nicholas. **Liberal Eugenics**. Oxford, United Kingdom: Blackwell Publishing, 2003.

ARMAZA, Emilio José Armaza. **El tratamiento penal del delincuente imputable peligroso**. Granada, España: Ed. Comares, 2013.

BAYLIS, Françoise; ROBERT, Jason Scott. The inevitability of genetic enhancement technologies. **Bioethics**, v. 18, n. 1, 2004.

CANGUILHEM, Georges. **Le normal et le pathologique**. Paris, France: PUF, 1972.

CASABONA, Carlos María Romeo. **El Derecho y la Bioética ante los límites de la vida humana**. Madrid, España: Editorial CERA, 1994.

CASABONA, Carlos María Romeo. Health and eugenics practices: looking towards the future. **European Journal of Health Law**, v.5, n.3, 1998.

CASABONA, Carlos María Romeo. Legal perspectives in novel psychiatric treatment and related research. **Poiesis & Praxis**, Springer Verlag, n.2, 2004.

CASABONA, Carlos María Romeo. **Los delitos contra la salud pública, ¿ofrecen una protección adecuada de los consumidores? Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos in memoriam**. Cuenca, España: Eds. Universidad de Castilla - La Mancha, Eds. de la Universidad de Salamanca, 2001.

CASABONA, Carlos María Romeo. **Los delitos contra la vida y la integridad personal y los relativos a la manipulación genética**. Granada, España: Editorial Comares, 2004.

CONDE, Francisco M. **Derecho Penal, Parte Especial**. 18. ed. Valencia, España: Editorial Tirant lo Blanch, 2010.

DANIELS, Norman. Health-care needs and distributive justice. En: HARRIS, John, (Ed.). **Bioethics**. Oxford, United Kingdom: Oxford University Press, 2001.

FUCHS, Michael *et al.* **Enhancement. Die ethische Diskussion über biomedizinische Verbesserungen des Menschen, Deutsches Referenzzentrum für Ethik in der Biowissenschaften**. Bonn, Deutschland, 2002.

GERT, Bernard; CULVER, Charles. Therapy and enhancement. In: MITCHAM, Carl, (Ed.). **Encyclopedia of Science, Technology and Ethics**. Michigan, United States:, Thomson Gale, Farmington Hills, v. 4, 2005.

HAMILTON, Roy; MESSING, Samuel; CHATTERJEE, Anjan. Rethinking the thinking cap: ethics of neural enhancement using non invasive brain stimulation. **Neurology**, February 24, 2011. Disponible in: <www.neurology.org>.

GUTIÉRREZ, Javier J. Mejora. En: CASABONA, Carlos María Romeo (Dir.). **Enciclopedia de Bioderecho y Bioética**. Bilbao-Granada, España: Ed. Cátedra Interuniversitaria de Derecho y Genoma Humano, Universidad de Deusto y Universidad del País Vasco y Editorial Comares, 2011.

KNOEPFFLER, Nikolaus; ROBIENSKI, Jürgen; CASABONA, Carlos María Romeo, **Konfliktmanagement am Beispiel humaner Gentechnik und verbundener Techniken (IVF)** Jena, Deutschland: Friedrich-Schiller-Universität Jena, 2011.

CALDERÓN, Silvia Mendoz. **La responsabilidad penal por medicamentos defectuosos**. Valencia, España: Editorial Tirant lo Blanch, 2011.

MERKEL, Reinhard. Novedosas intervenciones en el cerebro. Mejora de la condición humana mental y límites en Derecho Penal. **Revista de Derecho Penal**, n. 1, 2011.

MIR, José Cerezo. **Curso de Derecho Penal Español, I**. 5. ed. Madrid, España: Editorial Tecnos, 1996.

MIR, José Cerezo. **Curso de Derecho Penal Español, Parte General. II. Teoría jurídica del delito**. 6. ed. Madrid, España: Editorial Tecnos, 1998.

PETRIE, William M. Psychopharmacology. In: REICH, Warren T. (Ed.). **Encyclopedia of Bioethics**. New York, United States: Simon & Schuster/Macmillan, v. 4, 1995.

REHMAN-SUTTER, Christoph. Authentisches Glück? Ethische Überlegungen zu Neuro-Enhancements, Mensch ohne Mass? Reichweite und Grenzen anthropologischer Argumente in der biomedizinischen Ethik. In: MAIO, Giovanni; CLAUSEN, Jens; MÜLLER, Oliver, (Hrsg.). **Reihe Angewandte Ethik**. Freiburg – München, Deutschland: Verlag Karl Alber, 2008.

VALLADOLID, Gabriel Rubio; CARRASCO, Joaquín Santo-Domingo. Trastornos psiquiátricos en poblaciones con abuso de drogas. Diagnóstico, modificación del curso y tratamiento. En: BUENO, Santiago Delgado; JIMÉNEZ, José Manuel Torrecila (Eds.). **Medicina legal en drogodependencias**. Madrid, España: Elsevier Science, 2002.



Direito à saúde e o fornecimento de medicamentos

Right to health and supply of medicines

Ana Carolina Brochado Teixeira*
Iara Antunes de Souza**

Resumo

Busca-se traçar a conexão entre corpo, autonomia e saúde, a fim de determinar que o Direito à Saúde é um conceito atinente à autonomia privada, isto é, cada um tem o condão de determinar sua concepção de saúde. Logo, dito o conceito não é imposto objetivamente, mas criado subjetivamente. Dentro deste espaço de liberdade, surge o Direito à Saúde como Direito Fundamental a ser garantido e promovido pelo Estado, como consectário da Dignidade da Pessoa Humana. Contudo, diante da efetivação do Direito, há embate entre a reserva do possível, de cunho econômico/financeiro, e a concepção de saúde autonomamente determinado, com suas necessidades casuísticas. Assim, busca-se adequar uma à outra, de modo que o Direito à Saúde seja, de fato, implementado e exercido.

Palavras Chave: Direito à Saúde. Direito Fundamental. Fornecimento de Medicamentos.

Abstract

Search Up to trace the connection between body, autonomy and health to determine that the right to health is a concept regards the private autonomy, that is, each has the power to determine its health conception. Therefore, said the concept is not duty objectively, but subjectively created. Within this space of freedom comes the right to health as a fundamental right to be secured and promoted by the state as purpose of Dignity of the Human Person. However, before the execution of the law, there is clash between the reserve as possible imprint economic/financial, and health conception autonomously determined your needs patient populations. Therefore, we seek to adapt to one another, so that the right to health is, in fact, implemented and exercised.

Keywords: Right to Health. Fundamental Right. Supply of medicines.

* Doutora pela UERJ e Mestre pela PUC Minas. Pesquisadora do Centro de Estudos em Biodireito – CEBID. Professora do Centro Universitário UNA. Advogada. Contato: anacarolina.br@uol.com.br

** Doutoranda e Mestre em Direito Privado pela PUC Minas – Bolsista CAPES/PROSUP Especialista em Direito Processual e Direito Civil. Pesquisadora do Centro de Estudos em Biodireito – CEBID. Professora Assistente I do Departamento de Direito da Universidade Federal de Ouro Preto Advogada do NAJOP/UFOP. Membro do Comitê de Ética em Pesquisa da UFOP. Contato: iara.ufop@gmail.com

Introdução

Propõe-se analisar os aspectos jurídicos que envolvem, de um lado, o Direito à Saúde e, de outro, o fornecimento de medicamentos pelo Estado.

Afinal, qual é o conceito de saúde e de Direito à saúde? O Estado tem o dever de fazer prevalecer a escolha da concepção de saúde de seus cidadãos? E a questão da reserva do possível?

Essas são, sucintamente, as questões que se pretende investigar e responder.

Para tanto, inicialmente, fixa-se o conceito de Direito à Saúde, em contraponto à saúde psicofísica, dentro de uma concepção de autonomia quanto ao corpo e à saúde. Após, trata-se da saúde como Direito Fundamental e como escolha pessoal, trazendo, assim, as argumentações que corroboram o dever do Estado em satisfazer o conceito de saúde de cada um, sem se afastar da discussão acerca da reserva do possível.

1 Corpo, autonomia e saúde

Corpo e saúde estão intrinsecamente vinculados, embora saúde traduza um aspecto maior do que a integridade física. Não obstante saúde seja definida como tutela da integridade psíquica, física e social pela Organização Mundial de Saúde, é relevante esclarecer que os conceitos de saúde e integridade psicofísica não são exatamente coincidentes. Saúde adquire um conceito dinâmico e integridade psicofísica – principalmente a física – é imóvel, estática. Integridade física identifica-se com existência corpórea e vital do homem, além de constituir “o pressuposto indireto, mas indefectível da relevância jurídica de todos os interesses (patrimoniais e não patrimoniais) dos quais podem ser portadores os indivíduos.” (D’ARRIGO, 1999, p. 105). Integridade vem do latim *in-tangere* que significa não tocado, reforçando o conceito estático¹ que, a princípio, não acompanha uma construção pessoal, bem como

¹ Tanto é verdadeira esta concepção estática de integridade física, que muitos doutrinadores propõem uma nova interpretação da integridade física, subsistindo, inclusive, uma confusão conceitual com o conceito de saúde. Senão vejamos: “*Il concetto di ‘integrità fisica’ coincide con la sfera biológica e vitale dell’essere umano. Le vicende che incidono di fatto nella sfera vitale hanno effetti direttamente condizionanti non soltanto sull’interesse dell’individuo alla propria salute ma anche su numerosi altri differenti profili della personalità dello stesso. Per tali ragioni, l’integrità fisica non deve essere intesa come un concetto statico (nel senso che l’opzione preferibile è quella che tenda solamente alla sua conservazione) bensì come un fenomeno dinamico che non soltanto deve essere preservato dagli eventi lesivi o peggiorativi ma anche ‘gestito’ per promuovere e per assecondare la realizzazione di tutti gli*

o consentimento que pode existir em atos de disposição do próprio corpo, que podem violar a integridade física de alguém, embora sejam direcionados à preservação da saúde. Por isso, o conceito de saúde pode variar de acordo com cada pessoa, suas experiências de vida, sua cultura, o local onde habita, entre outros fatores que podem influenciá-lo.

A integridade psicofísica é essencial para se pensar a saúde, embora seja, aqui, conveniente fragmentar este conceito. A higidez psíquica é fundamental para que se tenha a vontade válida, que o consentimento para os atos que expressam a liberdade de escolha possa produzir efeitos no mundo jurídico. Se esta estiver presente, todos os atos incidentes sobre a integridade física são válidos, desde que atendam a uma opção livre e consciente do sujeito, como expressão da sua autonomia corporal. Quando isso ocorre, mesmo que haja abalo à integridade física, a saúde está sendo preservada, tutelada, promovida, pois atende a um apelo de liberdade consciente daquele indivíduo detentor de discernimento que fez determinadas opções em sua vida que, segundo seu projeto pessoal, atende à realização da sua personalidade. Afirma Stefano Rodotà que *“L'integrità non è una nozione esterna. È il modo stesso in cui riusciamo a pensarci, a definire il rapporto con il nostro sé. Se viene messa in discussione, inevitabilmente determina un impoverimento del concetto di vita”* (RODOTA, 2006, p. 96)².

Qualquer lesão à integridade física que ocorra sem a permissão do sujeito detentor de intangibilidade psíquica não visa preservar sua saúde, pois esta ofensa atingirá seu equilíbrio psicofísico, bem como sua autonomia corporal. Esse tipo de ato jurídico deve ser interpretado inválido sob a perspectiva do Direito Civil, vez que fere diretamente a liberdade, a saúde e a integridade psicofísica. Mesmo porque não se pode ignorar que existem hipóteses em que a pessoa se realiza por meio da lesão à própria integridade física, direcionada à melhora do estado de saúde ou mesmo à adequação da

altri valori condizionati dallo stesso”. (D'ARRIGO, 1999, p. 109). Tradução livre: O conceito de integridade física coincide com a esfera biológica e vital do ser humano. As situações que incidem na esfera vital têm efeitos diretamente condicionantes não apenas no interesse do indivíduo na própria saúde, mas também sobre numerosos outros diferentes perfis da personalidade do mesmo. Por tais razões, a integridade física não deve ser entendida como um conceito estático (no sentido que a opção preferível é aquela que tenda apenas à sua conservação), mas também como um fenômeno dinâmico que não apenas deve ser preservado dos eventos lesivos ou prejudiciais, mas dirigido a promover e auxiliar a realização de todos os outros valores condicionados por ele.

² Tradução livre: A integridade não é uma noção externa. É o modo próprio no qual conseguimos pensar em nós, e definir a relação com nós mesmos. Se for colocada em discussão, inevitavelmente determina um empobrecimento do conceito de vida.

construção individual do que, para ela, seja saúde. Desta forma, nem sempre a lesão à integridade causa uma ofensa à saúde. Exemplo claro de tal afirmação é o transexual que, para sua realização, pode ser necessário que ele proceda à cirurgia de redesignação sexual, sendo esta um ato mutilador à integridade física, que tem como escopo a adequação do sexo morfológico ao psíquico o que, nesta situação, concretiza sua dignidade (SOUZA, 2010).

Pensar no corpo é garantir a autonomia do seu titular, para assegurar sua saúde. Só por meio do controle do corpo, da autodeterminação corporal é que será possível a efetiva tutela da saúde. Trata-se de uma ideia distinta, para além da integridade física³. Afinal, saúde e integridade psicofísica constituem direitos autônomos, embora integridade psicofísica esteja submetida ao direito à saúde⁴.

Sendo, portanto, a saúde entendida como domínio sobre o corpo, que pode ser exercido na medida da sanidade mental da pessoa, estaria nela englobados os direitos à vida e à integridade física, como aspectos que lhes são referentes. Integridade é um paradigma que é fixo, constante; na tutela da saúde, moldada pela autonomia, existe gradação da integridade física – a pessoa decide em qual medida esta se concretizará – além de ter ou não vida, que nunca pode ser tomada como um dever, mas gozada como um direito (RIBEIRO, 2006). Devem ser consideradas a capacidade/competência e a possibilidade de autodeterminação dos indivíduos em relação à própria esfera corpórea, à própria vida e morte. É o pleno poder de governar o próprio corpo e a própria saúde⁵.

³ “*En suma, pensar el cuerpo, e impedir que alguien pueda ‘poner la mano’ sobre él, exige una idea distinta de su integridad, ya no encerrada en los confines de su antiguo físico, y a cuya protección están destinadas las garantías constitucionales. Otro cuerpo está ante nosotros – descomponible, diseminable, manipulable, falsificable – y este nuevo cuerpo es el que hace posible nuevas formas de control, y, por tanto, exige nuevas y más fuertes garantías. De nuevo el cuerpo, y la libertad personal que en él se encarna se presentan al teatro del mundo como el punto de partida de la acción libre.*” (RODOTÀ, 2008, p. 305)

⁴ Esta opinião, contudo, não é unânime: “*Innanzitutto, è chiaro che interesse primario di ciascun uomo è quello di conservare nel tempo la propria funzionalità biologica, di recuperarla qualora la stessa sia parzialmente scemata, di migliorarla ove possibile. Tali ambizioni – in quanto giuridicamente rilevanti alla stregua dell’ordinamento positivo – sono comunemente designate come ‘diritto alla vita’ e ‘diritto alla salute’ e afferiscono, in quanto ottativi, alla sfera spirituale.*” (D’ARRIGO, 1999, p. 106). Tradução livre: Antes de tudo, é claro que o interesse primário de cada homem é aquele de conservar no tempo a própria funcionalidade biológica, de recuperá-la a qualquer hora se for parcialmente reduzida, de melhorá-la quando possível. Tais ambições – enquanto juridicamente relevantes pelo ordenamento positivo – são comumente designadas como “direito à vida” e “direito à saúde” e afirmam, enquanto optativas, à esfera espiritual.

⁵ Importante frisar que, ao atrelarmos saúde com o governo do corpo, não estamos ignorando a relevância de outros aspectos da saúde, como seu viés público. Contudo, para este trabalho que vincula saúde e liberdade, este é o conceito que melhor se adéqua às perspectivas propostas.

A tutela da autonomia corporal encontra guarida na proteção à saúde. O corpo, hoje, também assume uma multiplicidade de feições, porquanto é território de inovações biotecnológicas, em termos de reprodução medicamente assistida, transplantes, implantação de chips⁶, *piercings* etc.⁷. Assim, ele vem sendo decomposto, recomposto, sendo estudado sob vários ângulos, com limites redefinidos, suas funções físicas e sociais têm ganhado novos espaços e, como afirma Rodotà (2008, p. 291), o corpo tem-se transformado em uma espécie de *“password abstracto, objecto de vigilância continua, en un caleidoscopio de imágenes que nos deslumbra, pero que al final hay que reconducir a una unidad.”*. O corpo está sendo analisado de maneira fragmentada, pelas suas partes, de modo a se pensar em novas regras para seu uso. Será que as normas que temos para o uso do corpo como um todo servem, também, para as partes destacadas, tais como células reprodutivas, cabelo, órgãos, DNA etc.?

O início desta reflexão ocorreu em 1993 perante o Tribunal de Cassação da Alemanha, que enfrentou o problema da destruição do sêmen masculino de um ser humano, que se encontrava em banco de material genético. O Tribunal apenas considerou possível a concessão de uma indenização se se concebesse a destruição do sêmen como lesão ao corpo. Os julgadores entenderam também que a separação material do esperma do corpo não era algo decisivo, pois os gametas eram destinados a tornar possível a função reprodutiva, de modo a ensejar a concepção do corpo como

⁶ No informe de 2005 do Grupo Europeu de Ética da Ciência e de Novas Tecnologias da Comissão Europeia sobre implantes eletrônicos no corpo humano, consta que o uso de chips apenas será possível de forma limitada e apenas para finalidade de proteção à saúde do interessado. Em outubro de 2004, foi liberada a utilização de *chips* nos Estados Unidos da América para uso médico pela FDA, agência que regula a utilização de medicamentos e alimentos. “A empresa Applied Digital Solutions (ADS) foi autorizada a utilizar o VeriChip para armazenar informações médicas sobre o portador do dispositivo. O médico que precisar tratar alguém que tenha implantado sob a pele o dispositivo eletrônico do tamanho de um grão de arroz precisará apenas passar um leitor sobre o chip e terá acesso a todo o histórico médico da pessoa. [...] No caso de uma emergência, o chip pode salvar vidas, já que acaba com a necessidade de testes de grupo sanguíneo, alergias ou doenças crônicas, além de fornecer o histórico de medicamentos do paciente.” O problema são as outras utilidades que o chip apresenta, tal como controlar, localizar e identificar pessoas. (Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/folha/bbc/ult272u36147.shtml>. Acesso em: 16 out. 2008).

⁷ “Il corpo umano su cui profondamente incidono le complesse tecniche della biologia molecolare e della ingegneria genetica sta subendo una metamorfosi così profonda da mettere in crisi le vecchie tipologie di inquadramento tradizionale. È stato detto efficacemente che il corpo umano è ormai la pagina su cui più profondamente è incisa la parabola di una modernità che muovendo dalla tecnologia come strumento per plasmare il mondo, approda alla tecnologia per l’automutazione”. (SALARIS, 2007, p. 33) Tradução livre: O corpo humano, sobre o qual incidem profundamente as complexas técnicas da biologia molecular e da engenharia genética está sofrendo uma metamorfose tão profunda a colocar a em crise as velhas tipologias de enquadramento tradicional. Foi dito, de forma eficaz, que o corpo humano é a página na qual mais profundamente recai a parábola de uma modernidade que move a tecnologia como instrumento para modelar o mundo, utiliza a tecnologia para a automutação.

unidade funcional, constituído por elementos localizados em diversos lugares (RODOTÀ, 2008)⁸. Temos, hoje, os biobancos, que recebem depósito de sangue, tecidos, células ou gametas, para funções reprodutivas, terapêuticas ou de controle⁹.

Por isso, o consentimento inaugura a passagem da concepção objetivada do corpo para uma outra, subjetivada, pois, no contexto democrático, pressupõe o respeito do direito de cada um governar livremente seu próprio corpo, o que inclui tanto a perspectiva da disposição quanto a da privacidade¹⁰. Nesse sentido, só se pode permitir intervenção sobre o corpo que emane da própria vontade do seu titular; nem terceiros nem o Estado poderão intervir no corpo sem o consentimento do indivíduo, sob pena de ser este um ato ilegítimo no ordenamento jurídico¹¹.

O importante para o presente estudo é a demarcação da saúde como autogoverno do corpo, o que perpassa o consentimento e a autonomia. No entanto, para satisfazer essa ideia, num país de enormes dificuldades financeiras como o nosso, é necessário se pensar no papel do Estado para contribuir para a realização do indivíduo. Para tanto, a trajetória deve ser pensar, refletir sobre o direito à saúde como direito social.

⁸ Trata-se de um homem que tinha câncer na bexiga e decidiu submeter-se a uma intervenção cirúrgica, o que poderia acarretar a infertilidade, razão pela qual optou por depositar o próprio esperma em uma clínica especializada. Dois anos depois, em razão de problemas de espaço, a clínica pede aos depositantes para informá-la em quatro semanas se desejam a continuidade da conservação do seu esperma. A pessoa respondeu em cinco dias, mas a carta não foi inserida no seu dossiê e, findo o prazo, o seu esperma foi destruído.

⁹ Neste sentido, recomenda-se a leitura de Maria de Fátima Freire de Sá e Diogo Luna Moureira, Editorial sobre Biobancos na Newsletter n. 5 do CEBID (2011), disponível em: http://www.cebid.com.br/newsletter/informativo5_out11.pdf.

¹⁰ Sob este último enfoque, Stefano Rodotà trata a privacidade como controle sobre as próprias informações, de modo que se pode afirmar neste caso que privacidade é autonomia informativa sobre o próprio corpo. (RODOTÀ, 2008).

¹¹ No âmbito do direito de família, era comum existir a discussão acerca de o débito conjugal ser ou não um dever do casamento, uma vez que este era vertido especialmente para a procriação, inexistindo autonomia de cada cônjuge no que se refere ao “dever de relações sexuais”, sendo esta, inclusive, causa ensejadora da anulação de casamento, conforme jurisprudência: “Ação de anulação de casamento. Procedência. Mulher que tem aversão ao ato sexual. Negando-se, terminantemente, ao 'debitum conjugale'. Descumprimento do dever de vida em comum (coabitação). Existência de causa inibitória para o congresso sexual, por motivos de ordem psicológica diagnosticados na requerida. Prova pericial demonstradora da anomalia. Estando provada a reiterada recusa da mulher ao ato sexual com seu marido anula-se o casamento, porque, em tais condições, este não chegou a consumir-se. O dever de vida em comum dos esposos no domicílio conjugal, previsto no art. 231 do Código Civil, exige comunhão total, notadamente de natureza íntima, e, uma vez inviabilizada essa comunhão, por falta de cumprimento do 'debitum conjugale', fica caracterizada a nulidade do casamento realizado. Reexame necessário improvido. Segredo de justiça. Decisão unânime. Negaram provimento.” (TJPR, 2ª C. Criminal, Acórdão 11033, Rel. Des. Nasser de Mello, publ. 10/4/1995). Atualmente, no âmbito da família democrática e da tutela da pessoa humana, essa discussão foi esvaziada, pois a família é centro de afetividade e só faz sentido a sua existência enquanto for veículo de realização da personalidade de seus membros.

2 Saúde como direito fundamental social: dever do Estado de satisfazer a concepção de saúde de cada pessoa

A Constituição tratou o direito à saúde como um direito fundamental social¹². Os direitos sociais foram concebidos como meios para a redução e/ou supressão de desigualdades, segundo o comando da isonomia, o que é possível por meio da participação ativa do Estado para suprir as vulnerabilidades e hipossuficiências daquele que necessita. Qualificá-lo como direito fundamental significa que faz parte de um conjunto de direitos da pessoa humana, previstos em determinada ordem constitucional, que visam assegurar os bens essenciais para a realização da pessoa.

A saúde é tradicionalmente tratada como direito subjetivo público, pois atribui um direito exigível a uma pessoa contra o Estado. O direito subjetivo público confere ao seu titular uma pretensão e impõe um dever jurídico à pessoa que deve cumpri-la, cujo critério distintivo entre direito subjetivo privado e público reside na natureza da norma, se de caráter público ou privado (PEREIRA, 2004). A qualificação pura e simples como direito subjetivo lhe daria plena eficácia e aplicabilidade imediata, o que implica ser exigível judicialmente, se não for prestado espontaneamente (SILVA, 1997). Todavia, a concepção mais moderna, atualizada pela Constituição, entende que este caráter prestacional está mais bem resguardado na qualificação da saúde como direito social, não obstante haja graves obstáculos para sua plena efetividade. Mesmo porque, “a simples existência de normas constitucionais que consagram direitos sociais de cidadania não garante a sua conseqüente implementação concreta no mundo dos fatos, pois direitos não são auto-realizáveis e demandam mobilização política e social para serem concretizados em níveis democraticamente satisfatórios” (BELLO, 2008, p. 200).

Sarmento (2008) afirma que os direitos sociais, como a saúde, não se configuram em direitos subjetivos garantidos a qualquer custo, em razão das limitações advindas da escassez de recursos e das suas diferentes possibilidades de realização, além de ter o legislador primazia para adotar decisões competentes sobre o que deve ser

¹² “Desde 1946, con la creación de la Organización Mundial de la Salud (OMS), la comunidad internacional ha reconocido el derecho a la salud como el estado de completo bienestar físico, mental y social. Muito já se discutiu sob esta última vertente, de direito social, principalmente considerando os problemas estruturais e políticos do Brasil, resvalando o debate em reflexões acerca da efetividade deste direito.” (MEDRANO, 2000, p. 45).

priorizado e como cada direito deve ser concretizado. Entende o referido autor serem os direitos sociais direitos subjetivos garantidos *prima facie*, por possuírem:

[...] natureza principiológica, sujeitando-se a um processo de ponderação no caso concreto, anterior ao seu reconhecimento definitivo. Nessa ponderação, comparece, de um lado, o direito social em jogo, e, de outro, princípios como os da democracia e da separação de poderes, além de eventuais direitos de terceiros que seriam afetados pela garantia do direito contraposto. [...] Esta solução é profundamente comprometida com a efetivação dos direitos sociais, mas leva em consideração todas as dificuldades fáticas envolvidas neste processo, bem como a existência de uma ampla margem de liberdade para os poderes políticos neste campo decorrente não só da sua legitimidade democrática, como também da sua maior capacidade funcional (SARMENTO, 2008, p. 567-568).

No início da vigência constitucional, os direitos sociais tinham sua prestação restrita e os juízes aplicavam apenas as normas editadas pelo legislador. “As prestações sociais, ainda que positivadas no texto constitucional, só seriam judicialmente exigíveis quando o legislador assim o determinasse, definindo legalmente os parâmetros segundo os quais o Estado as proveria.” (SOUZA NETO, 2008, p. 515). Essa realidade foi-se transformando ao longo da década de 1990, de modo que o Estado passou a suprir diretamente algumas necessidades pelas decisões do Poder Judiciário que determinavam entrega de medicamentos para pacientes soropositivos¹³.

¹³ “SAÚDE – PROMOÇÃO – MEDICAMENTOS. O preceito do artigo 196 da Constituição Federal assegura aos necessitados o fornecimento, pelo Estado, dos medicamentos indispensáveis ao restabelecimento da saúde, especialmente quando em jogo doença contagiosa como é a Síndrome da Imunodeficiência Adquirida.” (STF, AI-AgR 238328 / RS, 2ª. T. Rel. Min. Marco Aurélio, J. 16/11/1999). “PACIENTE COM HIV/AIDS – PESSOA DESTITUÍDA DE RECURSOS FINANCEIROS – DIREITO À VIDA E À SAÚDE – FORNECIMENTO GRATUITO DE MEDICAMENTOS – DEVER CONSTITUCIONAL DO PODER PÚBLICO (CF, ARTS. 5º, CAPUT, E 196) – PRECEDENTES (STF) – RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO. O DIREITO À SAÚDE REPRESENTA CONSEQÜÊNCIA CONSTITUCIONAL INDISSOCIÁVEL DO DIREITO À VIDA. – O direito público subjetivo à saúde representa prerrogativa jurídica indisponível assegurada à generalidade das pessoas pela própria Constituição da República (art. 196). Traduz bem jurídico constitucionalmente tutelado, por cuja integridade deve velar, de maneira responsável, o Poder Público, a quem incumbe formular – e implementar – políticas sociais e econômicas idôneas que visem a garantir, aos cidadãos, inclusive àqueles portadores do vírus HIV, o acesso universal e igualitário à assistência farmacêutica e médico-hospitalar. – O direito à saúde – além de qualificar-se como direito fundamental que assiste a todas as pessoas – representa consequência constitucional indissociável do direito à vida. O Poder Público, qualquer que seja a esfera institucional de sua atuação no plano da organização federativa brasileira, não pode mostrar-se indiferente ao problema da saúde da população, sob pena de incidir, ainda que por censurável omissão, em grave comportamento inconstitucional. A INTERPRETAÇÃO DA NORMA PROGRAMÁTICA NÃO PODE TRANSFORMÁ-LA EM PROMESSA CONSTITUCIONAL INCONSEQÜENTE. – O caráter programático da regra inscrita no art. 196 da Carta Política – que tem por destinatários todos os entes políticos que compõem, no plano institucional, a organização federativa do Estado brasileiro – não pode converter-se em promessa constitucional inconsequente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado. DISTRIBUIÇÃO GRATUITA

Sua natureza jurídica de direito social atribuída pela Constituição faz sobressair seu aspecto de imposição de deveres ao Estado, que têm sido efetivados pelo Poder Judiciário¹⁴. De acordo com Pulido (2008), a marca diferenciadora dos direitos sociais constitui-se no fato de ser uma prestação a cargo do Estado, e na maneira que se estabelece quando existe vulneração a eles. Trata-se, hoje, de normas autoaplicáveis *prima facie*, e não de programas a serem executados pelo legislador infraconstitucional, tendo incidência direta nas relações interpriadas¹⁵, o que representou uma conquista importante ao ritmo mais lento do legislador no que tange a temas de interesse social.

O Estado do Rio Grande do Sul editou a Lei Estadual n. 9.908/93, que assim dispõe em seu art. 1.º:

Art. 1.º. O Estado deve fornecer, de forma gratuita, medicamentos excepcionais para pessoas que não puderem prover as despesas com os referidos medicamentos, sem privarem-se dos recursos indispensáveis ao próprio sustento e de sua família.

Parágrafo único. Consideram-se medicamentos excepcionais aqueles que devem ser usados com frequência e de forma permanente, sendo indispensáveis à vida do paciente.

DE MEDICAMENTOS A PESSOAS CARENTES. – O reconhecimento judicial da validade jurídica de programas de distribuição gratuita de medicamentos a pessoas carentes, inclusive àquelas portadoras do vírus HIV/AIDS, dá efetividade a preceitos fundamentais da Constituição da República (arts. 5º, caput, e 196) e representa, na concreção do seu alcance, um gesto reverente e solidário de apreço à vida e à saúde das pessoas, especialmente daquelas que nada têm e nada possuem, a não ser a consciência de sua própria humanidade e de sua essencial dignidade. Precedentes do STF.” (STF, RE-AgR 271286 / RS, 2ª. T. Rel. Min. Celso de Mello, J. 12/9/2000). Afirma, ainda, o relator deste acórdão: “Na realidade, o cumprimento do dever político-constitucional consagrado no art. 196 como direito fundamental do Estado, consistente na obrigação de assegurar a todos a proteção à saúde, representa fator que, associado a um imperativo de solidariedade social, impõe-se ao Poder Público, qualquer que seja a dimensão institucional em que este atue no plano da nossa organização federativa. [...] Tal como pude enfatizar, em decisão por mim proferida no exercício da Presidência do Supremo Tribunal Federal, em contexto assemelhado ao da presente causa (Pet. 1.246-SC), entre proteger a inviolabilidade do direito à vida e à saúde, que se qualifica como direito subjetivo inalienável assegurado a todos pela própria Constituição da República (art. 5º, caput e art. 196), ou fazer prevalecer, contra essa prerrogativa fundamental, um interesse financeiro e secundário do Estado, entendo – uma vez configurado este dilema, que razões de ordem ético-jurídicas impõem ao julgador uma só e possível opção: aquela que privilegia o respeito indeclinável à vida e à saúde humana [...].”

¹⁴ Contudo, Daniel Sarmiento lembra que “o grau de desenvolvimento sócio-econômico de cada país impõe limites, que o mero voluntarismo de bacharéis não tem como superar. Portanto, não é (só) por falta de vontade política que o grau de atendimento aos direitos sociais no Brasil é muito inferior ao de um país como a Suécia. A escassez obriga o Estado em muitos casos a confrontar-se com verdadeiras ‘escolhas trágicas’, pois, diante da limitação de recursos, vê-se forçado a eleger prioridade dentre várias demandas igualmente legítimas.” (SARMENTO, 2008, p. 555-556).

¹⁵ Ver, por todos, SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 289 e ss.

Mesmo estando em vigor a referida lei, existe controvérsia em sua aplicação, no que tange à discussão acerca do que seriam, *in concreto*, medicamentos excepcionais, além dos critérios para a caracterização da hipossuficiência do requerente. Daí a necessidade de se recorrer ao Judiciário para concessão de medicamentos, mesmo existindo previsão legal¹⁶.

A efetivação dos direitos sociais pelo Poder Judiciário configura hipótese de ativismo judicial que tem recebido críticas¹⁷, que buscam estabelecer critérios para essa aplicação, ao argumento de que a decisão judicial não estaria fincada em bases democráticas, pois é a opção do povo em determinado recorte temporal que elege, no

¹⁶ “PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. MENOR SAÚDE. DIREITO INDIVIDUAL INDISPONÍVEL. ART. 227 DA CF/88. *LEGITIMATIO AD CAUSAM* DO PARQUET. ART. 127 DA CF/88. ARTS. 7.º, 200, e 201 DA LEI N.º 8.069/90. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS PELO ESTADO. DESCUMPRIMENTO DA DECISÃO JUDICIAL DE ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. BLOQUEIO DE VERBAS PÚBLICAS. MEDIDA EXECUTIVA. POSSIBILIDADE, *IN CASU*. PEQUENO VALOR. ART. 461, § 5.º, DO CPC. ROL EXEMPLIFICATIVO DE MEDIDAS. PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL À SAÚDE, À VIDA E À DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. PRIMAZIA SOBRE PRINCÍPIOS DE DIREITO FINANCEIRO E ADMINISTRATIVO. NOVEL ENTENDIMENTO DA E. PRIMEIRA TURMA. (...) 6. *In casu*, trata-se de Ação Civil Pública ajuizada pelo Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul, objetivando o fornecimento de medicamento para o menor Rafael Vailatti Favero, portador de cardiopatia congênita. 7. O direito à saúde, insculpido na Constituição Federal, é direito indisponível, em função do bem comum, maior a proteger, derivado da própria força impositiva dos preceitos de ordem pública que regulam a matéria. [...]11. Recurso especial que encerra questão referente à possibilidade de o julgador determinar, em ação que tenha por objeto o fornecimento de medicamento necessário a menor portador de cardiopatia congênita, medidas executivas assecuratórias ao cumprimento de decisão judicial antecipatória dos efeitos da tutela proferida em desfavor de ente estatal, que resultem no bloqueio ou sequestro de verbas deste depositadas em conta corrente. 12. Deveras, é lícito ao julgador, à vista das circunstâncias do caso concreto, aferir o modo mais adequado para tornar efetiva a tutela, tendo em vista o fim da norma e a impossibilidade de previsão legal de todas as hipóteses fáticas. Máxime diante de situação fática, na qual a desídia do ente estatal, frente ao comando judicial emitido, pode resultar em grave lesão à saúde ou mesmo por em risco a vida do demandante. 13. Os direitos fundamentais à vida e à saúde são direitos subjetivos inalienáveis, constitucionalmente consagrados, cujo primado, em um Estado Democrático de Direito como o nosso, que reserva especial proteção à dignidade da pessoa humana, há de superar quaisquer espécies de restrições legais. Não obstante o fundamento constitucional, *in casu*, merece destaque a Lei Estadual n.º 9.908/93, do Estado do Rio Grande do Sul [...]. 14. A Constituição não é ornamental, não se resume a um museu de princípios, não é meramente um ideário; reclama efetividade real de suas normas. Destarte, na aplicação das normas constitucionais, a exegese deve partir dos princípios fundamentais, para os princípios setoriais. E, sob esse ângulo, merece destaque o princípio fundante da República que destina especial proteção à dignidade da pessoa humana. 15. Outrossim, a tutela jurisdicional para ser efetiva deve dar ao lesado resultado prático equivalente ao que obteria se a prestação fosse cumprida voluntariamente. O meio de coerção tem validade quando capaz de subjugar a recalcitrância do devedor. O Poder Judiciário não deve compactuar com o proceder do Estado, que condenado pela urgência da situação a entregar medicamentos imprescindíveis proteção da saúde e da vida de cidadão necessitado, revela-se indiferente à tutela judicial deferida e aos valores fundamentais por ele eclipsados. 16. *In casu*, a decisão ora hostilizada importa concessão do bloqueio de verba pública diante da recusa do ora recorrente em fornecer o medicamento necessário ao desenvolvimento de portador de cardiopatia congênita.” (STJ, REsp 869843/RS, 1ª T. Rel. Min. Luiz Fux. J. 18/9/2007. DJU 15/10/2007, p. 243).

¹⁷ Para tais críticas, recomenda-se SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. A justiciabilidade dos direitos sociais: críticas e parâmetros. *In*: SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de (Coords.). **Direitos sociais**: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008, p. 519-534.

âmbito dos direitos sociais, os gastos prioritários, pois se trata de exercício da autonomia pública no âmbito do autogoverno do povo, havendo, assim, ofensa à regra de separação de poderes.

Souza Neto (2008) sugere os seguintes parâmetros para a efetivação dos direitos sociais pelo Judiciário: a) “a atuação do Judiciário na concretização dos direitos sociais deve se circunscrever à garantia das ‘condições necessárias para que cada um possua igual possibilidade de realizar um projeto razoável de vida (autonomia privada) e de participar do processo de formação de vontade coletiva (autonomia pública)’”; b) “os direitos sociais prestacionais só são exigíveis perante o Judiciário quando os seus titulares são incapazes de arcar com os custos com recursos próprios sem tornar inviável a garantia de outras necessidades básicas”; c) “os direitos sociais só são judicialmente exigíveis quando a prestação requerida for passível de universalização entre os que não podem arcar com os seus custos com recursos próprios sem tornar inviável a garantia de outras necessidades básicas”; d) “a concretização judicial de direitos sociais deve considerá-los como unidade, de modo a garantir condições dignas de vida para os hipossuficientes, não necessariamente a observância de cada direito social em espécie”; e) “quando há divergência entre a solução técnica previamente apresentada pela Administração e a apresentada pelo demandante, a primeira tem prioridade *prima facie* sobre a segunda”; f) “se há duas opções técnicas adequadas para o mesmo problema, o magistrado deve optar pela que demande menor gasto de recursos públicos”; g) “se a Administração investe consistentemente em direitos sociais, executando efetivamente o orçamento, o Judiciário deve ser menos incisivo no controle das políticas do setor. Se a Administração não realiza esses investimentos, o controle jurisdicional deve ser mais intenso”. Além desses parâmetros, o autor também sugere outros, de cunho processual. A nós, importa refletir sobre a diretriz que determina que “o acesso direto aos litigantes individuais deve ser facultado (a) quando a não-entrega da prestação possa causar dano irreversível ou (b) quando a prestação estiver prevista em texto legal ou em programa governamental, vedando-se, sobretudo, o comportamento contraditório.” (SOUZA NETO, 2008, p. 535-545).

Ao que tudo indica, os parâmetros oferecidos pelo autor visam a que o papel do Estado no cumprimento das prestações não extrapole a reserva do possível¹⁸, pois o grande problema para a efetivação dos direitos sociais é a “escassez de recursos para viabilizá-los – o chamado limite do financeiramente possível –, perversamente mais reduzido onde maior é a sua necessidade, ou seja, naqueles países absolutamente pobres, subdesenvolvidos ou em desenvolvimento.” (MENDES, 2008, p. 713). Trata-se de limitação real e econômica ao ativismo judicial, no que tange à efetiva possibilidade de o Estado dispor de recursos econômicos para satisfazer o direito social exigido, ou ainda deve ser entendida como “razoabilidade da universalização da prestação exigida, considerando os recursos efetivamente existentes.” (SARMENTO, 2008, p. 572).

Na decisão da Ação de Arguição de Preceitos Fundamentais – ADPF n. 45, o Supremo Tribunal Federal importou do ordenamento alemão o instituto da reserva do possível, em hipótese em que houve veto presidencial à lei de Diretrizes Orçamentárias em 2004, que tinha escopo de assegurar recursos à saúde. Foram considerados violados os dispositivos que objetivavam garantir a saúde do cidadão, em específico os referentes à Emenda Constitucional n. 29, de 2000.

Houve veto presidencial a projeto de lei referente a orçamento, na parte de inclusão das dotações orçamentárias do Ministério da Saúde para o cumprimento de parcela mínima de gastos com serviços públicos de saúde estabelecida pela emenda. O veto determinava como gasto mínimo de saúde vários encargos que não eram afetos diretamente a esta área – tais como encargos previdenciários, serviços da dívida e recursos do Fundo de Combate e Erradicação da Pobreza –, gerando distorções na política pública definida constitucionalmente sobre a saúde. Por isso, houve a propositura da ADPF, pois se entendeu violados dispositivos constitucionais. O Min. Celso de Mello afirmou, em sua decisão, que:

¹⁸ “A expressão ‘reserva do possível’ foi difundida por uma célebre decisão da Corte Constitucional alemã proferida em 1972, e conhecida como o caso *Numerus Clausus*, que versou sobre a validade da limitação do número de vagas em universidades públicas, tendo em vista a pretensão do ingresso de um número maior de candidatos. Na Alemanha, não está constitucionalmente consagrado o direito fundamental à educação, mas o Tribunal Constitucional entendeu que a liberdade de escolha profissional exigia, em alguma medida, o direito de acesso ao ensino universitário. Contudo, frisou que este direito ‘se encontra sob a reserva do possível, no sentido de estabelecer o que pode o indivíduo razoavelmente exigir da sociedade’. Para a Corte, esta avaliação sobre a reserva do possível deveria ser feita, ‘em primeira linha, pelo legislador’, que ‘deve atender, na administração do seu orçamento, também a outros interesses da coletividade, considerando... as exigências de harmonização econômica geral.’ (SARMENTO, 2008, p. 569).

É que a realização dos direitos econômicos, sociais e culturais - além de caracterizar-se pela gradualidade de seu processo de concretização - depende, em grande medida, de um inescapável vínculo financeiro subordinado às possibilidades orçamentárias do Estado, de tal modo que, comprovada, objetivamente, a incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal, desta não se poderá razoavelmente exigir, considerada a limitação material referida, a imediata efetivação do comando fundado no texto da Carta Política. Não se mostrará lícito, no entanto, ao Poder Público, em tal hipótese - mediante indevida manipulação de sua atividade financeira e/ou político-administrativa - criar obstáculo artificial que revele o ilegítimo, arbitrário e censurável propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar o estabelecimento e a preservação, em favor da pessoa e dos cidadãos, de condições materiais mínimas de existência. Cumpre advertir, desse modo, que a cláusula da "reserva do possível" - ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível - não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade [...]¹⁹

A reserva do possível funciona, assim, como uma limitação financeira à realização dos direitos sociais prestacionais que, por outro lado, serve, também, como restrição externa à concretização do direito à saúde, por exemplo. Ingo Sarlet também entende presente esta barreira calcada na realidade financeira do país, tendo em vista o cotejo do gasto público com o pleno atendimento à saúde:

A expressiva maioria dos argumentos contrários ao reconhecimento de um direito subjetivo individual à saúde como prestação (assim como ocorre com os demais direitos sociais prestacionais, tais como educação, assistência social, moradia, etc.) prende-se ao fato de que se cuida de direito que, por sua dimensão econômica, implica alocação de recursos materiais e humanos, encontrando-se, por esta razão, na dependência da efetiva disponibilidade

¹⁹ STF, ADPF 45. Rel. Min. Celso de Mello. J. 29/4/2004. E continua o ministro: “Vê-se, pois, que os condicionamentos impostos, pela cláusula da "reserva do possível", ao processo de concretização dos direitos de segunda geração - de implantação sempre onerosa -, traduzem-se em um binômio que compreende, de um lado, (1) a razoabilidade da pretensão individual/social deduzida em face do Poder Público e, de outro, (2) a existência de disponibilidade financeira do Estado para tornar efetivas as prestações positivas dele reclamadas. Desnecessário acentuar-se, considerado o encargo governamental de tornar efetiva a aplicação dos direitos econômicos, sociais e culturais, que os elementos componentes do mencionado binômio (razoabilidade da pretensão + disponibilidade financeira do Estado) devem configurar-se de modo afirmativo e em situação de cumulativa ocorrência, pois, ausente qualquer desses elementos, descaracterizar-se-á a possibilidade estatal de realização prática de tais direitos. Não obstante a formulação e a execução de políticas públicas dependam de opções políticas a cargo daqueles que, por delegação popular, receberam investidura em mandato eletivo, cumpre reconhecer que não se revela absoluta, nesse domínio, a liberdade de conformação do legislador, nem a de atuação do Poder Executivo. É que, se tais Poderes do Estado agirem de modo irrazoável ou procederem com a clara intenção de neutralizar, comprometendo-a, a eficácia dos direitos sociais, econômicos e culturais, afetando, como decorrência causal de uma injustificável inércia estatal ou de um abusivo comportamento governamental, aquele núcleo intangível consubstanciador de um conjunto irredutível de condições mínimas necessárias a uma existência digna e essencial à própria sobrevivência do indivíduo, aí, então, justificar-se-á, como precedentemente já enfatizado - e até mesmo por razões fundadas em um imperativo ético-jurídico -, a possibilidade de intervenção do Poder Judiciário, em ordem a viabilizar, a todos, o acesso aos bens cuja fruição lhes haja sido injustamente recusada pelo Estado.”

destes recursos, estando, portanto, submetidos a uma reserva do possível (SARLET, 2001).

Entretanto, a aceitação da reserva do possível não é unânime pela doutrina. Andreas J. Krell (2002), opositor a esta corrente limitadora da realização de direitos sociais, entende que a reserva do possível é aplicável apenas em países desenvolvidos, pois em locais como o Brasil, que não tem as necessidades básicas atendidas, não é aceitável tal limitação.

A qualificação do direito à saúde como direito social significa que ele deve receber o correlato amparo na atuação do Poder Judiciário nos limites da reserva do possível. Portanto, dentro dos limites impostos pela escassez de recursos que se convencionou denominar de reserva do possível, pode-se entender a saúde como direito de liberdade, pois conforme se verá, cada pessoa pode construir a sua concepção individual de saúde e exigir do Estado que concretize esses moldes individuais nos limites do que o Estado pode dispor, do que seja financeiramente palatável.

Existe ampla liberdade para cada pessoa fazer certas opções, que refletem a concepção individual de saúde; entretanto, eles apenas podem ser exigidos do Estado nos limites da reserva do possível, caso contrário, só poderão ser efetivados com recursos particulares para satisfazer o que cada pessoa concebe para si como saúde.

Ainda hoje, a tutela da saúde é tomada como predominante interesse público, em razão de ser direito fundamental social – haja vista as frequentes ações sobre o dever do Estado de entregar medicamentos²⁰, oferecer tratamento médico²¹, entre outros –, não

²⁰ Este julgado do STJ exemplifica a situação analisada, pois trata a saúde como bem indisponível. Ela é um direito de tal relevância que a atual jurisprudência do STJ tem autorizado a imposição de astreintes, o bloqueio de verbas públicas, ou mesmo a penhora de bens públicos: PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO A MENOR DE IDADE. DIREITO À VIDA E À SAÚDE. DIREITO INDIVIDUAL INDISPONÍVEL. LEGITIMAÇÃO EXTRAORDINÁRIA DO PARQUET. ART. 127 DA CF/88. MEIOS DE COERÇÃO AO DEVEDOR (CPC, ART. 461, §5º). FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS PELO ESTADO. BLOQUEIO DE VERBAS PÚBLICAS. CABIMENTO. [...] 3. Tem natureza de interesse indisponível a tutela jurisdicional do direito à vida e à saúde de que tratam os arts. 5º, caput e 196 da Constituição, em favor de menor que necessita de medicamento. A legitimidade ativa, portanto, se afirma, não por se tratar de tutela de direitos individuais homogêneos, mas sim por se tratar de interesses individuais indisponíveis. Precedente da Primeira Seção: REsp 734.493/RS, Rel. Min. Castro Meira, 1ª Seção, DJ de 16.10.2006. 4. É cabível, inclusive contra a Fazenda Pública, a aplicação de multa diária (astreintes) como meio coercitivo para impor o cumprimento de medida antecipatória ou de sentença definitiva de obrigação de fazer ou entregar coisa, nos termos dos artigos 461 e 461A do CPC. Precedentes. [...] 6. Todavia, em situações de inconciliável conflito entre o direito fundamental à saúde e o regime de impenhorabilidade dos bens públicos, prevalece o primeiro sobre o segundo. Sendo urgente e impostergável a aquisição do medicamento, sob pena de grave comprometimento da saúde do demandante, não se pode ter por ilegítima, ante a omissão do agente estatal responsável, a determinação judicial do bloqueio de verbas públicas como meio de efetivação do

tanto atrelada a relações privadas, exceto no que tange às relações consumeristas²², nas quais se discutem os deveres dos planos de saúde²³, custeio de determinados

direito prevalente. (STJ, REsp 801750/RS, 1ª T. Rel. Min. Teori Albino Zavascki. J. 9/9/2008, *DJe* 17/9/2008).

²¹ “PROCESSO CIVIL. LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO PARA AJUIZAR DEMANDA VISANDO À INTERNAÇÃO HOSPITALAR E TRATAMENTO DE SAÚDE PARA RECÉM-NASCIDO EM UTI NEONATAL. 1. O Ministério Público possui legitimidade para defesa dos direitos individuais indisponíveis, mesmo quando a ação vise à tutela de pessoa individualmente considerada. 2. O artigo 127 da Constituição, que atribui ao Ministério Público a incumbência de defender interesses individuais indisponíveis, contém norma auto-aplicável, inclusive no que se refere à legitimação para atuar em juízo. 3. Tem natureza de interesse indisponível a tutela jurisdicional do direito à vida e à saúde de que tratam os arts. 5º, caput e 196 da Constituição, em favor de recém-nascido prematuro que necessite de internação hospitalar e tratamento de saúde. A legitimidade ativa, portanto, se afirma, não por se tratar de tutela de direitos individuais homogêneos, mas sim por se tratar de interesses individuais indisponíveis. 4. Recurso especial improvido.” (STJ, REsp 899820/RS, 1ª T. Rel. Min. Teori Albino Zavascki. J. 24/6/2008, *DJe* 1/7/2008).

²² “AGRAVO REGIMENTAL. PLANO DE SAÚDE EMPRESARIAL. EMPREGADOR QUE ENCERRA AS ATIVIDADES E CANCELA O CONTRATO DE SEGURO SAÚDE MANTIDO COM A RÉ. EMPREGADO IDOSO EM TRATAMENTO DE GRAVE DOENÇA CARDÍACA ANTERIORMENTE AO FATO. ACÓRDÃO QUE DETERMINA A CONTINUIDADE DO CONTRATO MESMO APÓS A DEMISSÃO DOS EMPREGADOS COM BASE EM DISPOSITIVOS DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. FUNDAMENTO INATACADO. SÚMULA STF/283. I – Considerando as peculiaridades fáticas da causa, por se tratar de empregado idoso que havia se submetido a grave cirurgia no coração, determinou o Tribunal de origem fosse ele mantido como segurado da ré, mesmo após o seu antigo empregador ter encerrado suas atividades, e, por conseguinte, cancelado o plano de saúde que mantinha para os seus empregados. Assim procedeu o Colegiado estadual devido à necessidade de serem protegidos os direitos básicos do consumidor, relacionados à saúde e à vida, bem como pela exigência de que as cláusulas contratuais sejam interpretadas da maneira que lhe for mais favorável (artigos 6º, I, e 47 do Código de Defesa do Consumidor). II – Esses fundamentos, suficientes, por si sós, para manter a conclusão do julgado, não foram impugnados nas razões do especial, atraindo, à hipótese, a aplicação da Súmula 283 do Supremo Tribunal Federal. Agravo improvido.” (STJ, AgRg no Ag 857924/RJ, 3ª T. Rel. Min. Sidnei Beneti. J. 19/6/2008, *DJe* 1/7/2008).

²³ Nas relações contratuais envolvendo planos de saúde, incide a Súmula 302 do STJ, publicada em 22/11/2004, que tem a seguinte redação: “É abusiva a cláusula contratual de plano de saúde que limita no tempo a internação hospitalar do segurado”. Sobejam, também, julgados no sentido de alterar cláusulas contratuais para preservar a saúde: “MANDADO DE SEGURANÇA. PLANO DE SAÚDE. TRANSFERÊNCIA DA IMPETRANTE PARA OUTRO SEGURO MÉDICO. AUSÊNCIA DE CREDENCIAMENTO DA EQUIPE MÉDICA NA QUAL DEPOSITA SUA CONFIANÇA HÁ MAIS DE 15 ANOS. IMPETRANTE IDOSA PORTADORA DE CÂNCER. REINTEGRAÇÃO AO PLANO ANTERIOR. A NOVEL LEGISLAÇÃO NÃO TEM EFICÁCIA DESCONSTITUTIVA DA SITUAÇÃO JURÍDICA QUE SE CONSOLIDOU EM TEMPO ANTERIOR À SUA VIGÊNCIA. ORDEM CONCEDIDA. [...] 2. A revogação do inciso IV do art. 2º do Dec. 99.525/90, pelo art. 1º do Dec. 2.801/98, que excluiu os Auxiliares Locais do Programa Complementar de Assistência Médica do Ministério das Relações Exteriores, não tem o condão de excluir a impetrante do plano de saúde a que está filiada há mais de 15 anos, tendo em vista a incorporação desse direito ao seu patrimônio jurídico. 3. Tratando-se de uma pessoa idosa (78 anos) e portadora de câncer, a impetrante já estava afeiçoada ao tratamento dispensado pelos médicos credenciados no Plano Aetna, e a mudança da empresa prestadora do seguro pode vir a acarretar sérios problemas à sua saúde, em flagrante ofensa à dignidade da pessoa humana que, considerada a centralidade desse princípio fundamental, deve sempre preponderar no caso concreto. 4. Ordem concedida para determinar a reintegração da impetrante ao seguro médico prestado pela empresa Aetna Global Benefits.” (STJ, MS 12870/DF, 3ª Seção. Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, J. 27/8/2008, *DJe* 19/9/2008).

tratamentos, que a princípio estão fora da cobertura do plano²⁴, bem como a cobertura de tutela de acordo com a vulnerabilidade do contratante²⁵, além de pedidos de indenização por danos morais/estéticos, na relação médico-paciente²⁶. Tal a relevância do direito à saúde que o Supremo Tribunal Federal realizou audiência pública para discutir a judicialização da saúde, em 27/4/2009, com a finalidade de estabelecer critérios para as decisões do Poder Judiciário sobre o tema²⁷.

²⁴ “DIREITO CIVIL E CONSUMIDOR. SEGURO SAÚDE. CONTRATAÇÃO ANTERIOR À VIGÊNCIA DO CDC E À LEI 9.656/98. EXISTÊNCIA DE TRATO SUCESSIVO. INCIDÊNCIA DO CDC, MAS NÃO DA LEI 9.656/98. BOA-FÉ OBJETIVA. PRÓTESE NECESSÁRIA À CIRURGIA DE ANGIOPLASTIA. ILEGALIDADE DA EXCLUSÃO DE “STENTS” DA COBERTURA SECURITÁRIA. DANO MORAL CONFIGURADO. DEVER DE REPARAR OS DANOS MATERIAIS. – As disposições da Lei 9.656/98 só se aplicam aos contratos celebrados a partir de sua vigência, bem como para os contratos que, celebrados anteriormente, foram adaptados para seu regime. A Lei 9.656/98 não retroage, entretanto, para atingir o contrato celebrado por segurados que, no exercício de sua liberdade de escolha, mantiveram seus planos antigos sem qualquer adaptação. – Embora o CDC não retroaja para alcançar efeitos presentes e futuros de contratos celebrados anteriormente a sua vigência, a legislação consumerista regula os efeitos presentes de contratos de trato sucessivo e que, por isso, foram renovados já no período de sua vigência. – Dada a natureza de trato sucessivo do contrato de seguro saúde, o CDC rege as renovações que se deram sob sua vigência, não havendo que se falar aí em retroação da lei nova. – A cláusula geral de boa-fé objetiva, implícita em nosso ordenamento antes da vigência do CDC e do CC/2002, mas explicitada a partir desses marcos legislativos, impõe deveres de conduta leal aos contratantes e funciona como um limite ao exercício abusivo de direitos. – O direito subjetivo assegurado em contrato não pode ser exercido de forma a subtrair do negócio sua finalidade precípua. Assim, se determinado procedimento cirúrgico está incluído na cobertura securitária, não é legítimo exigir que o segurado se submeta a ele, mas não instale as próteses necessárias para a plena recuperação de sua saúde. – É abusiva a cláusula contratual que exclui de cobertura a colocação de “stent”, quando este é necessário ao bom êxito do procedimento cirúrgico coberto pelo plano de saúde. Precedentes. – Conquanto geralmente nos contratos o mero inadimplemento não seja causa para ocorrência de danos morais, a jurisprudência desta Corte vem reconhecendo o direito ao ressarcimento dos danos morais advindos da injusta recusa de cobertura de seguro saúde, pois tal fato agrava a situação de aflição psicológica e de angústia no espírito do segurado, uma vez que, ao pedir a autorização da seguradora, já se encontra em condição de dor, de abalo psicológico e com a saúde debilitada. Recurso especial a que se dá parcial provimento”. (STJ, REsp 735168/RJ, 3ª T. Rel. Mina. Nancy Andriighi, J. 11/3/2008, *DJe* 26/3/2008).

²⁵ Sobre o tema, veja consentido remeter ao nosso TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; DADALTO, Luciana. Princípio da prioridade do idoso no âmbito do público e do privado. *In*: FIÚZA, César; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira; SÁ, Maria de Fátima Freire (Coords.). **Direito Civil: Atualidades III**. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p. 117-136.

²⁶ PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. ERRO MÉDICO. INDENIZAÇÃO. REDUÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. ANÁLISE DAS PROVAS DOS AUTOS. SÚMULA 7/STJ. 1. O Tribunal a quo arbitrou o valor dos danos morais com base nas circunstâncias do caso e nas provas dos autos, considerando a ocorrência de erro médico que resultou na morte de uma criança. Assim, não sendo o caso de valor exorbitante, descabe a este Tribunal rever o posicionamento adotado pela instância originária, sob pena de revolvimento do suporte fático-probatório dos autos, o que é vedado a esta Corte, ante o óbice sumular n. 7/STJ. 2. Agravo regimental não-provido. (STJ, AgRg no Ag 1040679/RJ, 2ª. T., Rel. Min. Mauro Campbell Marques. J. 21/8/2008, *DJe* 12/9/2008)

²⁷ O Min. Gilmar Mendes decidiu ação sobre fornecimento de medicamentos com base nos argumentos lançados pela Audiência Pública, conforme notícia no site do STF: “Após ouvir os depoimentos prestados na audiência pública convocada pela Presidência do STF para a participação dos diversos setores da sociedade envolvidos no tema, o ministro Gilmar Mendes entendeu ser necessário redimensionar a questão da judicialização do direito à saúde no Brasil. Para isso, destacou pontos fundamentais a serem observados na apreciação judicial das demandas de saúde, na tentativa de construir critérios ou parâmetros de decisão. Segundo o ministro, deve ser considerada a existência, ou não, de política estatal que abranja a prestação de saúde pleiteada pela parte. Para ele, ao deferir uma prestação de saúde incluída

Mesmo inexistindo tal uniformização, o Poder Judiciário tem tomado algumas providências para assegurar a absoluta necessidade de medicamentos, até para justificar o ativismo judicial. Uma delas é a perícia no âmbito do processo, para que um médico nomeado pelo juiz ateste a imprescindibilidade do medicamento para a saúde do requerente²⁸.

Além disso, o que se percebe de mais comum entre os julgados para tentar minimizar as críticas ao ativismo judicial são hipossuficiência para adquirir o medicamento, a gravidade da enfermidade, bem a urgência para o tratamento, de modo que se comprove a real necessidade do tratamento, sem o qual a pessoa não conseguirá sobreviver. De toda forma, o que se constata é que a saúde moldada na perspectiva da liberdade acaba ficando em segundo plano, em prol de tais requisitos tidos como essenciais para a concessão de benefícios, segundo ora mencionado.

entre as políticas sociais e econômicas formuladas pelo Sistema Único de Saúde (SUS), o Judiciário não está criando política pública, mas apenas determinando o seu cumprimento. “Nesses casos, a existência de um direito subjetivo público a determinada política pública de saúde parece ser evidente”, entendeu Mendes. De acordo com o presidente do STF, “se a prestação de saúde pleiteada não estiver entre as políticas do SUS, é imprescindível distinguir se a não prestação decorre de uma omissão legislativa ou administrativa, de uma decisão administrativa de não fornecê-la ou de uma vedação legal à sua dispensação”. Ele observou a necessidade de registro do medicamento na Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA), além da exigência de exame judicial das razões que levaram o SUS a não fornecer a prestação desejada. O ministro salientou que obrigar a rede pública a financiar toda e qualquer ação e prestação de saúde geraria grave lesão à ordem administrativa e levaria ao comprometimento do SUS, “de modo a prejudicar ainda mais o atendimento médico da parcela da população mais necessitada”. Dessa forma, ele considerou que deverá ser privilegiado o tratamento fornecido pelo SUS em detrimento de opção diversa escolhida pelo paciente, “sempre que não for comprovada a ineficácia ou a impropriedade da política de saúde existente”.

Entretanto, o presidente destacou que essa conclusão não afasta a possibilidade de o Poder Judiciário, ou a própria Administração, decidir que medida diferente da custeada pelo SUS deve ser fornecida a determinada pessoa que, por razões específicas do seu organismo, comprove que o tratamento fornecido não é eficaz no seu caso. “Inclusive, como ressaltado pelo próprio Ministro da Saúde na Audiência Pública, há necessidade de revisão periódica dos protocolos existentes e de elaboração de novos protocolos. Assim, não se pode afirmar que os Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas do SUS são inquestionáveis, o que permite sua contestação judicial”. (Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=113461>. Acesso em 20/9/2009).

²⁸ PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS. TUTELA ANTECIPADA. NECESSIDADE DE PERÍCIA ACERCA DA IMPRESCINDIBILIDADE DO FÁRMACO. REEXAME DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO DOS AUTOS. SÚMULA 7/STJ. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL NÃO DEMONSTRADO. 1. O recorrente sustenta que a Corte de origem violou os artigos 130 e 420, parágrafo único, ambos do CPC ao não conceder impor ao recorrido, em sede de antecipação da tutela, a obrigação de fornecer os medicamentos pleiteados na inicial. 2. Contudo, foi com base nas especificidades do caso concreto que o Tribunal a quo asseverou que, antes de impor ao Estado a obrigação de fornecer os fármacos pedidos pelo recorrente, é necessária a realização de um laudo pericial indicando a necessidade do medicamento indicado por médico particular. (STJ, AgRg no AREsp 39368 / RS, J. 8.11.2011).

Conclusão

Dois aspectos essenciais do direito à saúde são: (i) a defesa da integridade psicofísica diante das agressões ou lesões de terceiros, de modo que, sob este prisma, o direito à saúde se configura como oponível *erga omnes*; (ii) a pretensão em receber prestações positivas do Estado, em termos de direito a tratamento médico, o que se insere no âmbito da aplicação direta dos direitos fundamentais às relações privadas. Esses perfis demonstram que o direito à saúde constitui uma situação jurídica complexa. É multifacetado: configura-se em direito de liberdade e em direito à prestação (MORANA, 2002, p. 2-3), ou seja, liberdade de construir a própria concepção de saúde, conjugando integridade psicofísica com autonomia privada, bem como direito à prestação em busca de tutela à saúde. Por essa razão, a saúde é concebida como direito absoluto de liberdade – no sentido de ser oponível *erga omnes* – e direito relativo à prestação – tendo em vista que apenas pode ser oposto perante o Estado.

Pretende-se assegurar que seu caráter prestacional também seja instrumento de realização da saúde como direito de liberdade, embora encontre limitações na reserva do possível. Notamos que as garantias constitucionais do direito à saúde como direitos de liberdade, nos moldes em que nos propomos a analisar, são parcialmente negadas, tendo em vista que, sob uma perspectiva literal dos dispositivos constitucionais, prevalece o aspecto da saúde como assistência sanitária, pois a saúde sempre foi tida como tratamento de doenças, e não como bem-estar psicofísico e social.

Pela concepção tradicional de saúde adotada pela doutrina majoritária, esta é considerada ausência de doenças, de forma que a integridade física deve ser conservada, com a presença integral dos atributos físicos. Por isso, integridade física era entendida como integridade funcional, de modo que, para qualquer alteração anatômica, seria necessária também uma mudança do tipo funcional; não obstante outros entendam integridade física como questão meramente estética (MANTOVANI, 1974, p. 46). Logo, devemos dar maior amplitude à tradicional noção de integridade física, que tem como pano de fundo a identificação da vida apenas com a existência biológica e com ausência de malformação. Integridade física é mais do que isso, porquanto traduz aspectos preponderantes de exercício de autonomia corporal, que tem como requisito essencial a intangibilidade psíquica ou sanidade mental. Por isso, o que de fato se pretende é que saúde e liberdade e satisfação das necessidades das pessoas, inseridas na

realidade em que vivemos, possa constituir uma única via de diálogo, a fim de que, de fato, a dignidade dessas possa ser concretizada e deixe de ser apenas uma referência teórica a ser estudada.

REFERÊNCIAS

BELLO, Enzo. Cidadania e direitos sociais no Brasil: um enfoque político e social. *In*: SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de (Coords.). **Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008.

D'ARRIGO, Cosimo. **Integrità física e autonomia privata**. Milano: Giuffrè, 1999.

KRELL, Andreas J. **Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um Direito Constitucional comparado**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002.

MEDRANO, Marcia Muñoz de Alba. Concordancias. *Estudios jurídicos y sociales*. **Chilpancingo**, Gro., n. 8, mayo-agosto 2000.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 3. ed. São Paulo: Saraiva/Instituto Brasiliense de Direito Público, 2008.

MANTOVANI, Ferrando. **I trapianti e la sperimentazione umana nel diritto italiano e straniero**. Padova, 1974, p. 46.

MORANA, Donatella. **La salute nella Costituzione italiana: profili sistematici**. Milano: Giuffrè, 2002, p. 2-3.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. 20. ed. rev. e atual. por Maria Celina Bodin de Moraes. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

PULIDO, Carlos Bernal. Fundamento, Conceito e estrutura dos direitos sociais: uma crítica a “existem direitos sociais” de Fernando Atria. In: SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de (Coords.). **Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008.

RIBEIRO, Diaulas Costa. Um novo testamento: testamentos vitais e diretivas antecipadas. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). Família e dignidade humana. **Anais do V Congresso Brasileiro de Direito de Família**. São Paulo: IOB Thopson, 2006, p. 273-283.

RODOTA, Stefano. **A vida na sociedade da vigilância: a privacidade hoje**. Organização, seleção e apresentação Maria Celina Bodin de Moraes. Trad. Danilo Doneda e Luciana Cabral Doneda. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

RODOTA, Stefano. Aventuras del cuerpo. In: SILVEIRA, Hector (Ed.). **El derecho ante la biotecnología**. Barcelona: Icaria, 2008.

RODOTA, Stefano. **La vita e le regole: tra diritto e non diritto**. Milano: Feltrinelli, 2006.

SÁ, Maria de Fátima Freire de; MOUREIRA, Diogo Luna. Editorial sobre Biobancos. **Newsletter n. 5 – Informativo do CEBID**. Out. 2011. Disponível em: <http://www.cebida.com.br/newsletter/informativo5_out11.pdf>. Acesso em: 05 Nov. 2012.

SALARIS, M. Giuseppina. **Corpo umano e diritto civile**. Milano: Giuffrè, 2007.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

SARLET, Ingo Wolfgang. Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na Constituição de 1988. **Interesse público**, v. 3, n. 12, out./dez. 2001.

SARMENTO, Daniel. A proteção judicial dos direitos sociais: alguns parâmetros ético-jurídicos. In: SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de (Coords.). **Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. São Paulo: Malheiros, 1997.

SOUZA, Iara Antunes de. Apontamentos para uma decisão judicial de alteração do nome e sexo no registro civil do transexual operado. In: FIUZA, César; SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. (Org.). **Direito Civil Atualidades IV**. Belo Horizonte: Del Rey, 2010, p. 111-135.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. A justiciabilidade dos direitos sociais: críticas e parâmetros. In: SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de (Coords.). **Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; DADALTO, Luciana. Princípio da prioridade do idoso no âmbito do público e do privado. In: FIÚZA, César; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira; SÁ, Maria de Fátima Freire (Coords.). **Direito Civil: Atualidades III**. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p. 117-136.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. **Saúde, Corpo e Autonomia Privada**. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.



Direito biomédico, Neurociências e Psiquiatria - aspectos teóricos e práticos

Doença mental e estigma

Biomedical law, neuroscience and psychiatry – theoretical and practical aspects

Stigma and mental disease

Fábio Lopes Rocha*

Resumo

As doenças mentais são muito comuns e universais. Uma em cada cinco pessoas sofre de um transtorno mental em um ano qualquer. Mais de 450 milhões de pessoas no mundo sofrem de doenças mentais. As doenças neuropsiquiátricas perfazem 13% do fardo global das doenças, ultrapassando as doenças cardiovasculares e os cânceres. As pessoas com transtornos mentais sofrem duplamente. Por um lado, lutam contra os sintomas e incapacidades resultantes da doença. Além disso, enfrentam os estereótipos e preconceitos resultantes das ideias errôneas acerca das doenças mentais. Esses indivíduos frequentemente sofrem o estigma do público e podem sofrer do autoestigma. O estigma, a discriminação e a violação que indivíduos afetados por doenças mentais e seus familiares sofrem são intensos e difusos. O estigma diminui a autoestima e suprime oportunidades sociais. Pessoas com doenças mentais graves são roubadas de oportunidades como bons trabalhos, habitação segura, cuidados de saúde adequados e associação com grupos de pessoas diversas. Isto pode aumentar o afastamento da sociedade e reforçar sentimentos de exclusão e isolamento social. O estigma associado à doença mental é o maior obstáculo a um melhor cuidado à saúde mental e a uma melhor qualidade de vida para os pacientes, suas famílias e para a sociedade como um todo.

Palavras Chaves: Transtorno mental. Estigma. Autoestigma. Discriminação

Abstract

Mental illnesses are quite common and universal. One in five people suffer from a mental disorder in any given year. More than 450 million people across the globe suffer from mental illnesses. Neuropsychiatric disorders make up 13% of the global disease burden, surpassing both cardiovascular disease and cancer. People with mental illness are challenged doubly. On one hand, they struggle with the symptoms and disabilities that result from the disease. On the other, they are threatened by the stereotypes and prejudice that result from misconceptions about mental illness. Persons with mental illness frequently encounter public stigma and may suffer from self-stigma. The stigma, discrimination and human rights violations that individuals and families affected by mental disorders suffer are intense and pervasive. Stigma diminishes self-esteem and denies people social opportunities. People with serious mental illness are robbed of the opportunities such as good jobs, safe housing, satisfactory health care, and affiliation with a diverse group of people. This can increase isolation from society and reinforce feelings of exclusion and social withdrawal. The stigma attached to mental illness is the main obstacle to better mental health care and a better quality of life for patients, their families and the community as a whole.

Keywords: Mental disorder. Stigma. Self-stigma. Discrimination.

*Psiquiatra. Coordenador da Clínica Psiquiátrica do IPSEMG. Membro Titular da Academia Mineira de Medicina. Contato: rochaf@uol.com.br

Introdução

O estigma é uma grande barreira para as pessoas que sofrem de transtornos mentais. Pessoas com transtornos mentais graves são frequentemente evitadas por amigos e familiares, são discriminadas por colegas de escola ou trabalho, são preteridas por empregadores e locatários, são vítimas de violência, são mostradas de forma caricatural e preconceituosa no cinema, televisão e na mídia impressa e, por vezes, são alvo de ações policiais.

Vive-se em uma cultura que não respeita a doença mental, que discrimina e segrega o indivíduo portador de transtorno psiquiátrico. A inserção nessa cultura frequentemente acarreta também a autoestigmatização. O estigma e o autoestigma são dois grandes obstáculos à integração social e a uma vida plena em sociedade. Dessa forma, o paciente com transtorno mental grave sofre não só pela doença em si, mas também pelo estigma social que segrega e nega oportunidades para o trabalho e para a vida independente. Neste trabalho abordaremos a frequência e impacto das doenças mentais, a ocorrência do estigma e suas consequências e as estratégias que podem ser instituídas para o enfrentamento do estigma e autoestigma.

1 Importância da doença mental

A magnitude, sofrimento e fardo – em termos de incapacitação e custo para os indivíduos, famílias e sociedades, relacionados às doenças mentais foram subestimados até muito recentemente. Segundo a Organização Mundial de Saúde (OMS), cerca de 450 milhões de pessoas no mundo sofrem de transtornos psiquiátricos. Aproximadamente um milhão comete suicídio a cada ano. Uma em cada quatro famílias tem pelo menos um membro com doença mental. Todas as pessoas têm alguém de seu relacionamento próximo, familiar ou amigos, que sofre de algum transtorno psiquiátrico. Frequentemente, os familiares são os cuidadores primários de pessoas com doenças mentais graves, com grande impacto em sua qualidade de vida e na economia doméstica (WHO, 2003).

Levantamentos epidemiológicos comprovam a elevada prevalência das doenças mentais. Nos EUA, a prevalência ao longo da vida em indivíduos acima de 18 anos é de

46,4%. Cerca de um em cada quatro indivíduos apresenta um transtorno psiquiátrico em um dado ano, sendo 22% considerados graves. Ao final da vida, 51% dos indivíduos terão apresentado um transtorno psiquiátrico (KESSLER; BERGLUND *et al.*, 2005; KESSLER; CHIU *et al.*, 2005). Apesar do sofrimento pessoal e familiar e da incapacitação relacionada aos transtornos psiquiátricos graves, um levantamento realizado em 14 países mostrou que, nos países desenvolvidos, 35,5 a 50,3% dos casos graves não receberam tratamento no último ano e, nos países em desenvolvimento, 76,3 a 85,4% não tiveram acesso ao sistema de saúde (WHO, 2004).

Em termos de saúde pública, os transtornos mentais são extremamente relevantes, em virtude de sua elevada prevalência e da considerável contribuição ao fardo global das doenças, medido em relação ao número de anos perdidos por incapacidade ou por morte prematura devido a cada uma das doenças, além dos custos elevados (EATON; MARTINS *et al.*, 2008). Entre as principais categorias de doenças, as doenças neuropsiquiátricas ocupam o primeiro lugar em relação ao fardo global das doenças, superando as doenças cardiovasculares, respiratórias, digestivas, musculoesqueléticas e os cânceres. Entre as 14 principais doenças neuropsiquiátricas, dez são psiquiátricas. As doenças neuropsiquiátricas são responsáveis por um terço da incapacidade determinada pelas doenças em geral. Entre todas as doenças, a depressão é aquela com maior fardo global (EATON; MARTINS *et al.*, 2008).

Em relação a custos, um relatório conjunto do Fórum Econômico Mundial e da Escola de Saúde Pública de Harvard, publicado em 2011, chamou a atenção para o elevado custo atual das doenças não comunicáveis e para o impressionante aumento projetado para as próximas duas décadas. Estimam-se perdas acumuladas de cerca de US\$ 47 trilhões envolvendo as doenças mentais, cardiovasculares, doenças respiratórias crônicas, câncer e diabetes, o que representa, aproximadamente, 75% do PIB global em 2010. As doenças mentais são responsáveis pelo maior percentual dessas perdas. O custo global estimado das doenças mentais em 2010 e em 2030 é de US\$ 2,5 trilhões e US\$ 6 trilhões, respectivamente. Esses números são impressionantes, considerando-se, por exemplo, que o gasto total em saúde no mundo, em 2009, foi de US\$ 5,1 trilhões ou que o PIB dos países de renda baixa é menor que US\$ 1 trilhão (BLOOM; CAFIERO *et al.*, 2011).

De qualquer perspectiva de análise, a importância das doenças mentais é muito clara. Essas doenças acarretam um significativo sofrimento pessoal e familiar, são o principal responsável pelo fardo global das doenças, isto é, pela perda de vida saudável

por incapacidade ou morte precoce, e são responsáveis pelo maior percentual dos custos das doenças não comunicáveis. O estigma envolvendo os transtornos mentais contribuiu para ofuscar esses dados até muito recentemente. Deve ser combatido em benefício da pessoa portadora de transtorno mental e em benefício da sociedade.

2 Estigma

A palavra estigma vem do grego *stigma*, que significa picada, marca feita com ferro em brasa, sinal, tatuagem (HOUAISS; VILLAR *et al.*, 2009). Na Grécia Antiga, estigma era uma marca distintiva queimada ou cortada na pele de escravos ou criminosos para que os outros pudessem saber quem eles eram e que eram membros inferiores da sociedade. Por derivação, estigma é uma forma de construção social para indicar uma marca distintiva de desgraça social que, ao mesmo tempo, transmite uma identidade. Trata-se de uma diferenciação negativa relacionada a alguns membros da sociedade que são afetados por alguma condição ou estado particular. Envolve dois componentes fundamentais: o reconhecimento da “marca” que diferencia e a subsequente desvalorização daquele que a porta. Acarreta estereotipização negativa, atitude preconceituosa e práticas discriminatórias.

Na Grécia Antiga, a palavra estigma não era relacionada à doença mental, mas essas doenças já eram associadas ao conceito de vergonha, desvalorização e humilhação. Na Idade Média, a atitude inquisitorial relacionada às bruxas, além de representar forte misoginia, representava atitude negativa e condenatória em relação à doença mental. Isto pode ter sido a origem da atitude estigmatizante em relação às doenças mentais desde o racionalismo do século 17 até os dias atuais, em culturas cristãs (ARBOLEDA-FLÓREZ, 2008).

Em uma perspectiva antropológica, cada um de nós organiza o mundo a partir da relação individualidade – alteridade, a partir da consciência de sermos únicos, de termos uma identidade específica que nos distingue do outro. Acrescendo-se a isso o fato de sermos seres precários (somos mortais, cosmicamente insignificantes e biologicamente frágeis), temos o caldo de cultura psicológico para o desenvolvimento do preconceito e estigma. Reforçamos a nossa identidade frágil a partir da desvalorização e exclusão do

outro. A exclusão dos enfermos nos conforta com a fantasia de que somos sadios. A estigmatização da doença mental nos traz a ilusão da saúde mental.

3 A perpetuação do estigma relacionado à doença mental

O estigma opera em círculos viciosos que abrangem o indivíduo que sofre de um transtorno psiquiátrico, sua família e os serviços de saúde mental (SARTORIUS; SCHULZE, 2005). Um diagnóstico de transtorno psiquiátrico ou uma anormalidade visível, como o efeito colateral de fármacos, deflagra no observador a recuperação de conteúdos negativos como conhecimentos prévios, informação da imprensa e lembrança de filmes que levam à estigmatização. Os pacientes com doença mental que mostram sinais visíveis de suas condições, seja em virtude dos sintomas, seja em decorrência de efeitos colaterais que os fazem parecerem anormais, são vistos como fracos de caráter, preguiçosos ou ameaçadores. O estigma conduz à discriminação negativa do indivíduo com transtorno mental e, conseqüentemente, a prejuízos e desvantagens como reveses frequentes, serviços de saúde ruins e dificuldade de acesso a cuidados. Há comprometimento da autoestima, maior incapacitação e menor resistência ao estresse. Tudo isso acarreta uma piora do quadro e reinício do círculo vicioso.

Na família, o aparecimento da doença estigmatizada acarreta vergonha, culpa e preocupação, com conseqüente redução das reservas emocionais, econômicas e de tempo e perda do apoio mútuo. Ocorrem rupturas familiares, acarretando aumento do estresse familiar. O estresse do grupo é favorecedor do agravamento da doença estigmatizada ou de seu reaparecimento.

Nos serviços de assistência psiquiátrica, o estigma contribui para que a procura de assistência ocorra em estágios mais avançados da doença, com maior dificuldade de tratamento e maior número de internações involuntárias. Há comprometimento da reputação do serviço e, conseqüentemente, redução dos investimentos, o que acarreta deterioração das condições e redução da qualidade do pessoal. Tudo isso resulta em piora da qualidade do serviço e aumento do estigma.

O estigma associado à doença mental abrange o paciente, sua família, as instituições psiquiátricas, a equipe que trabalha nessas instituições, os medicamentos e demais terapêuticas. É o maior obstáculo à recuperação e reabilitação do paciente. É um componente básico da discriminação negativa que as pessoas com doenças mentais experimentam a cada dia. Acarreta pior qualidade de vida e pior assistência.

4 Estudos acerca da ocorrência de estigma relacionado à doença mental

Nas últimas décadas, foram conduzidos vários estudos em diversos países acerca da percepção e do conhecimento da população sobre a doença mental. Os resultados mostraram elevada ocorrência de rejeição em relação a pessoas portadoras de transtorno psiquiátrico, principalmente de esquizofrenia. Curiosamente, apesar do apoio crescente à concepção médica das doenças mentais, ao longo do tempo não houve redução significativa da estigmatização por parte da população (ANGERMEYER; MATSCHINGER, 2005; PESCOSOLIDO; MARTIN *et al.*, 2010).

Em um desses estudos, realizado nos EUA, os autores compararam dados de um levantamento realizado em 1996 com aqueles de 2006. Os resultados mostraram que apesar de um maior conhecimento acerca do entendimento neurobiológico das doenças psiquiátricas e de um maior apoio aos serviços de saúde mental, não houve uma redução significativa do estigma. O desejo de manter-se afastado de pessoas com doenças mentais, e a percepção de perigo associado a essas pessoas, não se alteraram significativamente. Em relação às pessoas com depressão, 47% da população não gostariam de trabalhar próximos a elas, 20% não gostariam de tê-las como vizinhos, 30% não gostariam de se socializar com elas, 21% não gostariam de fazer amizade com essas pessoas, 53% não gostariam de casamento na família com pessoas com depressão, 70% consideravam essas pessoas autoagressivas e 32% heteroagressivas. Em relação a indivíduos com esquizofrenia, a rejeição foi ainda maior. Por exemplo, mais de 60% dos entrevistados disseram que não desejariam trabalhar próximo a uma pessoa com esquizofrenia ou de ter um casamento na família envolvendo alguém com essa doença. Sessenta por cento consideravam essas pessoas heteroagressivas e 84%, autoagressivas (PESCOSOLIDO; MARTIN *et al.*, 2010).

Um estudo semelhante realizado na Alemanha, comparando levantamentos de 1990 e 2001 também mostrou que, apesar do aumento da tendência da população em apoiar a causalidade biológica da esquizofrenia, houve um aumento do desejo de distância social de pessoas com essa doença. Cinquenta e seis por cento dos entrevistados disseram que não gostariam de tê-las em seu círculo social, 67%

rejeitariam um casamento na família e 84% não empregariam uma babá portadora da doença (ANGERMEYER; MATSCHINGER, 2005).

No Brasil, levantamento realizado na cidade de São Paulo mostrou que crenças relacionadas ao estigma público em relação a pessoas com esquizofrenia são muito frequentes. Indivíduos portadores de esquizofrenia foram considerados potencialmente perigosos por cerca de 70% dos entrevistados. Quase 60% consideraram que as pessoas com esquizofrenia são capazes de despertar reações negativas e discriminação social (PELUSO; BLAY, 2011).

Uma área em que há grande desconhecimento e preconceito relacionado às pessoas que sofrem de transtornos mentais graves é aquela vinculada à violência. É comum que se considere esses indivíduos potencialmente agressivos e violentos. Na realidade, a associação entre doença psiquiátrica grave e violência ocorre tanto no que diz respeito à perpetração de violência, quanto em relação à vitimização violenta. Ambas são mais comuns entre indivíduos portadores de transtornos psiquiátricos graves, quando comparados à população em geral. Entretanto, esses indivíduos são muito mais frequentemente vítimas da violência. Trata-se de um dos grupos mais vulneráveis aos crimes violentos (CHOE; TEPLIN *et al.*, 2008). Por exemplo, os pacientes com doenças mentais graves têm 12 vezes mais chance de sofrerem um crime violento do que a população geral. Sofrer violência sexual, incluindo estupro, é 17 vezes mais frequente nesse grupo. Esses indivíduos têm 140 vezes mais chance de serem furtados que a população geral (TEPLIN; MCCLELLAND *et al.*, 2005). A vitimização entre os pacientes com transtorno mental grave é um problema de saúde pública e deve ser alvo de pesquisas e políticas públicas específicas.

Em relação aos tratamentos psiquiátricos, há também desconhecimento e preconceito por parte da população. Por exemplo, um levantamento realizado na Suíça identificou que o uso de antidepressivos para o tratamento da depressão foi considerado benéfico por apenas 23% da população, enquanto 38% consideravam essa abordagem prejudicial. O emprego de antipsicóticos, no caso de esquizofrenia, é benéfico para apenas 10% da população e prejudicial para 48%. Apenas 1% dos entrevistados considerou útil a eletroconvulsoterapia, enquanto 60% a avaliaram como prejudicial (LAUBER; CARLOS *et al.*, 2005). Na Austrália, o público foi muito mais favorável na avaliação de vitaminas e minerais e dietas especiais para o tratamento de depressão e esquizofrenia, em comparação a antidepressivos e antipsicóticos, e mais favorável à

leitura de autoajuda no caso de pessoas com esquizofrenia (JORM; KORTEN *et al.*, 1997).

5 Combate ao estigma relacionado às doenças psiquiátricas

O combate ao estigma tem sido uma grande preocupação da Associação Mundial de Psiquiatria (AMP), de associações psiquiátricas nacionais, de associações de pacientes com transtornos psiquiátricos e seus familiares e daqueles que lidam diretamente com essas pessoas. Por exemplo, em 1996, a AMP lançou um programa internacional para combater o estigma e discriminação, envolvendo mais de 20 países e cerca de 200 intervenções antiestigma (SARTORIUS; SCHULZE, 2005).

Apesar de o estigma abranger as doenças psiquiátricas em geral, a AMP privilegiou a esquizofrenia, paradigma de doença mental, na qual o estigma ocorre em maior intensidade. Uma pessoa com esse diagnóstico é comumente vista como perigosa, preguiçosa, incompetente para o trabalho, incapaz de ser um membro da família que preenche suas obrigações sociais. Em cada país, grupos envolvendo psiquiatras e outros profissionais da área da saúde mental, jornalistas, políticos, professores, pacientes e seus familiares foram formados para o desenvolvimento do programa. Esses grupos tiveram como objetivo a avaliação do estigma e discriminação na sociedade, a divulgação de conhecimentos sobre a doença, a reabilitação do paciente e diminuição do estigma e discriminação no ambiente imediato do paciente.

O programa da AMP identificou quatro áreas principais de atividade contra o estigma: 1. Relação com o público e trabalho com a mídia, envolvendo artigos em jornais e revistas, festivais, eventos, seminários, Internet e mídias sociais; 2. Intervenções nos serviços de saúde mental, promovendo maior comunicação com pacientes e familiares, investimento em cuidados ambulatoriais e preventivos, serviços localizados na comunidade e envolvimento de pacientes e familiares na avaliação dos serviços; 3. Apoio para pacientes e familiares com programas de treinamento para lidar com o estigma, empoderamento e competência social, maior informação sobre a doença e seu tratamento e criação de oportunidade de trabalho; 4. Educação e treinamento envolvendo escolas, psiquiatras, outras especialidades médicas, empregadores e profissionais da polícia e sistema legal.

Uma forma de combate ao estigma envolve a promulgação de leis específicas, como a *The Americans with Disabilities Act and Work Discrimination (ADA)*, lançada em 1990 nos Estados Unidos (U.S. Department of Justice, 2012) que abriu oportunidades significativas para pessoas com incapacidades. A ADA abrangeu a discriminação contra pessoas com incapacidades em praticamente todas as áreas da vida pública: emprego, transporte, comunicação e recreação. O impacto da lei envolvendo o trabalho foi rapidamente percebido, com mais de 17.000 ações nos primeiros 15 meses (CORRIGAN; LUNDIN, 2001). Em relação ao trabalho, a ADA não pretende desenvolver ações afirmativas ou quotas. A meta é garantir igual oportunidade para as pessoas com incapacidade, mas que podem exercer as funções essenciais de um trabalho qualificado, com ou sem alguma adaptação razoável.

Há extensa literatura disponível acerca do combate ao estigma relacionado às doenças mentais como livros, artigos e sites destinados a profissionais, pacientes e seus familiares que podem ser encontrados com facilidade na Internet (CORRIGAN; LUNDIN, 2001; WHO, 2003; CORRIGAN, 2005; SARTORIUS; SCHULZE, 2005; WAHL, 2006; ARBOLEDA-FLÓREZ; SARTORIUS, 2008). É fundamental que todos os atores envolvidos com a doença mental estudem e preocupem-se com o tema para que os pacientes possam ser aceitos e respeitados e serem membros participantes da sociedade.

Conclusão

O estigma relacionado à doença mental é pernicioso e gera preconceito e discriminação. Envolve a pessoa que sofre do transtorno psiquiátrico, seus familiares, a medicação e outras formas de tratamento, as instituições onde o tratamento é realizado e a equipe que trabalha nessas instituições. As consequências negativas do estigma influenciam as percepções internas, as emoções e as crenças da pessoa estigmatizada gerando o autoestigma, em que a pessoa adota uma conduta passiva, envergonhada e de autodesvalorização e deixa de desempenhar os seus papéis sociais. O estigma é o principal obstáculo para a recuperação e reabilitação, para uma melhor assistência psiquiátrica e para uma melhor qualidade de vida das pessoas que sofrem de transtorno mental, de seus familiares, da equipe que trata e cuida e da comunidade em torno do indivíduo. O estigma representa uma injustiça social que pode ser tão nefasta quanto a

própria doença. Apesar dos avanços no entendimento e tratamento das doenças psiquiátricas, há sinais de que o estigma continua a aumentar, com graves consequências para pacientes e suas famílias. O combate ao estigma é fundamental para que o indivíduo portador de doença mental possa ter oportunidade genuína de trabalho, possa viver de forma independente, possa perseguir suas metas e usufruir de oportunidades, com uma vida digna e plenamente inserida na sociedade.

Referências

ANGERMEYER, M. C.; MATSCHINGER, H. Causal beliefs and attitudes to people with schizophrenia. Trend analysis based on data from two population surveys in Germany. **Br J Psychiatry**, v. 186, p. 331-4, Apr 2005. ISSN 0007-1250 (Print)0007-1250 (Linking). Disponível em: < <http://www.ncbi.nlm.nih.gov/pubmed/15802691> >.

ARBOLEDA-FLÓREZ, J. The rights of a powerless legion. In: ARBOLEDA-FLÓREZ, J. e SARTORIUS, N. (Ed.). **Understandign the Stigma of Mental Illness. Theory and Interventions**. England: John Wiley & Sons Ltd., 2008. p.1-17.

ARBOLEDA-FLÓREZ, J.; SARTORIUS, N., Eds. **Understanding the stigma of mental illness. Theory and interventions**. England: John Wiley & Sons, Ltd., 1ed. 2008.

BLOOM, D. E. et al. **The Global Economic Burden of Non-communicable Diseases**. World Economic Forum. Geneva. 2011.

CHOE, J. Y.; TEPLIN, L. A.; ABRAM, K. M. Perpetration of violence, violent victimization, and severe mental illness: balancing public health concerns. **Psychiatr Serv**, v. 59, n. 2, p. 153-64, Feb 2008. ISSN 1075-2730 (Print) 1075-2730 (Linking). Disponível em: < <http://www.ncbi.nlm.nih.gov/pubmed/18245157> >.

CORRIGAN, P. W., Ed. **On the stigma of mental illness. Practical strategies for research and social change**. Washington: American Psychological Association, 1 ed. 2005.

CORRIGAN, P. W.; LUNDIN, R. **Don't call me nuts. Coping with the stigma of mental illness**. Champaign, Illinois: Recovery Press, 2001.

EATON, W. W. et al. The Burden of Mental Disorders. **Epidemiologic Reviews**, v. 30, n. 1, p. 1-14, November 1, 2008 2008. Disponível em: <<http://epirev.oxfordjournals.org/content/30/1/1.abstract> >.

HOUAISS, A.; VILLAR, M. S.; FRACO, F. M. M. **Dicionário Houaiss Eletrônico da Língua Portuguesa**. HOUAISS, I. A. Rio de Janeiro: Editora Objetiva, 2009.

JORM, A. F. et al. Helpfulness of interventions for mental disorders: beliefs of health professionals compared with the general public. **Br J Psychiatry**, v. 171, p. 233-7, Sep 1997. ISSN 0007-1250 (Print) 0007-1250 (Linking). Disponível em: <<http://www.ncbi.nlm.nih.gov/pubmed/9337975>>.

KESSLER, R. C. et al. Lifetime prevalence and age-of-onset distributions of DSM-IV disorders in the National Comorbidity Survey Replication. **Arch Gen Psychiatry**, v. 62, n. 6, p. 593-602, Jun 2005. ISSN 0003-990X (Print) 0003-990X (Linking). Disponível em: <<http://www.ncbi.nlm.nih.gov/pubmed/15939837>>.

KESSLER, R. C. et al. Prevalence, severity, and comorbidity of 12-month DSM-IV disorders in the National Comorbidity Survey Replication. **Arch Gen Psychiatry**, v. 62, n. 6, p. 617-27, Jun 2005. ISSN 0003-990X (Print) 0003-990X (Linking). Disponível em: <<http://www.ncbi.nlm.nih.gov/pubmed/15939839>>.

LAUBER, C.; CARLOS, N.; WULF, R. Lay beliefs about treatments for people with mental illness and their implications for antistigma strategies. **Can J Psychiatry**, v. 50, n. 12, p. 745-52, Oct 2005. ISSN 0706-7437 (Print) 0706-7437 (Linking). Disponível em: <<http://www.ncbi.nlm.nih.gov/pubmed/16408522>>.

PELUSO, E. T.; BLAY, S. L. Public stigma and schizophrenia in Sao Paulo city. **Rev Bras Psiquiatr**, v. 33, n. 2, p. 130-6, Jun 2011. ISSN 1809-452X (Electronic) 1516-4446 (Linking). Disponível em: <<http://www.ncbi.nlm.nih.gov/pubmed/21829905>>.

PESCOSOLIDO, B. A et al. "A disease like any other"? A decade of change in public reactions to schizophrenia, depression, and alcohol dependence. **Am J Psychiatry**, v. 167, n. 11, p. 1321-30, Nov 2010. ISSN 1535-7228 (Electronic) 0002-953X (Linking). Disponível em: <<http://www.ncbi.nlm.nih.gov/pubmed/20843872>>.

SARTORIUS, N.; SCHULZE, H. **Reducing the stigma of mental illness**. 1st. Cambridge: Cambridge University Press, 2005.

TEPLIN, L. A. et al. Crime victimization in adults with severe mental illness: comparison with the National Crime Victimization Survey. **Arch Gen Psychiatry**, v. 62, n. 8, p. 911-21, Aug 2005. ISSN 0003-990X (Print) 0003-990X (Linking). Disponível em: <<http://www.ncbi.nlm.nih.gov/pubmed/16061769>>.

U.S. DEPARTMENT OF JUSTICE. Americans with Disabilities Act. USA, 2012. Disponível em: <<http://www.ada.gov/>>. Acesso em: 21.Oct.2012.

WAHL, O. F. **Media madness. Public images of mental illness**. 2nd. USA: Rutgers University Press, 2006.

WHO. **Investing in mental health**. WHO. Geneve: WHO 2003.

WHO WORLD MENTAL HEALTH SURVEY CONSORTIUM. Prevalence, severity, and unmet need for treatment of mental disorders in the world health organization world mental health surveys. **JAMA: The Journal of the American Medical Association**, v. 291, n. 21, p. 2581-2590, 2004. ISSN 0098-7484. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.1001/jama.291.21.2581>>.

Anexos

Prevalência de transtornos psiquiátricos no último ano e risco estimado aos 75 anos, EUA

Transtornos Psiquiátricos	Prevalência (%)	Risco Estimado (%)
Transtornos de ansiedade	18,1	31,5
Transtornos de humor	9,5	28,8
Transtornos de controle de impulso	8,9	25,4
Transtornos relacionados ao uso de substância	3,8	16,3
Total	26,2	50,8

Kessler, RC, Berglund, P, Demler, O, Jin, R, Merikangas, KR, Walters, EE. Lifetime prevalence and age-of-onset distributions of DSM-IV disorders in the National Comorbidity Survey Replication. *Archives of general psychiatry*. 2005;62(6):593-602.

Kessler, RC, Chiu, WT, Demler, O, Merikangas, KR, Walters, EE. Prevalence, severity, and comorbidity of 12-month DSM-IV disorders in the National Comorbidity Survey Replication. *Archives of general psychiatry*. 2005;62(6):617-27.

Tabela 2. Mortalidade por todas as causas associada com transtornos mentais, comparada com a de uma amostra da população geral sem o transtorno

Transtornos Psiquiátricos	Risco Relativo (%)	Interquartis (%)
Transtornos de personalidade	4,0	2,8–5,2
Demência (idade > 60 anos)	2,7	2,0–3,0
Transtorno bipolar	2,6	1,9–9,8
Esquizofrenia	2,6	1,9–3,6
Abuso/dependência de drogas	2,0	1,6–2,1
Transtorno do pânico	1,9	0,8–3,2

Abuso/dependência de álcool	1,8	1,5–2,0
Depressão maior	1,7	1,3–2,2
Transtorno obsessivo-compulsivo	1,1	1,1–1,7

Eaton, WW, Martins, SS, Nestadt, G, Bienvenu, OJ, Clarke, D, Alexandre, P. The Burden of Mental Disorders. *Epidemiologic Reviews*. 2008;30(1):1-14.

Tabela 3. Incapacidade e custos associados com transtornos mentais

Transtornos Psiquiátricos	Pesos da incapacidade no GBD*	% de incapacidade grave (SDS) no CPES[§]	Custo por ano em dólares EUA (bilhões)
Abuso/dependência de álcool	0,16	14	226,0
Abuso/dependência de drogas	0,25	39	201,6
Depressão maior	0,35	58	97,3
Demência (idade > 60 anos)	ND	ND	76,0
Esquizofrenia	0,53	ND	70,0
Fobia simples	ND	19	11,0
Fobia social	ND	36	15,7
Transtorno bipolar	0,40	83	78,6
Transtorno obsessivo-compulsivo	0,13	47	10,6
Transtorno do pânico	0,17	47	30,4

*Peso de incapacidade no Fardo Global de Doenças (GBD - Global Burden of Disease)

[§]Percentagem com incapacidade acentuada ou extrema de acordo com a Escala de Incapacidade de Sheehan (SDS), como utilizado nos Levantamentos Epidemiológicos Colaborativos em Psiquiatria (CPES)

ND – não disponível

Eaton, WW, Martins, SS, Nestadt, G, Bienvenu, OJ, Clarke, D, Alexandre, P. The Burden of Mental Disorders. *Epidemiologic Reviews*. 2008; 30(1):1-14.



Direitos das pessoas portadoras de transtorno mental e do comportamento no Brasil: a necessidade de autoafirmação e reconhecimento

Rights of people with mental disorder and behavior in Brazil: the need for recognition and self-affirmation

Maria de Fátima Freire de Sá*
Diogo Luna Moureira**

Resumo

Propõe-se com o presente artigo a análise do tratamento dispensado às pessoas que padecem de transtornos mentais e do comportamento, com o objetivo de compreender, não apenas sob uma perspectiva médica, mas, sobretudo social e jurídica, o modo como os indivíduos humanos lidavam com estes transtornos, revelando, assim, a construção cultural e imagética que fora feita em torno de indivíduos que exteriorizavam certas diferenças mentais e comportamentais, bem como as consequências que suportaram em virtude delas. O modo como permitimos seja potencializada a relação do “eu” com o “outro” determina de modo preciso os contornos que atribuímos à nossa rede comunicativa de interlocução e interdependência no decorrer da história. Neste contexto, é certamente no âmbito dos transtornos mentais e do comportamento que se verifica uma intensa e conturbada argumentação científica e sociocultural repleta de obscuridades, ambiguidades e contradições.

Palavras-chave: Transtornos mentais e do comportamento. Autonomia. Direito ao livre Desenvolvimento e reconhecimento.

Abstract

The present article proposes the analysis of the treatment given to the people who suffer from mental and behavioral disorders, with the objective of understanding, not only from a medical point of view, but especially social and legal, the way individuals dealt with these disorders, revealing, thus, the cultural and imagery construction that was built around individuals who externalized certain mental and behavioral differences, as well as consequences which they endured because of them. The way we allow that the relation between "me" and "other" be enhanced, determines in an accurate way the edges that we apply to our communicative network of interlocution and interdependence in the course of history. In this context, it is certainly in the scope of mental and behavioral disorders that there is a large and troubled scientific and sociocultural argument replete with obscurities, ambiguities, and contradictions.

Keywords: Mental and behavioral disorders. Autonomy. Right to free development and recognition.

* Doutora em Direito Constitucional pela UFMG e Mestre em Direito pela PUC Minas. Professora dos Cursos de Pós-graduação em Direito da PUC Minas. Coordenadora do Curso de Especialização em Direito Civil da PUC Minas. Pesquisadora do Centro de Estudos em Biodireito. Contato: mfatimasa@uol.com.br

** Doutorando e Mestre em Direito Privado pela PUC Minas. Professor do curso de graduação em Direito da Faculdade de Ciências Humanas da FUNCESI. Pesquisador do Centro de Estudos em Biodireito Contato: luna_diogo@yahoo.com.br

Introdução

Compreender o tratamento dispensado aos transtornos mentais e do comportamento ajuda-nos a entender, não apenas sob uma perspectiva médica, mas, sobretudo social e jurídica, o modo como os indivíduos humanos lidavam com estes transtornos, revelando, assim, a construção cultural e imagética que fora feita em torno de indivíduos que exteriorizavam certas diferenças mentais e comportamentais, bem como as consequências que suportaram em virtude delas.

O modo como permitimos seja potencializada a relação do “eu” com o “outro” determina, de modo preciso, os contornos que atribuímos à nossa rede comunicativa de interlocução e interdependência, no decorrer da história. Assim, ver o outro como igual ou como diferente, respeitar a sua diferença ou mesmo negá-la, são meios que estabelecemos para definir nossas relações.

Dentre as mais variadas formas que definem as relações intersubjetivas criadas e recriadas pelo “eu” e o “não-eu” (outro), no decorrer da história da humanidade, a conceituação e a realização prática de *estigmas* são as responsáveis pelas obscuridades, ambiguidades e contradições que formatam algumas complexidades destas relações, quiçá as mais ásperas. Estigma é, segundo Erving Goffman, a situação na qual um indivíduo é submetido a uma condição desqualificadora, não gozando de completa aceitabilidade social (GOFFMAN, 2008). Trata-se da impressão de um signo negativo que subjuga o indivíduo a determinadas condições que o impede de se autoafirmar enquanto outro em um contexto relacional. O processo de estigmatização é produto da projeção sociocultural de determinados juízos valorativos sobre algo ou alguém que o torna desqualificado perante outro ou outrem.

Neste contexto, é certamente no âmbito dos transtornos mentais e do comportamento que se verifica uma intensa e conturbada argumentação científica e sociocultural repleta de obscuridades, ambiguidades e contradições. Isso ocorre em virtude das variações cognitivas e dos estigmas paradoxais que formataram a compreensão dos transtornos mentais e do comportamento. A definição, a classificação, a categorização e a sistematização destes transtornos refletem um complexo emaranhado interpretativo formulado pelos indivíduos humanos em um contexto de vivência compartilhada.

Tal complexidade é construída, destruída e reconstruída no epicentro de uma realidade dialógica que formata as relações sociais, fazendo com que o tema “saúde mental” apresente-se de modo polissêmico e plural, posto dizer respeito tanto ao estado mental dos sujeitos quanto da coletividade (AMARANTE, 2010). Falar em direitos das pessoas portadoras de transtornos mentais pressupõe a compreensão de como tais transtornos foram compreendidos nos mais diversificados âmbitos das relações sociais (Ética, Política e Direito), possibilitando a releitura de uma realidade em processo de construção.

1 Doença da alma, loucura e doença mental: um breve histórico da clausura forçada ao respeito à autonomia

Para uma coerente reconstrução descritiva do modo como os transtornos mentais e do comportamento foram tratados na história da sociabilidade humana é preciso, inevitavelmente, revolver contornos morais, políticos e jurídicos próprios de cada época, além, é claro, do gradativo progresso científico em torno das vicissitudes da saúde mental.

No contexto da Filosofia grega, os transtornos mentais estão associados a uma “doença da alma”. No livro IV de “*A República*” de Platão, a alma (*psykhé*) é dividida em três partes: *tò logistikón* (o racional), *thymocidés* (o impetuoso) e *epithymetikon* (o apetitivo). Há, pois, na alma um elemento racional (raciocínio) e outro irracional (desejos, satisfações e prazeres) que convivem intensamente no homem, sendo o desequilíbrio de tais elementos os responsáveis pelo padecimento de uma doença da alma, quais sejam, a insensatez, a intemperança, a injustiça e a impiedade.

A Medicina hipocrática, por sua vez, conduziu os transtornos mentais ao seu aspecto fisiológico, justificando-os a partir da compreensão do funcionamento de fluidos corporais que mantinham o equilíbrio do corpo. Segundo Eijk (2009, p. 22), o projeto de “naturalização da mente” de Hipócrates refere-se à tendência da sua época em “fornecer explicações naturais para fenômenos até então explicados tendo-se como referência a ação divina direta”.

Na Idade Média, por outro lado, os transtornos mentais e do comportamento estavam associados a alguma possessão demoníaca, ou, em determinadas situações, poderiam ser compreendidos como ato de “renúncia individual” em prol de uma santificação “histórica”. De acordo com a teologia cristã, afirma Porter (2003), o

Espírito Santo e o Diabo digladiavam pela posse da alma humana, de forma que desesperos, angústias e outros transtornos mentais eram explicados por esta enfermidade da alma provocada por forças sobrenaturais. O tratamento a tais enfermidades se dava, por certo, com emprego de meios espirituais que visavam acalmar a alma do indivíduo.

Superados alguns aspectos dos misticismos, que explicavam os transtornos mentais e do comportamento, o Renascimento promove a instauração de um novo modo de compreensão da loucura, na medida em que abandona o lugar a ela atribuído na hierarquia dos vícios pela Idade Média e passa a ocupar o primeiro posto na natureza humana, qual seja o de conduzir “o coro alegre de todas as fraquezas humanas.” (FOUCAULT, 2009, p. 23).

A partir deste contexto humanista, os transtornos mentais e do comportamento passam a ser explicados não pela desarmonia de fluidos corporais ou perturbações da alma (Idade Antiga), nem tampouco como manifestações demoníacas (Idade Média), mas como algo que se manifesta na natureza do homem. Trata-se de algo que se relaciona com o homem nele mesmo.

O amadurecer da Modernidade colocou o homem no centro das problemáticas existenciais e introduziu os conceitos de subjetividade e autonomia como foco central das especulações teóricas. O processo de afirmação do *homo rationalis* deságua na máxima moderna cartesiana do *cogito ergo sum* (penso, logo existo). A mente assume papel de fundamental importância neste contexto, pois é através dela que o “eu” racional se autoafirma. Na obra “*Meditações sobre Filosofia Primeira*”, Descartes apresenta a natureza do espírito humano como sendo algo pensante, de forma que o “eu” será sempre algo enquanto pensar. O pensamento é a essência do “eu”; o atributo da alma que faz com que o “eu” exista (DESCARTES, 2008, p. 27).

Os transtornos mentais deixam de ser tratados como transtornos espirituais e passam a ser compreendidos e explicados a partir de argumentos fisiológicos. Entretanto, os métodos terapêuticos adotados pela Medicina, ou mesmo os métodos jurídicos para inserir determinados indivíduos na sociedade, carregavam consigo uma série de intempéries éticas que favoreciam o desrespeito à dignidade da pessoa que padecia de algum transtorno denominado “loucura”.

A associação cartesiana da loucura ao sonho e ao erro (DESCARTES, 2008) favoreceu o que Foucault (2009) denominou de banimento da loucura na modernidade

pós-cartesiana Consequência prática desta formulação foi o efetivo banimento social dos “loucos” através do processo emergente de isolamento em constantes internações, como ocorrido na França (FRANKFURT, 2008).

A segregação dos “loucos”, entretanto, não pode ser atribuída, tão somente, às consequências da moderna filosofia cartesiana, porém, com ela se potencializa. Já na Idade Média, vê-se crescente o processo de segregação dos loucos e demais indivíduos portadores de alguma moralidade desviada, como propósito da caridade cristã.

Em 1247 foi fundada na Inglaterra a casa religiosa Santa Maria de Belém, posteriormente transformada no *Bethlem Hospital*, que desde a sua criação tinha como escopo acolher e cuidar dos loucos. Segundo Porter (2003), o *Bethlem Hospital* ficou conhecido como um dos lugares turísticos de Londres na medida em que suas dependências eram abertas à visita do público, permitindo que seus internos estivessem em exibição como se fossem animais de um zoológico humano ou personagens de um espetáculo qualquer

Para além da “caridade” que respaldava o recolhimento dos loucos pela cristandade, é fato que tal ato mostrava-se de relevante utilidade social, tendo, posteriormente, o Estado aderido aos propósitos de reclusão e institucionalizado o recolhimento dos loucos não por normas morais, mas normas jurídicas. Tal processo de estatização ganhou evidência na França por meio da criação do *Hôpital Général de Paris* (Hospital Geral de Paris), por meio de Decreto de Luis XIV, de 27 de abril de 1656.

A forma como o Hospital Geral foi projetado e os poderes atribuídos aos seus diretores favoreceram o surgimento de uma “estrutura semijurídica”, pois embora apresentasse como uma entidade administrativa, atuava lado a lado dos tribunais, podendo, no âmbito de sua circunscrição, decidir, julgar e condenar indivíduos que tivessem sob sua guarda (FOUCAULT, 2009).

Todo este processo de confinamento ocorrido, sobretudo, na França do século XVII favoreceu o surgimento da estigmatização em torno do indivíduo “louco” como se besta fosse. A clausura, na qual os loucos foram colocados, representou a segregação de selvagens em jaulas, sendo eles submetidos a tratamentos desumanos e degradantes, já que nenhum reconhecimento lhe era possibilitado em torno da sua humanidade ou sequer da sua autonomia.

Esta realidade perdurou até o final do século XVII e início do século XVIII, quando da formulação e implementação de métodos terapêuticos que primavam por um

enfoque racional e humano do controle das enfermidades mentais. Tal reformulação tem como referência o médico francês Phillipe Pinel (1759-1826) e o italiano Vincenzo Chiarugi (1759-1820).

A humanização proposta por Pinel favoreceu a compreensão da loucura como um transtorno mental e, por conseguinte, o seu tratamento deveria ser efetivado através de procedimentos psicológicos que favorecessem a recuperação das capacidades mentais do enfermo, e não mediante medidas inconsequentes como as sujeições físicas. Segundo Porter (2003), Phillipe Pinel compreendeu a loucura como uma crise da disciplina interna e racional de quem a padecia, de modo ser necessário reavivar as faculdades morais e psicológicas do indivíduo até que a coerção externa fosse suplantada pelo autocontrole interno.

Não diferente de Phillipe Pinel, outro médico de fundamental importância na implementação dos esforços humanitários para o tratamento da loucura foi o florentino Vincenzo Chiarugi (1759-1820), que refutou a compreensão dualista entre corpo e alma e afirmou estar a enfermidade mental associada ao complexo unitário que relacionava corpo e alma. Assim, para Chiarugi a enfermidade mental estaria associada às interferências dos estados corporais à mente, através das atividades dos sentidos e do sistema nervoso (PORTER, 2003).

Em consequência, tratamentos desumanos como o emprego de sujeições físicas trariam prejuízos à melhora do paciente. Assim, Chiarugi “rechaçou os métodos que se baseavam na custódia, nos fármacos e na sujeição física; em seu lugar, promoveu terapias que tratavam os loucos como seres humanos.” (PORTER, 2003, p. 107) Foi através da implementação de métodos terapêuticos humanistas, que tanto Pinel quanto Chiarugi buscaram eficiência nas terapias aplicadas ao tratamento da enfermidade mental.

O século XIX foi marcado pelas constantes investigações acerca da patologia da loucura e todas as suas descrições e classificações clínicas. Enfermo mental deixa de ser tão somente aquele indivíduo submetido a uma internação. Graças aos gradativos esforços em classificar os transtornos mentais, a doença mental passou a ser diagnosticada em indivíduos que, embora enfermos, não estavam e não necessariamente precisariam estar internados.

É inegável o expressivo avanço da Psiquiatria no séc. XIX e a sua imediata interferência nos métodos terapêuticos até então empregados no tratamento da loucura.

A partir do século XIX, ela assumiu não apenas o papel de uma Ciência Médica em desenvolvimento, que buscava oferecer respostas aos possíveis transtornos mentais que acometiam os indivíduos humanos, mas, sobretudo, em uma Ciência capaz de interferir na moralidade social da época.

O movimento do Romantismo alemão, por exemplo, demonstrou o interesse dos filósofos e cientistas por aquilo que é irracional e está atrelado às faculdades mentais do indivíduo humano, bem como às suas possibilidades enquanto ser em constante pulsão de vida. Favorecendo-se, pois, o surgimento da Psicanálise.

Já no século XX novas definições foram dadas aos transtornos mentais, bem como novos métodos terapêuticos implementados, sob muitas discussões entre adeptos e críticos. Mudanças ocorreram nas técnicas que implicavam qualquer tipo de sujeição física, bem como os hospitais psiquiátricos foram se tornando cada vez mais liberais, uma vez que os indivíduos que padeciam de transtornos mentais passaram a ser reconhecidos como pessoas detentoras de dignidade e direitos, como qualquer outra.

Inegável a importância de Sigmund Freud na consolidação de um novo método terapêutico no século XX, que explora o inconsciente do paciente (a Psicanálise). Porém, o que desperta maior interesse para o presente trabalho são os métodos terapêuticos implementados pela Psiquiatria, no referido século, com o intuito de melhorar a condição de vida do paciente que padece de algum transtorno mental e do comportamento. Tratam-se, especificamente, da eletroconvulsoterapia, das psicocirurgias (como a lobotomia) e dos psicofármacos.

A eletroconvulsoterapia passou a ser utilizada com certa frequência no ano de 1938 pelo médico Ugo Cerletti para aliviar depressões severas apresentadas por seus pacientes. Trata-se de um método terapêutico que “envolve a passagem de um estímulo elétrico entre dois eletrodos colocados no couro cabeludo” (ROCHA; CUNHA, 1999, p. 4), cuja indicação deve ser precisa e específica, via de regra utilizada para tratamento de grave depressão.

Por outro lado, as psicocirurgias são uma espécie de intervenção médica-cirúrgica que começaram a ser usadas no ano de 1930 quando o neurólogo Egas Moniz, da Universidade de Lisboa, sustentou ser possível a melhora de pacientes obsessivos e depressivos através da leucotomia, isto é, “uma separação cirúrgica das conexões entre os lóbulos frontais e o resto do cérebro” (PORTER, 2003, p. 191). Hoje, as psicocirurgias não são mais aceitas em virtude dos severos efeitos causados nos pacientes.

Por fim, mais expressiva foi a revolução proporcionada pelos psicofármacos no tratamento dos transtornos mentais e do comportamento. O constante avanço da indústria farmacêutica na busca por psicotrópicos favoreceu o surgimento de drogas capazes de controlar determinados transtornos e dar ao tratamento psiquiátrico novos rumos, como a desinstitucionalização do tratamento e a reinserção do indivíduo no convívio social.

Embora possíveis soluções tenham sido apresentadas pelo século XX ao tratamento dos transtornos mentais e do comportamento, como os novos métodos terapêuticos acima mencionados, ainda hoje em constante processo de amadurecimento prático-teórico, problemas são recorrentes no século XXI. Dentre estes, pode-se citar a legitimidade das intervenções médicas (a lobotomia, por exemplo) e a busca pelo consentimento informado de indivíduos que tem reduzida a sua capacidade cognitiva (os chamados vulneráveis); a dependência dos indivíduos a determinados psicofármacos; a interferência produzida por psicofármacos na formação da personalidade do indivíduo humano; o poderio econômico que se tem criado em torno das empresas que exploram a psicofarmacologia; a liberdade da pesquisa *versus* a dignidade do sujeito da pesquisa, notadamente no que diz respeito ao seu direito de saber e não-saber, a internação não consentida etc. Tratam-se de problemas éticos, políticos, econômicos e jurídicos que merecem ser discutidos seriedade.

Fato é que com o pós Segunda Guerra Mundial novos contornos foram dados às relações intersubjetivas, valorizando-se o outro enquanto diferente e, portanto, merecedor de respeito, tal como qualquer outro. O pluralismo constitutivo da sociedade moderna favoreceu a expansão do pensamento moral e a proteção jurídica de indivíduos que padecem de transtornos mentais e do comportamento, a ponto de se questionar se a enfermidade mental trata-se de uma psicopatologia real com uma base orgânica autêntica, ou se trata de um mito social.

2 O sistema de saúde mental brasileiro: as normas precursoras da lei 10.216/2001

Não há provas de que no Brasil-Colônia havia algum tipo de política de saúde mental, muito embora a transferência da Corte Portuguesa para o Rio de Janeiro, em 1808, tenha motivado inúmeras transformações nos meios culturais e científicos do país. A exemplo do que ocorria em outras partes do mundo, pessoas acometidas por qualquer perturbação mental, ou viviam trancafiadas em suas próprias casas, em razão da vergonha das famílias, ou perambulavam pelas ruas e sobreviviam da caridade alheia, sempre sujeitas a piadas e chacotas. Se soltas na cidade, e incomodavam a população no sentido de perturbar a ordem pública ou agirem contra os bons costumes, eram presas nas cadeias, dividindo espaço com presos comuns.

Havia ainda a possibilidade de acabarem suas vidas nas fogueiras da inquisição se, em surtos psicóticos, expressassem delírios místicos. Figueiredo (2010, p. 29) afirma que este foi o destino da cristã-nova Ana Roiz, da família dos Antunes, em Matoim, no recôncavo baiano. “Seu corpo, tosco, retornou ao Brasil e foi exposto publicamente”.

No Brasil-Império, especificamente no ano de 1841, surgiu o Decreto n. 82 que criou o “Hospício de Pedro II destinado aos alienados”, na cidade do Rio de Janeiro, assim redigido:

Desejando assinalar o fausto dia de minha sagração com a criação de um estabelecimento de pública beneficência: hei por bem fundar um hospital destinado privativamente para tratamento de alienados com a denominação de Hospício Pedro II, o qual ficará anexo ao Hospital da Santa Casa de Misericórdia desta Corte, debaixo de minha imperial proteção, aplicando desde já para princípio de sua fundação o produto das subscrições promovidas por uma comissão da praça do comércio, e pelo provedor da sobre dita Santa Casa, além das quantias com que eu houver por bem contribuir. Candido José de Araújo Vianna, do meu conselho, Ministro e Secretário de Estado dos Negócios do Império o tenha assim entendido e faça executar com os despachos necessários. Palácio do Rio de Janeiro, 18 de julho de 1841, ao da Independência e do Império. Com a rubrica de S. M. o Imperador, Candido de Araújo Vianna (PAIM, 1976, p. 12-13).

Para Figueiredo (2010, p.30), foi este o primeiro esboço de uma política de saúde mental no Brasil. Daí para frente, outros decretos surgiram, dentre eles “o Decreto n. 8.024, de 1881, que cria as cadeiras de doenças nervosas e mentais nas Faculdades de Medicina da Bahia e do Rio de Janeiro, as duas primeiras instaladas no Brasil, em 1808, por ocasião da chegada da Família Real fugindo da perseguição napoleônica”.

A partir de então, vários hospícios surgiram. A exemplo do que ocorria em outras partes do mundo, o modelo utilizado era o do isolamento. Problemas começaram

a surgir no interior dessas instituições, dentre eles a superlotação e a deterioração da qualidade de vida, o que ensejou rebeliões.

Outro importante Decreto que merece ser citado é o de número 132, de 23 de dezembro de 1903, cuja autoria é atribuída a Teixeira Brandão, professor de clínica psiquiátrica da Faculdade de Medicina do Rio de Janeiro e deputado federal (eleito em 1903). No ensaio “Os alienados no Brasil” (1886) o Dr. Teixeira Brandão chamava a atenção de todos para a necessidade de criação de leis de proteção aos doentes mentais. De acordo com o art. 10 do mencionado decreto: “é proibido manter alienados em cadeias públicas ou entre criminosos. E o artigo II, deixava explícito que enquanto não possuírem os Estados manicômios criminais, os alienados delinquentes e os condenados alienados somente poderão permanecer em asilos públicos nos pavilhões que especialmente se lhes reservem.” (PAIM, 1976, p. 22).

Com o golpe de Estado e a instauração do Governo Provisório e depois, com a instalação do Estado Novo, período Getulista, não há que se falar em mudanças na legislação psiquiátrica. Sem avanços, o modelo de saúde mental permaneceu centrado nas internações e o Brasil não atribuiu importância ao desenvolvimento da Psiquiatria, ocorrido na década de 50, pós Segunda Guerra Mundial (FIGUEIREDO, 2010, p. 30).

Não resta dúvida de que a Psiquiatria possui uma herança perversa de exclusão, confinamentos, maus tratos e esquecimento. Muitos abusos ocorreram; É fato. E, talvez por isso, a existência da doença mental provoque, ainda, tanto horror nas pessoas e as leve a pensar que, ao necessitarem tratamento, inadvertidamente, receberão “choques na cabeça”, e que estes jamais deveriam ser utilizados, porque degradantes. Mas, não precisamos ficar presos ao passado, bastando lembrar-nos dele para não corrermos o risco de cometer os mesmos erros. Dizemos isso porque não há como generalizar condutas médicas. E é a literatura médica que nos assegura que este estigma merece ser repensado, pois há evidências científicas sobre a necessidade, por exemplo, do tratamento com eletroconvulsoterapia para muitos pacientes.

Na tentativa de modificar as políticas de saúde mental aparecem documentos que visam dar ênfase ao atendimento extra-hospitalar, como previram a Lei n. 2.312, de 3 de setembro de 1954, ao estabelecer Normas Gerais sobre Defesa e Proteção da Saúde, e o Decreto n. 49.974A, de 21 de janeiro de 1961, que deu origem ao Código Nacional de Saúde. Vários dos artigos desses dois diplomas legais afirmam o compromisso do

Ministério da Saúde com a criação e o desenvolvimento de programas extra-hospitalares, sugerindo uma rede mais ampla de assistência ao doente mental.

Falava-se, desde os anos 60, em efetivação de atendimentos ambulatoriais, de tal maneira que os tratamentos fossem direcionados para as necessidades específicas de cada paciente. Em 6 de abril de 2001, surge a Lei n. 10.216¹ que dispõe sobre a proteção e os direitos das pessoas portadoras de transtornos mentais e redireciona o modelo assistencial em saúde mental no Brasil.

3 Os direitos das pessoas que padecem de transtorno mental

A lei 10.216/2001 garante o direito do paciente a todos os tipos de atendimento, do grau mais simples ao mais complexo, não excluindo a possibilidade de internação. Mas, até a promulgação da referida lei, foram calorosos os embates ideológicos e científicos, aparecendo uma vertente que defendia, inclusive, a abolição da internação psiquiátrica, com base na lei. Mas, afinal, a reforma do modelo assistencial em saúde mental no Brasil representa uma conquista da cidadania?

Os profissionais que defendem a extinção de hospitais psiquiátricos acreditam que a maneira de tratamento das doenças mentais está errada. Para essa corrente, a internação só pode prevalecer em serviços despreparados. Asseguram que deve haver a troca do modelo hospitalar para os chamados Centros de Atenção Psicossocial – CAPS (DELGADO, 2010). Para essa corrente de pensamento, a liberdade apresenta-se como uma solução terapêutica e o isolamento algo asfixiante e indigno.

Diante desse movimento, uma consequência natural é a crescente diminuição, pelo SUS, do número de leitos psiquiátricos. Como forma de substituição, utiliza-se dos CAPS, uma espécie de hospital-dia, onde o paciente passa o dia em atividades e retorna para casa depois. Mas, tal modelo é passível de críticas e, uma delas é no sentido de que este sistema não abarca casos graves de doenças mentais, funcionando muito bem para períodos em que o paciente recebe alta hospitalar e precisa ser reinserido na sociedade (SERAFIM; BARROS, 2010). Em razão disso, muitos enfermos em surto passam a não

¹ Em 1989 o Dep. Paulo Delgado apresenta o Projeto de Lei n. 3.657 que propunha a extinção dos hospitais psiquiátricos. Em discussão no Senado Federal, foi rejeitado em dezembro de 1995 pela Comissão de Assuntos Sociais. Mas, um substitutivo do Senador Lucídio Portela foi aprovado, tendo, posteriormente, sofrido pequenas modificações por outro substitutivo do Senador Sebastião Rocha, mantendo sua essência. O substitutivo do Senado Federal transformou-se na Lei n.10.216, de 6 de abril de 2001.

ter tratamento adequado e, se a família não tem condições financeiras razoáveis, podem perambular pelas ruas como mendigos, ante a impossibilidade de internação. As famílias, desamparadas, não sabem o que fazer.

Essa é a visão daqueles que entendem ser equivocado o movimento Antimanicomial. Manifestam-se contra serviços ruins, de má qualidade. Defendem que deve haver modalidades diversas de atendimento ao paciente psiquiátrico e que os locais inadequados, que não respeitem critérios claros a ser observados, precisam ser fechados. Afirmam, inclusive, que “A psiquiatria é antimanicomial. E defende que pacientes com transtornos mentais recebam tratamento em rede assistencial integrada, com níveis de complexidade hierarquizados e sistema de referência e contrarreferência que englobaria desde a unidade básica e os centros de reabilitação até o ambulatório e o hospital especializado.” (CARVALHO, 2010, p. 35).

O que resta claro, pelo que reproduzimos acima, é que há níveis distintos de complexidade de doenças mentais. Assim, se há pessoas que se adaptam aos CAPS, outras necessitam de internação. Será, então, que o correto a fazer é acabar, indiscriminadamente, com os leitos psiquiátricos em hospitais, sob a alegação de que estes não possuem as condições para o tratamento? Ou, diversamente, tentar revitalizá-los da maneira adequada? A possibilidade de manutenção de unidades psiquiátricas em hospitais gerais em substituição àqueles tradicionais, também não poderia ser vista como uma forma responsável de tratar o enfermo sem atribuir-lhe tantos estigmas?

O fato é que, na busca pela proteção e direitos das pessoas portadoras de transtornos mentais, a Lei n. 10.216, de 6 de abril de 2001 – que redireciona o modelo assistencial em saúde mental – trouxe normas importantes que devem ser trabalhadas com cuidado, sobretudo em face das profundas controvérsias que suscita, algumas delas já trabalhadas acima.

A Lei n. 10.216/2001 tem como preocupação inicial assegurar a igualdade no atendimento das pessoas que sofrem de transtorno mental ao afirmar que seus direitos e sua proteção estão garantidos “sem qualquer forma de discriminação quanto à raça, cor, sexo, orientação sexual, religiosa, opção política, nacionalidade, idade, família, recursos econômicos e ao grau de gravidade ou tempo de evolução de seu transtorno, ou qualquer outra.” (art. 1º).

Um importante aspecto que cumpre enfatizar está disposto no artigo 4º. Segundo ele, “a internação, em qualquer de suas modalidades, só será indicada quando os

recursos extra-hospitalares se mostrarem insuficientes”². Este artigo traduz a opção legislativa no sentido de limitar as internações psiquiátricas. Assim, a segregação do doente do meio social, profissional e familiar, somente em situações específicas, seria recomendável do ponto de vista médico, e legítima do ponto de vista jurídico. Não podemos nos esquecer de que, em determinados casos, as internações são necessárias.

Mas não há verdades absolutas. Mesmo a teoria científica mais avançada ou atual não é a última palavra. O intérprete da norma jurídica (profissionais do Direito, profissionais da Medicina e mesmo o cidadão comum) pode se deparar com situações de necessidade premente de internação não consentida do paciente. A opção por esse modelo de assistência, defendido pelo Ministério da Saúde, acabou por influenciar a estruturação do sistema de saúde mental passando de um extremo ao outro. Naturalmente que banida a internação com características asilares que demandava um número muito grande de leitos, hoje, o que se vê é a redução considerável de vagas em hospitais psiquiátricos, o que é, para muitos, compensado pela existência dos Centros de Atenção Psicossocial.

A Lei n. 10.216 prevê três tipos de internação: a voluntária, que se dá com o consentimento do paciente; a involuntária, feita a pedido de terceiros, sem o consentimento do paciente; e a compulsória, realizada através de ordem judicial (parágrafo único do art. 6º). Em todas as situações a internação psiquiátrica somente será realizada mediante laudo médico circunstanciado com a caracterização dos motivos (art. 6º, *caput*).

Para usarmos uma linguagem precisa, a internação compulsória prevista no art. 6º, III, da Lei da Reforma Psiquiátrica, deve ser compreendida à luz da legislação penal. Em razão da inimputabilidade do doente mental que praticou crime, impõe-se sua absolvição, com a consequente aplicação de medida de segurança, consistente em internação hospitalar e tratamento. A compulsoriedade da medida afasta qualquer consideração sobre autonomia privada.

Para atender às disposições da referida lei, o Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, através da Resolução n. 5/2004, criou o Programa de

² O artigo 4º possui três parágrafos, a saber: “§1º - O tratamento visará, como finalidade permanente, a reinserção social do paciente em seu meio. § 2º - O tratamento em regime de internação será estruturado de forma a oferecer assistência integral à pessoa portadora de transtornos psíquicos, incluindo serviços médicos, de assistência social, psicológicos, ocupacionais, de lazer, e outros. § 3º - É vedada a internação de pacientes portadores de transtornos mentais em instituições com características asilares, ou seja, aquelas desprovidas dos recursos mencionados no § 2º e que não asseguram aos pacientes os direitos enumerados no parágrafo único do art. 2º”.

Desinternação Progressiva que, em seu item 12 dispõe que “a medida de segurança deve ser aplicada de forma progressiva, por meio de saídas terapêuticas, evoluindo para regime de hospital-dia ou hospital-noite e outros serviços de atenção diária tão logo o quadro clínico do paciente assim o indique. A regressão para o regime anterior só se justificará com base em avaliação clínica”.

Não se pode confundir a internação compulsória – autêntica medida de segurança nos moldes do Direito Penal e Processual Penal – com as hipóteses, nas quais o juiz autoriza a internação psiquiátrica para suprir a vontade do paciente, mediante pedido formulado por parente, cônjuge ou terceiro interessado. Aqui a questão é de natureza civil, na qual se discute a capacidade de exercício, a competência e estado da pessoa natural. Por isso é mais apropriado – mesmo havendo intervenção judicial – utilizar a expressão *internação involuntária*, deixando a expressão *internação compulsória* exclusivamente para a internação psiquiátrica determinada em processo criminal.

Em qualquer caso de internação, voluntária ou não consentida, as pessoas portadoras de transtornos mentais têm direitos que devem ser respeitados (art. 2º da Lei 10.216/2001):

- I - ter acesso ao melhor tratamento do sistema de saúde, consentâneo às suas necessidades;
- II - ser tratada com humanidade e respeito e no interesse exclusivo de beneficiar sua saúde, visando alcançar sua recuperação pela inserção na família, no trabalho e na comunidade;
- III - ser protegida contra qualquer forma de abuso e exploração;
- IV - ter garantia de sigilo nas informações prestadas;
- V - ter direito a presença médica, em qualquer tempo, para esclarecer a necessidade ou não de sua hospitalização involuntária;
- VI - ter livre acesso aos meios de comunicação disponíveis;
- VII - receber maior número de informações a respeito de sua doença e de seu tratamento;
- VIII - ser tratada em ambiente terapêutico pelos meios menos invasivos possíveis;
- IX - ser tratada, preferencialmente, em serviços comunitários de saúde mental.

Vale ressaltar que, mesmo em dispositivo normativo que trate de doenças mentais, o consentimento livre e esclarecido do paciente é relevante, na tomada de decisões. Há dois artigos da lei que trazem clareza à matéria. O artigo 7º preceitua que a pessoa que solicita voluntariamente sua internação, ou que a consente, deve assinar, no momento da admissão, uma declaração de que optou por esse regime de tratamento. Do

mesmo modo, o término da internação voluntária dar-se-á por solicitação escrita do paciente ou por determinação do médico assistente.

A possibilidade de realização de pesquisas científicas no próprio paciente também é aventada e somente será possível mediante a concordância do enfermo. Assim, nos termos do art. 11, pesquisas científicas para fins diagnósticos ou terapêuticos não poderão ser realizadas sem o consentimento expresso do paciente, ou de seu representante legal, e sem a devida comunicação aos conselhos profissionais competentes e ao Conselho Nacional de Saúde.

Não vemos como ser de outra forma pelo leque de situações que podem comportar distintas graduações de discernimento. Então, sendo o paciente detentor de discernimento em razão do qual manifesta sua vontade de não sujeitar-se a internação hospitalar e não trazendo risco à vida de terceiros, ainda que exponha a sua própria a risco, do ponto de vista técnico-jurídico, não é legítima a decisão familiar pela sua internação. De outro lado, inexistindo discernimento, e a falta dele leva-o a colocar-se em situação de risco, mesmo não provocando perigo a terceiro, é legítima a decisão familiar de internação.

Para o Direito, capacidade implica ter direitos (capacidade de gozo) e exercê-los por si só. A capacidade de gozo não é negada a nenhum ser humano; a de exercício é reconhecida aos seres humanos que têm discernimento para tomar decisões e suportar as consequências dessas. As doenças mentais podem determinar uma redução da capacidade de exercício (incapacidade relativa) ou em situações extremas, a negação dela (incapacidade absoluta).

Acontece que, mesmo os indivíduos que tenham capacidade jurídica para decidir podem, em razão da doença, não ter condições de elaborar uma vontade livre e consciente. Imaginemos a situação em que uma pessoa que tenha vida produtiva, trabalhando, estudando, firmando compromissos e honrando-os, apresente quadro de anorexia nervosa. Essa pessoa, em princípio, está apta a exercer todos os atos da vida civil e, mesmo assim, não possuir condições mentais para tomar decisões acertadas a respeito do tratamento. Essa pessoa, a despeito de desejar a cura, rejeita o tratamento em razão da crença de que este a deixaria ainda “mais gorda”. Em um quadro como esse, pessoas com peso abaixo do normal, recusam receber alimentação, colocando em risco a própria vida. O erro de julgamento é evidente, o que nos leva a concluir pela falta de competência para decidir no caso concreto.

Para o Direito, a substituição da vontade da pessoa pela vontade da família se dá pelo processo de interdição com a nomeação de curador/tutor. Todavia, se para as demais questões da vida, a pessoa tem discernimento, essa interdição afigura-se uma injustificada violação da autonomia privada. Nessa esfera, então, o conceito de capacidade e incapacidade do mundo do Direito não resolverá o problema, razão pela qual, é possível lançar mão do conceito de competência utilizado pelos profissionais da área de saúde.

A lei faculta à família decidir pela internação, sem autorização judicial, desde que precedida de autorização por médico devidamente registrado no Conselho Regional de Medicina do Estado onde se localize o estabelecimento (art. 8º, *caput*, da Lei 10.216/2001) e, no prazo de 72 horas, a internação seja comunicada ao Ministério Público Estadual pelo responsável técnico do estabelecimento no qual tenha ocorrido, devendo esse mesmo procedimento ser adotado quando da respectiva alta (§1º, art. 8º). O término da internação involuntária dar-se-á por solicitação escrita do familiar ou responsável legal, ou quando estabelecido pelo especialista responsável pelo tratamento (§2º, art. 8º).

A Lei 10.216/2001 também abarca situações de “ébrios habituais e viciados em tóxicos”, dado que as substâncias viciantes podem reduzir o discernimento do indivíduo, afetando sua saúde mental.

O Código Civil de 2002, ao redefinir o elenco dos absoluta e relativamente incapazes, alocou os ébrios habituais e viciados em tóxicos no mesmo rol daqueles que “por deficiência mental, tenham o discernimento reduzido” (inciso II, do art. 4º).

Sobre o assunto, o Decreto n. 24.559, de 3 de julho de 1934, ainda em vigor, admite internação de toxicômanos ou intoxicados habituais por ordem judicial ou requisição de autoridade pública ou a pedido do próprio paciente ou solicitação de seu cônjuge, pai, filho ou parente até quarto grau, ou outro interessado.

Também o Decreto n. 891 de 25 de novembro de 1938 continua em vigor. O art. 29 determina que os toxicômanos ou os intoxicados habituais, por entorpecentes, por inebriantes em geral ou bebidas alcoólicas, são passíveis de internação obrigatória ou facultativa por tempo determinado ou não. O parágrafo 1º do art. 29 completa: “A internação obrigatória se dará, nos casos de toxicomania por entorpecentes ou nos outros casos, quando provada a necessidade de tratamento adequado ao enfermo, ou for conveniente à ordem pública. Essa internação se verificará mediante representação da

autoridade policial ou a requerimento do Ministério Público, só se tornando efetiva após decisão judicial”.

Conclusão

Inegável afirmar que todo o processo contemporâneo de proteção e efetivação dos direitos das pessoas portadoras de transtorno mental e do comportamento pauta-se na garantia da autonomia privada. Isso porque, em uma sociabilidade que se diz democrática, portanto, na qual a convivência é possibilitada pela mediação da linguagem, necessário assegurar reconhecimento aos interlocutores, de modo a permitir que todos possam assumir as coordenadas da própria moralidade de modo livre, como interlocutores autônomos.

O reconhecimento de si, com e contra o outro, afirma o sentido que se dá à reciprocidade dialógica, que permite que indivíduos possam se reconhecer e serem reconhecidos como integrantes de uma determinada sociabilidade, e nela possam se autocompreender livres, autônomos e individualizados.

Se o projeto da sociabilidade moderna é possibilitar que todo indivíduo humano possa ter a liberdade para construir sua *personalidade*, e os projetos individuais de identidade pressupõem expectativas e propostas de realização individual, é evidente que a frustração destes projetos a partir de argumentos moralistas ou estigmatizantes gera sentimento de frustração e desrespeito. Ao Direito cumpre o papel de efetivar ou possibilitar a efetivação desta autorrealização em um contexto intersubjetivo de convivência.

Qualquer tentativa de se furtrar a efetivação da autonomia da pessoa portadora de transtorno mental e do comportamento, ceifando-lhe a possibilidade de autoafirmação, atenta ao fundamento constitucional da dignidade da pessoa humana.

A partir deste caso, é possível perceber como, em muitas situações, as dificuldades de comunicação e/ou o desconhecimento de novas formas de linguagem, podem ser confundidos com a impossibilidade de exercício da autonomia de alguém para decidir sobre algo que seja bom para si. Argumentos pragmáticos são, pois, utilizados com muita frequência para justificar a limitação da capacidade, seja para reconhecê-la como absoluta ou relativa.

A proposta é pensar em novas possibilidades hermenêuticas que não estabeleçam relações de prioridade e hierarquia. Interpretar o Direito como regra e exceção, implicaria em, antecipadamente, trazer soluções que não observem os contextos e os contornos de um caso específico. Com isso, não estamos a defender que em toda e qualquer situação o exercício da autonomia da pessoa que padece de algum transtorno mental e do comportamento será plena; mas promover, na medida do possível, o seu reconhecimento; não mais a identificando como uma presunção absoluta. Isso significa, ainda que potencialmente, dar voz à pessoa humana, ainda quando a identificamos juridicamente incapaz³.

REFERÊNCIAS

AMARANTE, Paulo. **Saúde Mental e atenção psicossocial**. 2 ed. Rio de Janeiro: Fiocruz, 2010.

CARVALHO, João Alberto. A saúde mental na visão da psiquiatria. In: **Revista Jurídica Consulex**, ano XIV, n. 320, maio de 2010.

DELGADO, Paulo. O espírito da lei n. 10.216/01. In: **Revista Jurídica Consulex**, ano XIV, n. 320, maio de 2010.

DESCARTES, René. **Meditações sobre Filosofia Primeira**. Trad. Fausto Castilho. Campinas: Unicamp, 2008.

EIJK, Philip van der. Os conceitos de saúde mental na medicina e na filosofia gregas dos séculos V e IV a.C. In PEIXOTO, Miriam Campolina Diniz (org.). **A saúde dos antigos: reflexões gregas e romanas**. São Paulo: Loyola, 2009.

³ SÁ, Maria de Fátima Freire de; MOUREIRA, Diogo Luna. **A capacidade dos incapazes: saúde mental e uma releitura da teoria das incapacidades no direito privado**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

FIGUEIREDO, Gabriel. Políticas de saúde mental no Brasil. In: **Revista Jurídica Consulex**, ano XIV, n.320, maio de 2010.

FOUCAULT, Michel. **História da Loucura: Na Idade Clássica**. Trad. José Teixeira Coelho Neto. São Paulo: Perspectiva, 2009.

FRANKFURT, Harry G. **Demons, dreamers, and madmen: the defense of reason in Descartes's Meditations**. Princeton: Princeton University Press, 2008.

GOFFMAN, Erving. **Estigma: notas sobre a manipulação da identidade deteriorada**. 4. ed. Rio de Janeiro: LTC, 2008.

MASSI, Augusto; MOURA, Murilo Marcondes de. Nota n. 16 do Diário do Hospício. In: BARRETO, Lima. **Diário do hospício e o cemitério dos vivos**. São Paulo: Cosac Naify, 2010.

PAIM, Isaias. **Tratado de clínica psiquiátrica**. São Paulo: Editorial Grijalbo, 1976.

PORTER, Roy. **Breve historia de la locura**. Trad. Juan Carlos Rodríguez. México: Fondo de Cultura Económica, 2003.

ROCHA, Fábio Lopes; CUNHA, Ulisses Gabriel de Vasconcelos. A eletroconvulsoterapia no tratamento da depressão do idoso. In: **Revista ABP-APAL**, vol. 14 (1), p. 2-8, 1999.

SÁ, Maria de Fátima Freire de; MOUREIRA, Diogo Luna. **A capacidade dos incapazes: saúde mental e uma releitura da teoria das incapacidades no direito privado**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

SERAFIM, Antonio de Pádua; BARROS, Daniel Martins de. Apontamentos sobre assistência aos portadores de transtorno mental. In: **Revista Jurídica Consulex**, ano XIV, n. 320, maio de 2010.

STONE, Michael H. **A cura da mente:** a história da Psiquiatria da Antiguidade até o presente. Trad. Maria Cristina Monteiro. Porto Alegre: Artmed, 1999.



El derecho a la integridad moral y figuras afines en ordenamientos constitucionales de Europa y Latinoamérica¹

The right to the moral integrity and related figures in constitutional arrangements of Europe and Latin America

Ricardo Chueca*

Resumen

Las declaraciones de derechos y sus sistemas de garantías asociados han desempeñado un importante papel en la transformación del derecho a la integridad personal. Reflejan un proceso surgido tras la WWII que se ha visto dinamizado posteriormente por un conjunto de transformaciones sociales y políticas. Nuevas exigencias, la universalización de los sistemas sanitarios del estado de bienestar y los avances biomédicos especialmente, están forzando una dilatación y un conjunto de cambios en la integridad personal como objeto de derecho de acuerdo a los ordenamientos constitucionales y los tratados y convenios. El texto realiza una descripción de las diversas estrategias adoptadas en recientes declaraciones así como en diversos ordenamientos constitucionales. Se concluye que en la actualidad está en juego no el concepto de integridad personal sino una revisión de los fundamentos jurídicos sobre los que aquél se ha construido.

Palabras Clave: Integridad personal. Integridad física. Integridad moral. Derecho a la integridad personal.

Abstract

The declarations of rights and safeguards associated systems have played an important role in the transformation of the right to personal integrity. Reflect a process that emerged after WWII has been energized further by a set of social and political transformations. New skills requirements, universal health care systems of the welfare state and especially biomedical advances are forcing their expansion and changes of personal integrity as an object of law according to constitutional and international treaties and conventions. The text makes a description of the various strategies adopted in recent declarations and in various constitutional arrangements. We conclude that at present is at stake is not the concept of personal integrity but a review of the legal basis on which it is built.

Keywords: Personal integrity. Physical integrity. Moral integrity. The right to personal integrity.

¹ Realizado al amparo del Proyecto de I+D+i DER2011-23566 financiado por la Secretaría de Estado de Investigación del Ministerio de Ciencia e Investigación.

* Universidad de La Rioja. Contacto: ricardo.chueca@unirioja.es

Introducción

Comencemos por lo obvio. Las culturas humanas se vertebran en torno a un preconcepto: una idea de ser humano individual que identifica el compacto social. Lógicamente ello supone una interacción constante de la que nacen los principios que fundan el ordenamiento. No entraremos ahora en los diversos métodos y variantes de tan universal proceso ni en cómo tal proceso tiñe y condiciona aquéllos valores. Piénsese por ejemplo en modelos sociales en los que aquéllos se desenvuelven en un entorno de libertades y valores conexos a dicha forma de ver el mundo frente a otros que niegan dicho entorno. No es este, por el momento, el aspecto a destacar.

Es novedosa, y destacable, la progresiva inmisión, y confusión, entre aquéllos valores y el ordenamiento jurídico. No se trata de juzgar o valorar dicho fenómeno, sino de constatar que los valores sociales culturalmente tenidos como superiores están insertándose, jurídicamente formalizados, en los ordenamientos. Esto convive, inevitablemente, con la configuración, en clave jurídica, de los contenidos valorativos insertados. Pero se trata de una mezcla, no de una integración. Valores y derechos son, según sabemos, cosas distintas cuya fusión no puede lograrse sino a costa de su mutua desnaturalización. Al final de la aporía siempre nos encontramos con la distinción constituyente: una cosa es la sociedad y otra el poder político institucionalizado, por más que su vínculo se torne más íntimo e intenso.

Esta distinción, extremadamente recomendable, no sólo es conceptual sino profundamente ilustradora de las dos tendencias que siempre posee un poder político democrático, una por poder y otra por democrático, en todo estado de derecho. El poder político ha sido siempre, simultáneamente, el mayor protector y el mayor debelador de los valores más nobles que se asocian a la especie humana en las sociedades más avanzadas. Una tensión de contrarios con la que todo jurista debe convivir.

El siglo XX no ha sido, muy probablemente, el que ha visto las atrocidades humanas más estremecedoras. Pero sí el que ha dispuesto de un arsenal valorativo y de unas instituciones que le han posibilitado repugnar de ellas de modo especialmente contundente. Quizá porque ha sido el poder político racionalmente organizado el propio autor, promotor o cómplice de ellas. Este dato, el de disponer de un poder estatal capaz de protagonizarlas disponiendo para ello de los instrumentos y recursos colectivos, es lo

nuevo. Aunque más probablemente lo sea servirse de una compleja organización estatal nacida justo para lo contrario. Esta posibilidad de “doble uso” del poder estatal sería así el dato alarmante que inquieta siempre a los juristas honestos.

Junto a este origen, por así decir, estatal del nuevo escenario, debe alinearse el supranacional. La construcción de un “orden internacional” jurídica e institucionalmente establecido es un fenómeno que excede lo que aquí se trata. Pero sólo parcialmente, porque este orden se configura en torno a la idea de que las amenazas a valores tenidos como superiores y comunes sólo pueden tener respuesta desde más allá de los estados y como exigencia hacia los estados.

La secuencia de tratados en la segunda mitad del siglo XX, en sus múltiples presentaciones formales, y de documentos supranacionales, no haría así sino contener un elenco de modos de respuesta a estas nuevas e intensas amenazas aquí descritas tan perentoriamente.

Junto a ello, las constituciones redactadas en ese contexto, y los sistemas represivos estatales, han ido introduciendo criterios, principios y derechos cuyo objeto no son supuestos de hecho concretos sino genuinos *status* de carácter metajurídico. Una opción, como vamos a ver, fuente de muchos y variados problemas².

1 El ser humano como objeto jurídico de protección

Es comúnmente aceptado que la Declaración Universal de Derechos Humanos de 10 de diciembre de 1948 (DUDH), inicia en el orden internacional la configuración de un *espacio exento* al poder político estatal. “Artículo 5. Nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes”. Dos años después ve la luz el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales de 4 de noviembre de 1950 (CEDH) en cuyo artículo 3 redobla el contenido del artículo 5 DUDH. “Artículo 3. Prohibición de la tortura. Nadie podrá ser sometido a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes.”

El artículo 7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 19 de diciembre de 1966 (PIDCP) reproduce literalmente el enunciado de la DUDH, “Nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes...”, al

² Un enfoque jurídico reciente del derecho a la integridad física y moral muy solvente en: Arruego Rodríguez, G. **Vida, integridad personal y nuevos escenarios de la biomedicina**. Comares: Granada, 2011.

tiempo que anuncia una constante en el sistema internacional de declaraciones de derechos, al hacerse eco de un escenario emergente, que introduce una ampliación de significado de una trascendencia difícilmente evaluable en aquél momento. “En particular, nadie será sometido sin su libre consentimiento a experimentos médicos o científicos.”

Sin embargo, y por puras razones de gravedad de las conductas, añadido al hecho de que muy pronto la tortura recibirá su definición precisa a los efectos de su persecución en documentos internacionales, se introducirá el concepto de graduación de la gravedad de las agresiones a la integridad personal. Lo que se confirmará en el artículo 1 de la *Declaración sobre la Protección de Todas las Personas contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes*. Esta declaración se adoptó por la Asamblea General de Naciones Unidas en su resolución 3452 (XXX), de 9 de diciembre de 1975. En dicho precepto se opta, como decimos, por una definición precisa de tortura,

Artículo 1. 1. A los efectos de la presente Declaración, se entenderá por tortura todo acto por el cual *un funcionario público, u otra persona a instigación suya*, inflija intencionalmente a una persona penas o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, con el fin de obtener de ella o de un tercero información o una confesión, de castigarla por un acto que haya cometido o se sospeche que ha cometido, o de intimidar a esa persona o a otras...

2. La tortura constituye una forma agravada y deliberada de trato o pena cruel, inhumano o degradante³.

La tipificación de la tortura implicaba de un lado la correspondiente trasposición de su persecución universal, a que obliga la Convención, a los derechos represivos nacionales; así como a su concepción como un *modo* de lesión del estándar humano asumido caracterizado por su especial gravedad y patente *animus* del victimario.

Indirectamente se venía a establecer que *otros tratos inhumanos o degradantes*

³ De ahí se tomará la definición de tortura que finalmente se incluirá en el artículo 1 de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, que fue adoptada por la Asamblea General de Naciones Unidas por resolución 39/46, de 10 de diciembre de 1984 y entró en vigor el 26 de junio de 1987. “Artículo 1. 1. A los efectos de la presente Convención, se entenderá por el término "tortura" todo acto por el cual se inflija intencionadamente a una persona dolores o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, con el fin de obtener de ella o de un tercero información o una confesión, de castigarla por un acto que haya cometido, o se sospeche que ha cometido, o de intimidar o coaccionar a esa persona o a otras, o por cualquier razón basada en cualquier tipo de discriminación, cuando dichos dolores o sufrimientos sean infligidos por un funcionario público u otra persona en el ejercicio de funciones públicas, a instigación suya, o con su consentimiento o aquiescencia...”.
Cursivas nuestras.

de distinta variedad y naturaleza, singularmente los de *menor gravedad*, quedaban al margen pero no por ello homologados como legítimos.

1.1 La integridad en los documentos regionales

Importa hacerse eco aquí de aquéllos documentos, convencionales o no, que han introducido precisiones en relación con una mayor o menor aproximación al término o concepto de integridad, ya fuere personal o moral.

En esta línea nótese ya la introducción en la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre de 1948 del término “integridad personal”⁴.

Lo que tendrá una mayor continuidad en el artículo 5 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, conocida como Pacto de San José de Costa Rica, adoptado el día 22 de noviembre de 1969 y con entrada en vigor el 18 de julio de 1978. “Artículo 5. Derecho a la *Integridad Personal*. 1. Toda persona tiene derecho a que se respete su *integridad física, psíquica y moral*. Nadie debe ser sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes”⁵.

La Convención introduce una distinción cuyo alcance estimamos que difícilmente, en tales fechas, pudo preverse por sus redactores. En efecto, el texto pone palmariamente de manifiesto que la integridad personal posee al menos, o soporta una distinción analítica, entre integridad física, psíquica y moral. Que esta distinción no era meramente retórica sino que obedecía a una determinada concepción de la integridad personal del ser humano queda revelado en los documentos preparatorios⁶.

⁴ Bien que con un mínimo desarrollo, pues el término se usa únicamente para encabezar el precepto. “Artículo I. Derecho a la vida, a la libertad, a la seguridad e *integridad de la persona*. Todo ser humano tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona”. No obstante pone de manifiesto que el concepto de integridad por relación a la persona humana comporta una potente universalidad conceptual en lengua castellana.

⁵ Cursivas nuestras.

⁶ En efecto, llegado el artículo 4, el Delegado de Ecuador solicita agregar las palabras "y psíquica". El Delegado de El Salvador prefiere que se cambie la palabra "psíquica" por las de "integridad personal". El de Venezuela prefiere la palabra "moral" por entender que abarca lo psíquico y tiene un sentido más amplio. Costa Rica expresa su apoyo al Delegado de Venezuela, mientras que el de Colombia apoya a Ecuador.

El delegado de Estados Unidos propone la frase "bienestar físico y mental", pero que si esta frase presenta un problema de traducción podría pasar a la Comisión de Estilo.

Nicaragua apoya a Venezuela, respaldada por Costa Rica, y propone que se incluyan los tres términos: física, psíquica y moral.

La enmienda de El Salvador es desechada. Seguidamente pone a votación la propuesta del Ecuador, apoyada por los Estados Unidos y Colombia, la cual es desechada. A continuación pone a votación la enmienda de Venezuela, la cual también es desechada.

En lengua castellana queda de manifiesto que los documentos internacionales redactados en ella recurren al término *integridad personal* para concebir dicho estatus como compuesto de la integridad física, psíquica y moral.

Muy distinto es el desarrollo en Europa.

El texto de cabecera es, sin duda, el CEDH. En él se incluye una redacción del artículo 3 pareja, como ya se dijo, a la del artículo 5 de la DUDH aunque quizá algo más intensa en su formulación. “Nadie *podrá* ser sometido a pena o tratos inhumanos o degradantes”. Según veremos, la opción por esta redacción, en la medida en que dicha Convención de Roma estará respaldada por un sistema de garantía muy activo, va a forzar una interpretación extremadamente dinámica de dicho precepto, especialmente en su aplicación jurisdiccional por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), a cuya jurisdicción se someten los estados signatarios.

a) La doctrina del TEDH en relación con la integridad

La integridad como objeto de derecho no figura expresamente mencionada en el CEDH. El TEDH se ha visto sin embargo obligado a una interpretación en la que, de un modo u otro, se acogieran situaciones respecto de las cuales el tenor literal del texto guardaba una manifiesta distancia. Pero al tiempo, era evidente que determinadas estipulaciones del CEDH daban por supuesta la existencia de un espacio de libre disposición de las personas cuya emergencia se ha ido perfilando al hilo de nuevas amenazas a posiciones de estatus que se pensaban incólumes.

Como se ve pues, la peripecia de la doctrina jurisprudencial del TEDH se ha desarrollado por caminos frecuentemente dificultosos y a veces incluso tortuosos, jurídicamente hablando. Así por ejemplo, en el caso de unos abusos sexuales perpetrados sobre una minusválida síquica en una residencia especializada, cuyos ascendientes inician la persecución penal contra el autor de los hechos, un familiar de la directora que vivía en ella. El TEDH, tras inadmitir los tribunales nacionales el

A continuación invita a los delegados a fin de lograr una fórmula que incluya la integridad física y moral. Costa Rica propone que se agregue "psíquica y moral".

El delegado de EEUU afirma que el idioma inglés carece de un término que le permita delimitar su significado cuando aparece como integridad moral.

El presidente somete a votación la proposición de Costa Rica la cual es aprobada en la forma siguiente: "Toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral".

procedimiento por no existir respaldo procesal para ello en la legislación aplicable, acaba reconociendo lesión del derecho...a la vida privada y familiar, acogido en el artículo 8 del Convenio⁷. El TEDH declaró que la integridad sexual de la agredida formaba parte de su vida privada⁸.

Como se ve, la redacción del Convenio obliga a distinguir la integridad física, que habitualmente el TEDH ubica en el artículo 3, mientras que la integridad psíquica y moral se liga al contenido del artículo 8. Nótese pues que la integridad personal protegida por el Convenio no se configura como una posición jurídica subjetiva de carácter iusfundamental o equivalente sino como un bien jurídico cuya protección corre a cargo de diversas estipulaciones en el articulado del Convenio⁹.

b) La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea

Habrá que esperar a la muy reciente Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (CDFUE) para encontrar el eco, anticipado sin duda de un modo u otro en la jurisprudencia del TEDH, de una más ambiciosa y precisa configuración formal mediante la recepción del término de *integridad de la persona*¹⁰.

La Carta mantiene, en su artículo 4, la tradición regulativa del CEDH al declarar-reiterar que “Artículo 4. Prohibición de la tortura y de las penas o los tratos inhumanos o degradantes. Nadie podrá ser sometido a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes.”

Pero introduce un artículo 3 que abre una vía nueva, más próxima al modelo de

⁷ “Artículo 8 – Derecho al respeto de la vida privada y familiar

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

⁸ *Caso X e Y contra Países Bajos*. Sentencia de 26 marzo 1985. “§22. No existe duda sobre la aplicabilidad del artículo 8: los hechos que están en el origen de la reclamación forman parte de "la vida privada", que *comprende la integridad psíquica y moral* de la persona y la vida sexual.

§23. El Tribunal recuerda que, aunque el artículo 8 tiene esencialmente como objeto la protección del individuo contra las injerencias arbitrarias de los poderes públicos, no se limita a obligar al Estado a abstenerse de tales injerencias: a esta obligación negativa pueden añadirse obligaciones positivas inherentes a un respeto efectivo de la vida privada o familiar (*Airey c. Irlanda* de 9 octubre de 1979). Estas pueden implicar la adopción de medidas tendentes a asegurar el respeto de la vida privada incluso en las relaciones de los individuos.”

⁹ Posiciones similares en cuanto al uso preciso de los términos que describen la integridad dañada en *Pretty c. Reino Unido*, §61, (2002), *Y. F.c. Turquía*, §33,(2003). Arruego Rodríguez, G., "Derechos fundamentales y biomedicina: algunas reflexiones acerca del derecho a la integridad en las doctrinas del TC y del TEDH", en Embid Irujo, A. (dir.). **Derechos económicos y sociales**. Iustel, Madrid, 2009.

Pero línea no coincidente desde luego en *M. y C. c. Rumania*, 2011.

¹⁰ La CDFE no está integrada en los Tratados de la UE pero ha adquirido desde 1 de diciembre de 2009, el mismo valor jurídico que los Tratados.

la integridad que vimos en el ámbito latinoamericano.

Artículo 3. Derecho a la *integridad de la persona*.

1. Toda persona tiene *derecho a su integridad física y psíquica*.

2. En el marco de la medicina y la biología se respetarán en particular:

- a) el consentimiento libre e informado de la persona de que se trate, de acuerdo con las modalidades establecidas por la ley;
- b) la prohibición de las prácticas eugenésicas, en particular las que tienen como finalidad la selección de las personas;
- c) la prohibición de que el cuerpo humano o partes del mismo en cuanto tales se conviertan en objeto de lucro;
- d) la prohibición de la clonación reproductora de seres humanos.

El cambio es extremadamente importante y puede verse como manifestación de la necesidad de resolver dos problemas. El primero guarda relación con el carácter *negativo* del enunciado del artículo 4 que como vimos reproducía el artículo 3 del CEDH. En efecto, el TEDH había construido una rica y matizada jurisprudencia, pero a base de dilatar hasta el extremo la cobertura que podía proporcionar dicho enunciado. Este precepto viene a confirmar que la protección de la integridad personal sólo es posible desde la configuración de un derecho *no reaccional*, que establezca un espacio con un objeto y un contenido *positivo*.

El segundo problema se relaciona con un factor que la Carta verbaliza en el propio preámbulo¹¹. En efecto, el desarrollo de la integridad, ya fuere personal, física y moral o física, síquica y moral, tiene que ver con la necesidad de construir, con la precisión requerida por el reto, un sistema jurídico que proteja desarrollos de los actores implicados en los nuevos escenarios científicos. La pormenorización que realiza dicho artículo 3 es especialmente aleccionadora pues, declara el derecho al tiempo que destaca espacios de precisión del derecho, es decir, confiere al titular poderes jurídicos de reacción. Combina pues la definición del espacio jurídico iusfundamental con la configuración reaccional del mismo. En resumen, un *derecho de reserva* que todo anuncia se verá sometido en el futuro a fuertes tensiones dinámicas en su desarrollo.

¹¹ "...es necesario, dándoles mayor proyección mediante una Carta, reforzar la protección de los derechos fundamentales a tenor de la evolución de la sociedad, del progreso social y de los avances científicos y tecnológicos.

1.2 La integridad en los documentos sectoriales. El espacio de la biomedicina.

Los dos documentos de referencia recientes, además de las disposiciones vistas en la CDFE son indudablemente de un lado 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. Convenio relativo a los Derechos Humanos y la Biomedicina*, que fue aprobado por el Comité de Ministros del Consejo de Europa el 19 de noviembre de 1996 y la *Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos* de la UNESCO (DUBDH), aprobada el 11 de noviembre de 2006.

Por el primero de ellos, al que denominaremos Convenio de Oviedo, se declara formalmente la integridad –sin apellidos- como un derecho fundamental, desgajándolo de la consideración meramente valorativa o principal. Ciertamente tal afirmación se realiza *frente* (con respecto) a las aplicaciones de la biología y la medicina, pero su proclamación lo es en tanto que posición subjetiva con estatus iusfundamental o equivalente para los ordenamientos constitucionales de los estados signatarios. Una afirmación que se refuerza por el resto del enunciado del artículo 1, en la medida en que establece una distinción jurídica entre dicho derecho y las exigencias del *principio* de dignidad humana¹².

E importa también resaltar que el objeto del derecho es, de acuerdo a las exigencias de la interpretación sistemática, “garantizarán a toda persona”, la integridad *personal*.

El Convenio viene así a configurar un nuevo estándar en el que la integridad personal toma carta de naturaleza como categoría iusfundamental, es decir, como criterio que se impone a los poderes constituidos, legislador y órdenes jurisdiccionales, en los términos del último inciso del citado artículo 1.

La DUBDH representa un avance mucho mayor en la expansión del concepto asociado al derecho fundamental por dos motivos¹³. De un lado porque lo proclama desde su universalidad, a diferencia del alcance regional del Convenio de Oviedo. De

¹² “Artículo 1 (Objeto y finalidad)

Las partes en el presente Convenio protegerán al ser humano en su dignidad y su identidad y garantizarán a toda persona, sin discriminación alguna, el respeto a su integridad y a sus demás derechos y libertades fundamentales con respecto a las aplicaciones de la biología y la medicina...”

¹³ “Artículo 8 Respeto de la vulnerabilidad humana y la integridad personal

Al aplicar y fomentar el conocimiento científico, la práctica médica y las tecnologías conexas, se debería tener en cuenta la vulnerabilidad humana. Los individuos y grupos especialmente vulnerables deberían ser protegidos y se debería respetar la integridad personal de dichos individuos.”

otro, porque refuerza el carácter indisponible del derecho avanzando en la distinción entre titularidad y ejercicio. Los grupos especialmente vulnerables deben estar contemplados de modo específico para que el derecho de que son titulares no quede vaciado por los condicionamientos en su ejercicio asociados o derivados de su posición de especial vulnerabilidad.

Todo parece indicar que el período que se sitúa a caballo entre los últimos años del siglo XX y los primeros del XXI han contemplado una reconstrucción de la idea de integridad subyacente en los términos puramente reaccionales asociados al antiguo, pero actual y sólido principio sin duda, de la prohibición de la tortura y de los tratos crueles, inhumanos o degradantes. Esta diferenciación, material y jurídico-formal, que no impide su convivencia en los sistemas de protección, es sin duda el comienzo de una nueva etapa de mayor eficacia de una y otra.

1.3 El tratamiento constitucional de la integridad

Si, como venimos comprobando, la configuración de un espacio de integridad personal como derecho fundamental, se ha venido formalizando sólo recientemente, cabe inferir de todo ello que una secuencia similar es apreciable en la evolución de los textos constitucionales.

a) Los modelos europeos continentales

La Constitución española de 1978 declara en su artículo 15 que “Todos tienen derecho a la vida y a la integridad física y moral, sin que en ningún caso puedan ser sometidos a tratos inhumanos o degradantes”. El enunciado, como se ve, integra en un mismo precepto posiciones jurídicas diferenciadas. Junto a, en el último inciso, la formulación negativa o reaccional ya advertida en la CEDH y en la DUDH de 1948, se alinean los derechos a la vida y a la integridad física y moral. Pues bien, según doctrina constante del Tribunal Constitucional español, la integridad física comprende tanto la corporal como la mental o síquica¹⁴. La integridad moral poseería así otra naturaleza,

¹⁴ Nótese que, como advierte Rodríguez Mourullo, el Proyecto constitucional mencionaba el derecho a la vida y a la integridad física. La integridad moral se añadió en el Senado a propuesta del Senador Isaías Zarazaga que argumentó en su enmienda que no se recogía la integridad “de la personalidad”, pues, a juicio de dicho parlamentario, el término *physical* recogido en algunos documentos internacionales poseía

por más que la corporal, la síquica y la moral compondrían la *integridad personal*, que sin embargo no se menciona en nuestro texto constitucional¹⁵.

La tendencia, a partir de la Sentencia 120/90, lo es más hacia la identificación del término integridad como espacio no susceptible de invasión por el poder público, de ahí la tendencia al uso, e incluso a la afirmación, de que nos encontramos ante un supuesto de inviolabilidad¹⁶. Esta asimilación de integridad a inviolabilidad permite así al juez constitucional evitar las consideraciones sobre el contenido inviolable y, por esta vía, permanecer en la posición reaccional de defensa de un derecho de objeto indefinido, más allá de su configuración negativa asociada a su tratamiento como posición jurídica reaccional.

El mayor problema, entre nosotros pero no sólo, deducido de esta posición de los operadores jurídicos universalizada a partir de la jurisprudencia, consiste en la confusión entre el concepto de integridad moral e incluso personal como objeto de derecho fundamental y la integridad moral como bien jurídico protegido por el sistema penal de carácter represivo. Pues, como se convendrá, no es lo mismo ni puede serlo, en términos jurídicos ni ordinamentales, un objeto de derecho fundamental que un bien jurídico sujeto a tipificación penal.

El problema que plantea la subsunción del objeto de derecho integridad moral en el de inviolabilidad es que produce su desnaturalización pues, en puridad, todos los derechos son inviolables. De ahí la propuesta de Rodríguez Mourullo de tomar el significado *fuerte* del término *Unversehrtheit*, recogido en el artículo 2 de la Constitución alemana, que habría que traducir por incólume¹⁷.

Portugal, fiel a un estilo regulativo pormenorizado en materia iusfundamental, acoge el concepto, y el término, de *integridad personal*. Pero junto a este término,

un significado más amplio que su término (*faux ami*, más bien) correspondiente en castellano *física*. “Comentario al artículo 15”, en *Comentarios a la Constitución Española de 1978*, (O. Alzaga, dir.), Madrid, Edersa, T. II.

¹⁵ Ni tampoco lo hace el TC en la Sentencia 120/90, en donde se contiene la aproximación doctrinal más precisa al significado del término *integridad física y moral*. No obstante, de la lectura minuciosa de sus FFJJ, e incluso de los Votos Particulares, cabe inferir una prudente distancia del Tribunal hacia el término integridad moral. Lo más frecuente en su texto es el uso del término integridad física o, simplemente, de integridad. Podría quizá hablarse de una cierta autocontención en el uso de dicho término.

¹⁶ Una línea de tendencia que se prolonga en las SSTC 173/90 y 57/94.

¹⁷ Como es sabido la constitución alemana se inicia con una cláusula de intangibilidad de la dignidad humana, ampliamente discutida en la doctrina en cuanto a su naturaleza y alcance. Mientras que es el artículo 2 (2) el que afirma que “Toda persona tiene el derecho a la vida y a la integridad física (*körperliche Unversehrtheit*).” La versión inglesa habla de *physical integrity* y la francesa de *intégrité phisique*. Seguramente no hay *puente* lingüístico si se trata de buscar una palabra idéntica en su significado.

utilizado de modo correcto en su artículo 19.6 para aludir a la incolumidad, lo cierto es que introduce una perfecta diferenciación entre integridad personal, integridad física e integridad moral, al utilizarlas de manera perfectamente discriminada y aludirlas con un alcance preciso. De modo que en el artículo 25.1 declara la inviolabilidad de la integridad moral y física de las personas; en tanto que en el artículo 33 rechaza la extradición en los casos en que el estado perseguidor contuviera en su ordenamiento previsión de pena de muerte o lesión de la integridad física para los hechos por los que se persigue. Finalmente el artículo 32.8 declara nulidad radical de las pruebas acusatorias obtenidas con lesión de la integridad física o moral¹⁸. Lo importante del modelo constitucional portugués no lo es tanto su pormenorización sino el hecho de tratarse de una constitución elaborada ya en una situación en la que parece preciso introducir una diferenciación conceptual y terminológica precisa, dejando atrás el modelo puramente reaccional del CEDH y de la DUDH.

Francia plantea un modelo muy distinto, más acomodado al del Convenio de Roma, pero sobre todo al modelo francés tradicional de libertades públicas y a una tabla de libertades construida a partir de textos y documentos de modo extremadamente singular. De modo que el tratamiento constitucional de la integridad personal se ha articulado desde las construcciones del *Conseil Constitutionnel* o del *Conseil d'État*, a partir de la proclamación del principio de dignidad humana en el Preámbulo de la Constitución de 1946. Véase por todos el ejemplo de la reciente *Décision n° 2010-71*, de 26 de noviembre, en relación con las normas del *Code de la Santé*, que regulaban las condiciones de internamiento obligatorio en centros hospitalarios. En dicha *Décision* declara contrarios a la constitución determinados preceptos, y otros los somete a interpretación conforme, en base al principio de dignidad humana como *principio de*

¹⁸ Artigo 19.º (Suspensão do exercício de direitos).

6. A declaração do estado de sítio ou do estado de emergência em nenhum caso pode afectar os direitos à vida, à integridade pessoal, à identidade pessoal, à capacidade civil e à cidadania, a não retroactividade da lei criminal, o direito de defesa dos arguidos e a liberdade de consciência e de religião.

Artigo 25.º (Direito à integridade pessoal)

1. A integridade moral e física das pessoas é inviolável.

2. Ninguém pode ser submetido a tortura, nem a tratos ou penas cruéis, degradantes ou desumanos.

Artigo 33.º (Expulsão, extradição e direito de asilo)

6. Não é admitida a extradição, nem a entrega a qualquer título, por motivos políticos ou por crimes a que corresponda, segundo o direito do Estado requisitante, pena de morte ou outra de que resulte lesão irreversível da integridade física.

Artigo 32.º (Garantias de processo criminal)

8. São nulas todas as provas obtidas mediante tortura, coacção, ofensa da integridade física ou moral da pessoa, abusiva intromissão na vida privada, no domicílio, na correspondência ou nas telecomunicações

*valor constitucional*¹⁹.

b) Latinoamérica

La gama de tratamientos constitucionales es extremadamente variada en función de las culturas políticas nacionales y la antigüedad de la norma, sin que pueda advertirse un modelo dominante.

México, en su artículo 29, al hilo de la regulación de las situaciones excepcionales, habilita al ejecutivo para la adopción de medidas expedidas en los correspondientes decretos que en ningún caso podrán restringir la integridad personal, que deberá entenderse proclamada como derecho de modo tan indirecto.

La Constitución de El Salvador, originalmente redactada en 1983, recoge en su artículo 2 un enunciado similar en este punto al del artículo 15 de la CE²⁰.

Paraguay, en 1992, introduce una disposición bastante completa y en la línea de las regulaciones más actuales al incluir como un espacio de disposición del propio cuerpo en el ámbito de la integridad, bien que la regulación constitucional adolezca de algunas imperfecciones²¹.

Honduras, en su constitución originalmente fechada en 1982, integra el grupo de constituciones que optan por hacerse eco de la regulación de la Convención Americana de Derechos Humanos, el Pacto de Costa Rica, integrando un modelo más amplio en el que, junto a la fórmula de prohibición de tortura y tratos inhumanos o degradantes, pormenoriza los subespacios en los que el documento supranacional entendió dividida la integridad personal²².

¹⁹ "En lo que se refiere a la dignidad de la persona: 28. Considerando que el Preámbulo de 1946 ha proclamado de nuevo que cualquier ser humano, sin distinción de raza, religión o creencias, posee derechos inalienables y sagrados; que la salvaguardia de la dignidad de la persona contra toda forma de sojuzgamiento y de degradación se cuenta entre esos derechos y constituye un principio de valor constitucional;" Hospitalización sin consentimiento *Décision* n° 2010-71, 26 novembre 2010

²⁰ "Artículo 2.- Toda persona tiene derecho a la vida, a la integridad física y moral, a la libertad, a la seguridad, al trabajo, a la propiedad y posesión, y a ser protegida en la conservación y defensa de los mismos..."

²¹ Artículo 4.- Del derecho a la vida. El derecho a la vida es inherente a la persona humana. Se garantiza su protección, en general, desde la concepción. Queda abolida la pena de muerte. Toda persona será protegida por el Estado en su integridad física y psíquica, así como en su honor y en su reputación. La ley reglamentará la libertad de las personas para disponer de su propio cuerpo, sólo con fines científicos o médicos.

²² "Artículo 68.- Toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral. Nadie debe ser sometido a torturas, ni penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes..."

En el mismo sentido, los siguientes textos constitucionales.

Artículo 36 de la Constitución nicaragüense de 1987. "Toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral. Nadie será sometido a torturas, procedimientos, penas ni a tratos

Ecuador, en su Constitución de 1992, ofrece una fórmula más imprecisa en su redacción, aunque de la lectura sistemática de la misma no parece deducirse una protección menor de la dispensada por formulaciones constitucionales más precisas ya citadas²³.

La Constitución guatemalteca de 1985 no autoriza a pensar que la protección en términos de integridad física y moral sea de menor intensidad, a pesar de un cierto laconismo en el enunciado, toda vez que el enunciado “integridad de la persona” remite indubitadamente a la interpretación impuesta por el Pacto de San José de Costa Rica²⁴.

Uruguay, Panamá y Puerto Rico no contienen disposiciones de carácter general sobre la integridad personal, bien que sí reconocen en los tres casos, estatus similares pero para sujetos específicos como los trabajadores o los privados de libertad.

La Constitución de la República Federativa de Brasil, garantiza dentro del artículo 5.III que “ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante”, pero no se recoge declaración expresa alguna de carácter general acerca de una posición iusfundamental reconocedora de la integridad personal ni de ninguna de sus posibles variantes. Este dato no poseería más importancia a no ser porque sí se recoge un reconocimiento expreso y garantizado en el artículo 5.XLIX con relación a los privados de libertad: “é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral”. Una interpretación sistemática perfectamente ajustada deberá pues inferir de dicho precepto que la integridad física y moral está reconocida a toda persona; y que,

cruelles, inhumanos o degradantes. La violación de este derecho constituye delito y será penado por la ley.”

Artículo 2 de la Constitución de Perú de 1993. “Toda persona tiene su derecho: 1. A la vida, a su identidad, a su integridad moral, psíquica y física y a su libre desarrollo y bienestar...”.

Mayor pormenorización en la Constitución de la república bolivariana de Venezuela de 1999.

Artículo 46.- Toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral, en consecuencia:

1. Ninguna persona puede ser sometida a penas, torturas o tratos crueles, inhumanos o degradantes...
2. Toda persona privada de libertad será tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano.
3. Ninguna persona será sometida sin su libre consentimiento a experimentos científicos, o a exámenes médicos o de laboratorio, excepto cuando se encontrare en peligro su vida o por otras circunstancias que determine la ley...

²³ Artículo 23.- Sin perjuicio de los derechos establecidos en esta Constitución y en los instrumentos internacionales vigentes, el Estado reconocerá y garantizará a las personas los siguientes:

1. La inviolabilidad de la vida. No hay pena de muerte.
2. La integridad personal. Se prohíben las penas crueles, las torturas; todo procedimiento inhumano, degradante o que implique violencia física, psicológica, sexual o coacción moral, y la aplicación y utilización indebida de material genético humano.

²⁴ Artículo 3.- Derecho a la vida. El estado garantiza y protege la vida humana desde su concepción, así como la integridad y la seguridad de la persona

además, se afirma que la posición jurídica iusfundamental del privado de libertad no puede en ningún caso producir menoscabo o lesión del derecho universalmente proclamado²⁵.

1.4 La integridad personal receptora de nuevos escenarios y nuevos valores emergentes.

La recopilación del conjunto de normas internacionales y constitucionales realizada nos permite construir un escenario que incluye una secuencia de algo más de medio siglo en donde progresivamente se ha ido aglutinando, a partir de un principio puramente negativo y reaccional, una posición iusfundamental llamada a desempeñar unas funciones impensables no hace mucho tiempo.

Ello puede verse como resultado de varios vectores que están confluyendo simultáneamente, pero que poseen un origen y naturaleza dispar.

Podemos desde luego señalar en primer lugar la crisis del sistema constitucional clásico de derechos ya en las constituciones anteriores a la Segunda Guerra Mundial, cifrado en la certeza de que el poder político legítimo puede ser el destructor más eficaz del Estado de Derecho.

Entre otras consecuencias, aquéllos acontecimientos han llevado progresivamente a volver a dotar de contenido valorativo al sistema de derechos y a reforzarlo a través de un conjunto de recursos institucionales variados. Es en esta tesitura en la que los derechos fundamentales son reconstruidos como formalizaciones jurídicas de *fragmentos de dignidad*, un principio y un valor que – según se sabe – la Ley Fundamental de Bonn canonizó como derecho-cláusula de intangibilidad.

En este marco tan sucintamente recordado, la integridad moral – incluso en su formalización como integridad personal- está actuando como una membrana osmótica que articula la incorporación al ordenamiento de nuevos fragmentos de dignidad humana.

Entra dentro de lo evidente que el enérgico rechazo, en las formulaciones de posguerra, a la comisión por un poder político legítimo de cualquier acción calificable de tortura o trato inhumano o degradante reflejaba la impotencia – o la innecesidad –

²⁵ Una interpretación respaldada por el tenor literal del artículo 38 del Código Penal brasileño. “Art. 38. O preso *conserva* todos os direitos não atingidos pela perda da liberdade, impondo-se a todas as autoridades o respeito à sua integridade física e moral. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)”. Cursivas nuestras.

de forzar a los ordenamientos jurídico-constitucionales a un compromiso en términos jurídicamente tan imprecisos.

En este sentido, la evolución sufrida por la interpretación del artículo 3 del CEDH, o preceptos equivalentes en otros tratados o convenios, ponen de manifiesto la tendencia hacia un mayor enriquecimiento, una mayor complejidad también, del compromiso a que los poderes públicos – y privados – quedan obligados activamente.

Por lo tanto, los enunciados meramente represivos, prohibitivos o reaccionales no han quedado obsoletos, sino que antes bien han devenido insuficientes para desempeñar función equivalente en eficacia ante los nuevos retos.

Según vimos, ya en la década de los sesenta los preceptos estudiados fueron introduciendo supuestos que claramente no estaban formulados de modo específico en las primeras formulaciones defensoras de la idea de especie humana digna.

Por más que pudiéramos remitirnos a documentos que en el área de la experimentación clínica se hicieron eco de las aberrantes prácticas realizadas por el régimen nacional – socialista, lo cierto es que – descartadas prácticas tan radicalmente delictivas- ha sido preciso incorporar al ordenamiento principios y reglas exigidos por las transformaciones no sólo de las prácticas biomédicas, sino también del papel de los modernos estados sociales de derecho en el ámbito de las políticas sanitarias. Lo que muy frecuentemente se ha producido transponiendo a normas jurídicas reglas surgidas al hilo de las buenas prácticas de terapias clínicas o de actividades investigadoras en el campo de la biomedicina.

La integridad personal, física o moral, se ve así potenciada en su contenido jurídico, aunque no en su objeto, que siempre fue el mismo. Sólo que ahora ese objeto se encuentra expuesto a nuevas y poderosas amenazas e involucrado en nuevas relaciones jurídicas; unas potenciales, pero otras incorporadas ya a la vida diaria de las complejas sociedades modernas.

Estos son los nuevos tiempos, preñados –como se ve- de novedosos desafíos.

a) Inconsistencias del concepto de integridad.

Hablar de integridad moral, o personal, supone aludir a un conjunto de características tenidas como valores objeto del derecho a ella. Lo que confiere la integridad es, cabalmente, la imposible disposición de dichos valores sin expresa

aceptación de la persona titular del derecho a dicho acervo. Ello indica por tanto que la *integridad* presupone la *inviolabilidad*, pero no consiste en ella sino en los contenidos iusfundamentales que protege.

Lo que nos lleva a afirmar que aquélla inviolabilidad, que protege el acervo valorativo en que dicha integridad consiste, está sometida a una apreciación binaria en cuanto a su respeto. O dicho de otro modo, no admite graduación: una posición iusfundamental se vulnera o no se vulnera; no se vulnera más o menos. Lo que es distinto, claro está, de la reprochabilidad del acto definido como ilícito que admite graduación y por lo mismo, adecuación de las políticas represivas a la intensidad de la lesión en el bien jurídico tipificado por la ley penal.

Pues bien, la primera, y grave, inconsistencia de la integridad moral, o personal, es que alude con el mismo término a dos espacios jurídicos distintos que sin embargo conviven en los ordenamientos. La integridad es objeto de un derecho constitucional o fundamental y es también, en la mayoría de los ordenamientos, un bien jurídico penalmente protegido. Pero uno y otro son distintos²⁶.

Es cierto que los propios documentos internacionales, declaraciones y tratados, formulan o perfilan la posición iusfundamental de modo tal que frecuentemente *tienden a graduar* los términos de la prohibición. En la medida en que muchos de los documentos internacionales son hechos valer por tribunales, se ha abierto paso la vía a la identificación entre espacio iusfundamental y graduación de la gravedad de la lesión. Lo que, siendo relevante para el orden jurídico penal de cosas, provoca malentendidos si entramos en el espacio propio de su regulación constitucional en clave iusfundamental.

No se puede, ni se debe, pues, confundir o identificar el concepto penal de integridad moral como bien jurídico digno de protección con el derecho constitucional fundamental a dicha integridad. Ambos juegan una distinta función ordinamental.

Como se sabe la doctrina del TEDH ha construido una “escala” apoyándose en el propio enunciado del artículo 3 que enumera, en modo sugestivamente jerárquico en cuanto a gravedad, las torturas, los tratos inhumanos y los degradantes²⁷.

²⁶ El Tribunal Supremo español, Sala 2ª, configura negativamente la integridad moral en la medida en que los tipos penales del Código definen las lesiones a dicha integridad. Así, por ejemplo en STC 22-2-2005. El Código Penal español denomina al Título VII del Libro II, “Delitos contra la integridad moral”, arts. 173 ss.

²⁷ Esta tendencia a una escala de gravedad en la lesión se dibuja en una secuencia de más de treinta años de tendencia en la jurisprudencia del TEDH. Por más que no sea una tendencia nítida, pues ha convivido a veces con afirmaciones que la cuestionaban.

El TC español ha sostenido también esta idea de *escala graduada* pero jurídica, no sólo en STC 120/90, sino también en 137/90, 57/94...

c) La progresiva dilatación del concepto de integridad

Ha sido inicialmente en los textos latinoamericanos, y más concretamente en la Convención Americana de Derechos Humanos, Pacto de San José de Costa Rica, donde se ha producido la tendencia a la dilatación, pero sobre todo a la configuración de un segundo nivel de protección definido positivamente, como espacio iusfundamental, y no negativamente, como prohibición de actos lesivos de la integridad personal. El artículo 5 es, desde este punto de vista, de extrema contundencia, pues en él convive el viejo, e imprescindible, plano de rechazo de actos de los poderes públicos lesivos de la integridad personal, física o moral, con el nuevo plano declarativo. Una palmaria demostración de una diferenciación necesaria, lo que no deja de ser escaso mérito en la lejana fecha de 1969. Se podrá decir, y no de modo infundado, que la integridad personal proclamada no hacía frente a amenazas que han tomado carta de naturaleza posteriormente. Pero su mera declaración supuso un encomiable punto de partida ya irreversible.

Sin embargo el carácter *dinámico* del concepto de integridad personal, en cualquiera de sus variantes o presentaciones, posee muy profundas razones que remiten a los mismos fundamentos culturales y éticos de los ordenamientos jurídicos contruidos en torno a los estándares del estado de derecho. Este carácter dinámico, que ya vimos utilizado por el TEDH en su jurisprudencia, y replicado con más o menos intensidad por diversas Cortes constitucionales, no hacen sino registrar o acusar recibo de aquélla profundidad que, en manos de un juez sabio, se convierte en indisponibilidad de sus contenidos metajurídicos²⁸.

Nuestros ordenamientos se fundamentan en la concepción del ser humano como

Puede verse SSTEDH *Irlanda c. Reino Unido*, 18 de enero de 1978; *Tyrer c. Reino Unido*, 25 de abril de 1978; *Campbell y Cosans c. Reino Unido*, 25 de febrero de 1982 y 22 de marzo de 1983; y caso *Soering c. Reino Unido* de 7 de julio de 1989 en donde ha señalado que para que el trato sea «degradante» debe ocasionar también al interesado -ante los demás o ante sí mismo - (...) una humillación o un envilecimiento que alcance un mínimo de gravedad”.

²⁸ En el Tribunal Constitucional español pueden encontrarse ecos de este enfoque. Para asuntos próximos al objeto de estas páginas, véanse STC 57/94/4 o 207/96/3, entre otras.

sujeto moral. Esta es una idea griega perfilada sutilmente por Platón. En esencia, y ello es lo que nos obliga a ir tan lejos, sujeto moral significa que el ser humano, a diferencia de otros seres, posee *conciencia de sí*. O al menos eso sostenemos en el actual estado del conocimiento, que priva de esa cualidad al resto de seres vivos. Lo que distingue pues al ser humano, desde el pensamiento clásico griego, es su capacidad para *pensar su propia existencia*, o lo que es lo mismo, para dar significado a su existencia.

También sabemos que este proceso, de desigual intensidad y calidad en nuestros congéneres pero de igual naturaleza y valor, se articula mediante un *lenguaje interior* que somete y ordena las percepciones del mundo exterior. A este proceso invitaba aquella regla clásica griega grabada en la portada del templo a Apolo en Delfos: “conócete a ti mismo”.

Lógicamente es la *construcción social* y el reflejo jurídico de la misma lo que convierte el concepto de integridad moral en un constructo cuya delimitación jurídica es sólo posible a partir de una comunidad concreta de relación y significado. De modo que su inserción jurídica no hace sino instalar en el ordenamiento una construcción cultural: todos tenemos pues derecho a nuestra propia integridad y a que sea respetada²⁹. Es evidente que nos encontramos en idénticos terrenos de paradigma, pero no de contenido, que para el caso de la dignidad humana. Esta no es un derecho; la integridad sí. Por eso sí que podemos afirmar, remedando las afirmaciones de Hoffmann, que *nadie debe a otro su integridad personal y que nadie está habilitado por el ordenamiento jurídico para privarle de ella*³⁰.

Sin embargo, este no es el problema jurídico. El problema para los juristas reside, en nuestro criterio, en la insuficiencia del paradigma jurídico clásico que hacía convivir razonablemente las tensiones implícitas en la declaración de un estatus jurídico colectivo de titularidad individual.

1.5 Integridad y crisis del paradigma jurídico clásico

Los ordenamientos jurídicos han acogido tradicionalmente una división nacida más allá del mundo del derecho. Todo sistema jurídico descansa en una distinción

²⁹ Información precisa y cuidada sobre todo esto puede encontrarse en Antonio Pele, *Dignidad humana. Sus orígenes en el pensamiento clásico*, Dykinson, Madrid, 2010. Especialmente recomendable Emilio Lledó, *El surco del tiempo. Meditaciones sobre el mito platónico de la escritura y de la memoria*.

³⁰ Hasso Hofmann, “La promesa della dignitá umana”, *RIFD 4, LXXVI*, 1999, pp. 642 y 650.

proveniente del derecho romano al menos, que para lo que ahora nos interesa establece una distinción entre *persona* y *cosa*. En torno a esa distinción se han construido los conceptos que han permitido definir objetos de derecho y, consiguientemente, se han establecido los distintos regímenes jurídicos.

En lo que a la naturaleza humana jurídicamente formalizada se refiere, la clasificación, aplicada al ser humano, distinguía entre el ser humano como tal, jurídicamente indisponible en términos de genuina *sacralización*. De tal modo que el ser humano no era jurídicamente relevante sino a través de su *veste* jurídica: la *persona jurídica*. El cuerpo humano en cuanto tal era indisponible, es decir, de imposible sometimiento a cualquier vínculo jurídico dominical³¹.

Quizá esta *sacralización* no haya sido nunca tan radical, pues las sociedades se han visto siempre asistidas por criterios sociales más o menos aceptados en los que se apoyaba una palmaria cosificación de otros seres humanos. Valdrá como ejemplo la esclavitud como práctica económica jurídicamente regulada hasta hace menos de dos siglos.

Pero esta división, más allá de la inconsistencia nacida de su convencionalidad, ha ido sufriendo un desgaste, sobre todo en los tiempos recientes y en el ámbito de la biomedicina. La regulación del consentimiento para prácticas diagnósticas o terapéuticas invasivas, la de los sujetos de investigación en la imprescindible experimentación clínica, el mundo en expansión de las donaciones de órganos y tejidos que tuvo ya su origen en la práctica de las transfusiones paliada por la tendencia a configurarlas como altruistas,...son ejemplos de que el cuerpo humano, y sus partes, han requerido ya de actuaciones regulativas en donde el objeto de regulación pueden ser elementos inmateriales, sacralizados o no, pero también simples fragmentos materiales del cuerpo humano irremediabilmente cosificados.

De modo imparable todo este mundo nos está llevando cada vez más a una situación en la que *lo humano* puede llegar a ser una mera cosa...sin dejar de ser humano. Piénsese en gametos, pero también en las emergentes donaciones de órganos *intervivos*.

La idea clásica de lo humano como objeto sacralizado jurídicamente protegido

³¹ Sigo a Mathieu Reynier en su excelente, *L'ambivalence juridique de l'humain*, Les Études Hospitalières, Bordeaux, 2011. Especialmente pp. 124 ss. y 258 ss.

es una idea superada en el último cuarto del siglo pasado. Lo sacralizado es ya, parcialmente o no, disponible.

Esta crisis es la que está alimentando de contenidos el principio-derecho a la integridad personal en cualquiera de sus formulaciones. Es fácil hacerlo, aunque no siempre, cuando hablamos de integridad física, pero definitivamente, la escisión persona-cosa y el concepto de personalidad jurídica en el que se apoyaba para las zonas difíciles ha comenzado a ser inservible para regular situaciones de extrema relevancia.

La integridad personal, con sus subdivisiones en física y moral, apela en realidad a una nueva idea de humano como un conjunto complejo, un todo que integra por ello elementos cosificados y elementos personalizados, elementos materiales e inmateriales, todo ello ordenado a través de un sistema de reglas y un paradigma al que exigimos, desproporcionadamente, que defina un sistema coherente con los valores que el ordenamiento jurídico declara.

Pero lo humano, como recuerda Reynier, no es un cuerpo. O no es sólo un cuerpo en otras ocasiones. Es también una idea, una construcción cultural que propone una idea de individual pero en un contexto colectivo concreto, en donde se ordenan en lo posible persona y cosa, sujeto y objeto...³².

No sería fácil encontrar una más precisa, e insatisfactoria, aproximación al contenido de la integridad moral, y por tanto, personal.

Sin embargo, es probablemente este concepto, jurídicamente formalizado, el llamado a soportar una gran parte del esfuerzo de protección de los seres humanos y sus sistemas de valores jurídicamente formalizados frente a escenarios nuevos y emergentes.

³²"L'humain est ainsi un «tout» complexe et un «complexe» de tout", Reynier, *op. cit.*, p. 259.

REFERÊNCIAS

ARRUEGO, Gonzalo. “Derecho a la integridad física y moral”, **Enciclopedia de Derecho y Bioética**, T. I, Granada: Comares, 2011, p. 551-560.

HOFMANN, Hasso. “La promessa della dignità umana”, **Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto** 4, LXXVI, 1999.

LLEDÓ, Emilio. **El surco del tiempo**: Meditaciones sobre el mito platónico de la escritura y de la memoria. Espanha: Editorial Crítica, 2000.

MOURULLO, Gonzalo Rodríguez. “Comentario al artículo 15”, en **Comentarios a la Constitución Española de 1978**. (O. Alzaga, dir.). Madrid: Edersa, T. II, 1978.

PELE, Antonio. **Dignidad humana**: Sus orígenes en el pensamiento clásico. Madrid: Dykinson, 2010.

REYNIER, Mathieu. **L’ambivalence juridique de l’humain**. Bordeaux: Les Études Hospitalières, 2011.



Internamientos forzados, derechos humanos y protección de la salud mental. El equilibrio necesario en beneficio del paciente¹

Forced internment, human rights and protection of mental health.

Necessary balance the benefit of the patient

Pilar Nicolás Jiménez *

Resumen

En los últimos años se ha producido un notable incremento en el conocimiento científico de los mecanismos de la enfermedad mental, de la mejora de los tratamientos y de las condiciones en que se desarrollan, así como un cambio en la percepción social de estas patologías. También en el plano jurídico, tanto desde la perspectiva internacional como nacional, se han articulado garantías para la protección de los derechos de estos pacientes. No obstante, la dispersión normativa que existe en España dificulta la descripción del estatuto jurídico global de la persona con trastorno mental. Se debería dar una respuesta legal -integrada en una estrategia más amplia- al llamamiento pronunciado desde sectores e instituciones de distinta naturaleza (incluido el Tribunal Constitucional), enfocada hacia la protección de su salud de los pacientes y basada en el reconocimiento y respecto de sus derechos. En este contexto se sitúa la regulación del internamiento forzoso por enfermedad mental, que se describe en este trabajo analizando los derechos implicados y describiendo su relación con otros procedimientos próximos.

Palabras Clave: Internamiento forzoso. Tratamientos médicos en incapaces. Derechos del paciente incapaz. Delitos contra la libertad.

Abstract

In recent years there has been a notable increase in the scientific understanding of the mechanisms concerning mental illness, in improving treatments and in the conditions in which they develop, as well as a change in the social perception of these pathologies. Also from a legal point of view, both international and national perspective, have articulated guarantees for the protection of these patients' rights. However, the dispersion law that exists in Spain makes difficult the overall description of the legal status of the person with mental disorder. It should give a legal answer -part of a broader strategy-, to the call pronounced from sectors and institutions of different nature (including The Constitutional Court), focused on the protection of patients' health and based on the recognition and respect of their rights. In this context, the regulation of compulsory admission of mental illness arises, which is described in this paper analyzing the rights involved and describing its relationship with similar procedures.

Keywords: Compulsory admission. Medical treatment for incompetent people. Incompetent patients' rights/crimes against liberty.

¹ Este trabajo se ha realizado gracias a la Ayuda a Grupos de Investigación del Sistema Universitario Vasco, Ref. IT581-13.

*Investigadora Doctora Permanente, Área de Derecho Penal, Universidad del País Vasco UPV/EHU. Cátedra Interuniversitaria Diputación Foral de Bizkaia de Derecho y Genoma Humano, Universidad de Deusto, Universidad del País Vasco /EHU. Contacto: pilar.nicolas@deusto.es

Introducción

La libertad, propugnada valor superior del ordenamiento jurídico, se manifiesta, en su dimensión personal o individual, en libertades concretas reconocidas expresamente como derechos fundamentales, o como bienes jurídicos que el derecho protege con distinta intensidad. Entre aquellos, el derecho a la libertad ambulatoria está recogido en el artículo 17 CE y el derecho a la integridad física y moral en el artículo 15, que representa el anclaje iusfundamental del derecho a tomar decisiones sobre las intervenciones “en el cuerpo y en el espíritu” y, por consiguiente, del deber de respeto a la autonomía del paciente y a su voluntad en relación con los tratamientos médicos².

Artículo 1.1 CE: “1. España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político”.

Artículo 9.2 CE: “Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social”.

Artículo 15 CE: Todos tienen derecho a la vida y a la integridad física y moral (...).”

Artículo 17 CE: “1. Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad. Nadie puede ser privado de su libertad, sino con la observancia de lo establecido en este artículo y en los casos y en la forma previstos en la ley. 2. La detención preventiva no podrá durar más del tiempo estrictamente necesario para la realización de las averiguaciones tendentes al esclarecimiento de los hechos, y, en todo caso, en el plazo máximo de setenta y dos horas, el detenido deberá ser puesto en libertad o a disposición de la autoridad judicial. 3. Toda persona detenida debe ser informada de forma inmediata, y de modo que le sea comprensible, de sus derechos y de las razones de su detención, no pudiendo ser obligada a declarar. Se garantiza la asistencia de abogado al detenido en las diligencias policiales y judiciales, en los términos que la ley establezca. 4. La ley regulará un procedimiento de «habeas corpus» para producir la inmediata puesta a disposición judicial de toda persona detenida ilegalmente. Asimismo, por ley se determinará el plazo máximo de duración de la prisión provisional”.

Los ámbitos en que se desenvuelven las diferentes facetas de la libertad personal están delimitados en función de las necesidades de la convivencia y, en este marco, además, las injerencias serán legítimas si, dentro del parámetro de la proporcionalidad, están previstas en la ley para proteger intereses concurrentes, sean colectivos, de terceros o incluso otros del propio sujeto. Esto puede suceder, por ejemplo, cuando se acuerdan algunas medidas en la investigación y en la determinación de las

² ARRUEGO, Gonzalo. **Vida, integridad personal y nuevos escenarios de la biomedicina**. Granada: Comares, 2011, p. 50.

consecuencias de la comisión de infracciones penales, o cuando se adoptan ciertas decisiones en el contexto sanitario. La incapacidad psíquica es un factor trasversal que puede estar presente en estos casos, que se extienden al ámbito administrativo, civil y penal con distintos fundamentos que a veces confluyen colateralmente.

La protección de la salud del sujeto incapaz para tomar decisiones es determinante como fundamento de las medidas previstas de naturaleza administrativa y civil limitadoras de la libertad ambulatoria y de la autonomía del sujeto³. Las posibilidades de intervención son muy variadas y de distinta intensidad en cuanto a la injerencia en los derechos del sujeto y pueden suponer la sustitución del consentimiento de quien no manifiesta su voluntad debido a su situación psíquica (administración de un medicamento sin informar al paciente o llevar a cabo una intervención invasiva en el incapaz que no muestra su disconformidad -llegando hasta la esterilización-), o la actuación en contra de la voluntad manifestada expresamente cuando no se considera emitida en condiciones de validez, incluso recurriendo la fuerza física (sujeción o internamiento forzoso)⁴

Por otra parte, el tratamiento médico se puede llevar a cabo sin consentimiento en casos de peligro para la vida o la salud del paciente, y están previstas algunas intervenciones obligatorias en el ámbito biomédico como medidas urgentes de salud pública. Tratándose de supuestos que pueden representar injerencias, más o menos evidentes, en la libertad de los sujetos en el contexto médico, no guardan relación necesariamente con el padecimiento de una enfermedad mental.

Finalmente, las implicaciones penales se manifiestan en la diferencia de las consecuencias jurídicas que derivan de las infracciones cuando el autor padece un trastorno mental que suponga su inimputabilidad o semiinimputabilidad, es decir, una alteración que le haya impedido comprender que el hecho concreto cometido es ilícito,

³ Incluso cuando exista el riesgo de peligro inmediato para sí mismo o para terceros. CASABONA, Carlos María Romeo. **El tratamiento jurídico del enfermo mental en el Consejo de Europa y sistema de garantías en el Derecho Español**”, *Las transformaciones del Derecho Penal en un mundo en cambio*, Vol II, Adrus, Arequipa, 2004, p. 137.

⁴ En general sobre el consentimiento en la regulación de la Ley 41/2002 y en particular cuando el sujeto es incapaz, véase MALANDA, Sergio Romeo. Un nuevo marco un nuevo marco juridico-sanitario: la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, sobre derechos de los pacientes. **La Ley**, núm. 5703, 2003, especialmente, p. 10 y ss.

caso en que se sustituye la pena por una medida de seguridad o se combinan ambas⁵. La promoción de la salud del inimputable está presente en esta operación pero de manera indirecta: ya sea su fundamento la inimputabilidad y su objetivo la socialización, ya sea su fundamento la peligrosidad y su objetivo la prevención especial (según se sostenga una u otra postura), la mejora de la salud mental contribuye sin duda en ambos sentidos. Desde una concepción más cercana a la primera tendencia, se ha llegado a afirmar que el status jurídico del inimputable absuelto penalmente ha de aproximarse lo más posible al que ostenta aquel a quien se impone el internamiento forzoso por vía civil, lo cual incidiría, entre otros aspectos, en la duración del internamiento o en el tipo de centro donde debería ingresar⁶. Del mismo modo, desaparecida la peligrosidad manifestada por la comisión de un delito, la continuidad del internamiento debería reconducirse al procedimiento civil⁷. Igual que en el caso anterior, las opciones son muy variadas, y pueden ir desde la adopción de medidas de vigilancia o de determinadas prohibiciones, por ejemplo, en relación con la tenencia de armas, hasta el internamiento forzoso (art. 96 CP).

La Recomendación Rec (2004)10 del Comité de Ministros del Consejo de Europa sobre la protección de los derechos humanos y la dignidad de las personas con enfermedades mentales, justifica el internamiento no sólo para proteger la salud del enfermo, sino también la seguridad de otras personas (“*A person may be subject to involuntary placement only if all the following conditions are met: i. the person has a mental disorder; ii. the person's condition represents a significant risk of serious harm to his or her health or to other persons; (...)*” – artículo 17). Esta disposición debe interpretarse con mucha precaución y reservarse para casos de peligro para la integridad de terceros que puedan suponer la inminente comisión de un delito. El internamiento debería trasladarse, en su caso, a la jurisdicción penal y el internamiento se debería acordar en este contexto (Se mencionan, en otro lugar de la Recomendación, algunas recomendaciones para el internamiento de detenidos por la comisión de infracciones).

⁵ Un detallado estudio sobre este asunto en: Asier MORA, Urruela. **Imputabilidad penal y anomalía o alteración psíquica, Cátedra Interuniversitaria de Derecho y Genoma Humano**. Comares, Bilbao, Granada; 2004.

⁶ SÁEZ, José Antonio Rodríguez; GRASA, Dolors Leyva. El fundamento ético-jurídico de la medida de seguridad de internamiento psiquiátrico. **La Ley**, n. 7762, 2011, p. 6-11.

⁷ CASABONA, Carlos María Romeo. El tratamiento jurídico del enfermo mental en el Consejo de Europa y sistema de garantías en el Derecho Español, Las transformaciones del Derecho Penal en un mundo en cambio, Vol II, Adrus, Arequipa, 2004, p. 121.

A continuación se plasma en una tabla un resumen de este panorama.

Actuación	Relevancia de la salud psíquica del paciente	Legislación	Procedimiento
Control obligatorio de los enfermos y de quienes hayan estado en contacto con ellos: tratamiento, hospitalización; vacunación obligatoria, etc.	No	Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril, de medidas especiales en materia de salud pública. Art 9.2 a) de la Ley 41/2002 básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica: “Los facultativos podrán llevar a cabo las intervenciones clínicas indispensables en favor de la salud del paciente, sin necesidad de contar con su consentimiento, en los siguientes casos: a) Cuando existe riesgo para la salud pública a causa de razones sanitarias establecidas por la Ley. En todo caso, una vez adoptadas las medidas pertinentes, de conformidad con lo establecido en la Ley Orgánica 3/1986, se comunicarán a la autoridad judicial en el plazo máximo de 24 horas siempre que dispongan el internamiento obligatorio de personas”. Disposición final 14ª de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (LEC).	Decisión de la autoridad administrativa. Omisión de consentimiento Notificación a posteriori a la autoridad judicial.
Intervención clínica cuando exista urgencia por riesgo para la salud.	No	Art. 9.2 b de la Ley 41/2002: “Los facultativos podrán llevar a cabo las intervenciones clínicas indispensables en favor de la salud del paciente, sin necesidad de contar con su consentimiento, en los siguientes casos: (...) b) Cuando existe riesgo inmediato grave para la integridad física o psíquica del enfermo y no es posible conseguir su autorización, consultando, cuando las circunstancias lo permitan, a sus familiares o a las personas vinculadas de hecho a él”.	Decisión médica. Omisión de consentimiento. Consulta, si es posible, a sus familiares o a las personas vinculadas de hecho a él.
Tratamiento médico no urgente	Sí	Art. 9.2 de la Ley 41/2002: “Se otorgará el consentimiento por representación en los siguientes supuestos: a) Cuando el paciente no sea capaz de tomar decisiones, a criterio del médico responsable de la asistencia, o su estado físico o psíquico no le permita hacerse cargo de su situación. Si el paciente carece de representante legal, el consentimiento lo prestarán las personas vinculadas a él por razones familiares o de hecho. b) Cuando el paciente esté incapacitado legalmente. (...)”	Sustitución del consentimiento.

Internamiento forzoso como medida de tratamiento psiquiátrico.	Sí	Art. 763 de la LEC: “1. <i>El internamiento, por razón de trastorno psíquico, de una persona que no esté en condiciones de decidirlo por sí, aunque esté sometida a la patria potestad o a tutela, requerirá autorización judicial (...)</i> ”.	Procedimiento judicial (civil): autorización judicial de una decisión médica.
Internamiento como medida de seguridad para inimputables / semiimputables (sustitutivo de la pena)	Sí	Arts. 95 y ss del Código Penal (CP). Art 95: “1. Las medidas de seguridad se aplicarán por el Juez o Tribunal, previos los informes que estime convenientes, a las personas que se encuentren en los supuestos previstos en el capítulo siguiente de este Código, siempre que concurren estas circunstancias: 1. ^a Que el sujeto haya cometido un hecho previsto como delito. 2. ^a Que del hecho y de las circunstancias personales del sujeto pueda deducirse un pronóstico de comportamiento futuro que revele la probabilidad de comisión de nuevos delitos”.	Procedimiento judicial (penal): decisión judicial
Esterilización de incapaces	Sí	Art. 156, 2º párrafo, del CP: “ (...) no será punible la esterilización de persona incapacitada que adolezca de grave deficiencia psíquica cuando aquélla, tomándose como criterio rector el del mayor interés del incapaz, haya sido autorizada por el Juez, bien en el mismo procedimiento de incapacitación, bien en un expediente de jurisdicción voluntaria, tramitado con posterioridad al mismo, a petición del representante legal del incapaz, oído el dictamen de dos especialistas, el Ministerio Fiscal y previa exploración del incapaz.	Procedimiento judicial (civil): autorización judicial.

1 Internamientos forzosos por enfermedad mental

El internamiento forzoso por enfermedad mental supone la privación de libertad autorizada o convalidada judicialmente en centro sanitario especializado con el objeto de aplicar una terapia psiquiátrica sobre la persona afectada por trastorno psíquico (con las matizaciones que se harán en el epígrafe IV), cuando ésta no tenga capacidad de decidir por sí y exista un grave riesgo para su salud⁸.

El internamiento puede ser forzoso desde el inicio o adquirir este carácter tras un ingreso voluntario en un centro (psiquiátrico o no). En este caso, a partir de este momento, deberá revestir las garantías correspondientes. Este es un cambio de situación que puede darse con relativa frecuencia cuando se trata de ingresos voluntarios de

⁸ CHIMENO CANO, Marta. **Incapacitación, Tutela e internamiento del enfermo mental**. Aranzadi: Thomson: 2004, p. 209.

personas mayores que posteriormente se niegan a permanecer en el centro y sobre el que ha llamado la atención la Fiscalía General de Estado de 8 de junio de 1984⁹.

1.1 Derechos implicados

El internamiento involuntario supone la limitación de la libertad de los sujetos en relación con su situación espacial y con la aplicación de tratamientos médicos, justificada cuando se trata de proteger su salud. Es precisamente la ausencia de capacidad plena el presupuesto imprescindible para que esta justificación opere, de manera que a primera vista resulta paradójico afirmar que se limita la libertad de decidir, cuando la capacidad para hacerlo ya está limitada en el propio sujeto. Por esta razón, se ha sostenido que el internamiento de una persona *sin voluntad* quizás no afecte a su libertad¹⁰ y esta discusión se ha trasladado también a la delimitación del sujeto pasivo del delito de detenciones ilegales (véase epígrafe 3.2). En efecto, en el caso de los incapaces, puede ocurrir que la voluntad se construya en el sujeto pero sin el presupuesto de racionalidad necesario para que se considere válida en relación con una cuestión determinada, o que ni siquiera pueda llegar a construirse. Sin embargo, incluso en estos casos, la libertad como potencialidad humana es un atributo inherente a la personalidad jurídica que se limitará ilegítimamente si se actúa en contra del quien la ejerce en su lugar¹¹ o le apoya en su ejercicio¹², en las condiciones previstas por el ordenamiento jurídico, que incluyen en ocasiones la supervisión o autorización judicial.

⁹ DEL RIO, José Manuel Lete. Internamiento por razón de trastorno psíquico. **Actualidad Civil**, n. 43, 2002, p. 6-8.

¹⁰ MONTIJANO, Martín García Ripoll. La protección del enfermo mental no incapacitado. Barcelona: Bosh, 1992, cit. por FLORES Luis Fernando Barrios. La regulación del internamiento psiquiátrico involuntario en España: carencias jurídicas históricas y actuales. **Derecho y Salud**, v. 22, n. 1, 2012, p.23.

¹¹ En relación con el bien jurídico protegido por el delito de detención ilegal, la libertad ambulatoria, la Circular 2/2012, Sobre unificación de criterios en los procedimientos por sustracción de menores recién nacidos, de la Fiscalía General del Estado, p. 14, advierte: “En definitiva, como se ha defendido por un reputado sector doctrinal, lo decisivo para la realización del tipo de detención ilegal no es que exista una oposición clara y expresa de la víctima, sino la ausencia de consentimiento expreso o tácito, por lo que no es exigible un elemento positivo del tipo, la contrariedad de la voluntad, sino un elemento negativo, la ausencia de voluntad. Por ello, aunque el bien jurídico protegido por el delito de detención ilegal es la libertad deambulatoria en su modalidad de autonomía para desplazarse espacialmente de un punto a otro, pueden ser igualmente víctimas del delito aquellas personas carentes de capacidad de discernimiento para ejercer esa libertad, bien por su corta edad, bien por sufrir discapacidades psíquicas o intelectivas”.
Accesible en:
http://www.cadenaser.com/csermedia/cadenaser/media/201212/26/espana/20121226csrsrcsnac_1_Pes_PD F.pdf

La afectación que de los internamientos forzosos representan para la libertad del incapaz y, a la vez, la legitimidad de esta injerencia ha sido reconocida en distintos convenios internacionales:

Según el artículo 5 (Derecho a la libertad y a la seguridad) del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales del Consejo de Europa, de 1950 "1. Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad. Nadie puede ser privado de su libertad, salvo en los casos siguientes y con arreglo al procedimiento establecido por la ley: (...) e) Si se trata de la privación de libertad, conforme a derecho, de una persona susceptible de propagar una enfermedad contagiosa, de un enajenado, de un alcohólico, de un toxicómano o de un vagabundo"¹³.

El artículo 14 (Libertad y seguridad de la persona) de la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, de 2006, dispone: "1. Los Estados Partes asegurarán que las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones con las demás: a) Disfruten del derecho a la libertad y seguridad de la persona; b) No se vean privadas de su libertad ilegal o arbitrariamente y que cualquier privación de libertad sea de conformidad con la ley, y que la existencia de una discapacidad no justifique en ningún caso una privación de la libertad".

En el artículo 7 (Protección de las personas que sufren trastornos mentales) del Convenio relativo a los Derechos Humanos y la Biomedicina del Consejo de Europa, de 1997, se señala: "La persona que sufra un trastorno mental grave sólo podrá ser sometida sin su consentimiento, a una intervención que tenga por objeto tratar dicho trastorno, cuando la ausencia de este tratamiento conlleve el riesgo de ser gravemente perjudicial para la salud y a reserva de las condiciones de protección previstas por la ley, que comprendan los procedimientos de supervisión y control, así como los de recurso".

Tratándose de un derecho fundamental, en España, la STC 104/1990 advirtió que su garantía, recogida en el artículo 17.1 de la Constitución, alcanza a los incapaces que son objeto de una decisión de internamiento, que sólo puede ser acordada judicialmente y bajo la cobertura legal de una ley orgánica (sin embargo declaró la constitucionalidad de los incisos del artículo 211 CC objeto de recurso, al afirmar que las reglas procedimentales allí articuladas no constituían una regulación directa del derecho encaminada a la delimitación y definición del mismo y que, por tanto, la regulación no podían considerarse incluida en el ámbito reservado a la Ley Orgánica.

¹² PORTERO, Israel Biel. De la sustitución al apoyo de capacidades: ¿el fin de los internamientos forzosos? perspectiva internacional y europea. **I Congreso Internacional sobre Discapacidad y Derechos Humanos**, Buenos Aires, 10 y 11 de junio de 2010, p. 6.

¹³ Un análisis de este precepto y de los instrumentos de protección del enfermo mental en el Consejo de Europa en CASABONA, Carlos María Romeo. **El tratamiento jurídico del enfermo mental en el Consejo de Europa y sistema de garantías en el Derecho Español, Las transformaciones del Derecho Penal en un mundo en cambio**. v. II, Adrus, Arequipa, 2004, p. 98-116.

No obstante, años más tarde, tras la derogación de ese artículo y trasladado su contenido al artículo 763 LEC, este mismo tribunal declaró su inconstitucionalidad al apreciar invasión del ámbito reservado a la ley orgánica - STC 132/2010 -).

Por otra parte, en el internamiento forzoso por enfermedad psíquica, concurre la necesidad de protección de la salud del paciente, que en términos jurídicos se articula en una doble vertiente como derecho a la integridad física y como derecho a la protección de la salud, el cual ha sido reconocido específicamente en relación con la salud mental incluyendo el derecho a disponer de medios adecuados para las necesidades particulares que surgen a raíz de estas patologías. El tratamiento forzoso se enmarca dentro de este derecho y hacerlo efectivo es su fundamento.

Artículo 25 (“Salud”) de la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, de 2006: “Los Estados Partes reconocen que las personas con discapacidad tienen derecho a gozar del más alto nivel posible de salud sin discriminación por motivos de discapacidad. (...) En particular, los Estados Partes: (...) b) Proporcionarán los servicios de salud que necesiten las personas con discapacidad específicamente como consecuencia de su discapacidad”.

Artículo 10 (*Health service provision*) de la Recomendación Rec (2004)¹⁰ del Comité de Ministros del Consejo de Europa sobre la protección de los derechos humanos y la dignidad de las personas con enfermedades mentales: “*Member states should, taking into account available resources, take measures: i. to provide a range of services of appropriate quality to meet the mental health needs of persons with mental disorder; ii. to make alternatives to involuntary placement and to involuntary treatment as widely available as possible; (...)*”.

La Recomendación Rec (2009)³ del Consejo de Ministros del Consejo de Europa sobre la vigilancia y la protección de los derechos humanos y la dignidad de las personas con enfermedades mentales, establece unos parámetros que los Estados deben tener en cuenta para comprobar el cumplimiento de la Recomendación Rec (2004)¹⁰, en relación con la calidad de la atención sanitaria proporcionada.

En España, en desarrollo del artículo 43 se ha establecido como prestación pública el derecho a la asistencia a la salud mental y, además, se ha proyectado el derecho a la protección de la salud de los ciudadanos en general hacia los disminuidos psíquicos, si bien es un término que tiene un significado más limitado que el de enfermos con trastornos psiquiátricos.

En el Art. 43: “1. Se reconoce el derecho a la protección de la salud. Art. 43. 2. Compete a los poderes públicos organizar y tutelar la salud pública a través de medidas preventivas y de los servicios necesarios. La Ley establecerá los derechos y deberes de todos al respecto.

La atención a la salud mental se reconoce como prestación sanitaria pública en el Real Decreto 1030/2006, de 15 de septiembre, por el que se establece la cartera de servicios comunes del Sistema Nacional de Salud y el procedimiento para su actualización, incluyendo la hospitalización (Anexo III.7). Se han desarrollado también diferentes planes estratégicos en salud mental tanto en el Sistema de Salud Nacional como en los sistemas autonómicos.

Art. 49: “Los poderes públicos realizarán una política de previsión, tratamiento y rehabilitación e integración de los disminuidos psíquicos, a los que prestarán la atención especializada que requieran y los ampararán especialmente para el disfrute de los derechos que este Título otorga a todos los ciudadanos”.

1.2 La regulación en la LEC

La evolución de la regulación del internamiento forzoso por razón de trastorno psiquiátrico, actualmente en el art 763 de la LEC y que ha sido analizada en numerosas ocasiones¹⁴, no ha quedado cerrada en nuestro ordenamiento jurídico puesto que dicha ubicación se ha declarado formalmente inconstitucional (STC 132/2010) y se prevé por consiguiente su tramitación para dotarla de carácter orgánico, si bien su contenido podría quedar redactado en los mismos términos (por cierto, se ha sugerido que esta sería una buena oportunidad para introducir algunos cambios, véase epígrafe IV).

Fueron motivos de orden sistemático, aunque reflejaron un cambio de concepción, los que determinaron el traslado de la regulación desde el artículo 221 del CC hasta la LEC en el año 2000, puesto que este procedimiento se trata de una institución propiamente procesal, cuyo pilar queda constituido por el control judicial de la privación de libertad¹⁵.

Yendo hacia atrás en el tiempo, antes de que los internamientos forzosos se integraran en el CC en el año 1983, el procedimiento estaba previsto en el Decreto de 7 de julio de 1931 con un carácter médico administrativo que eludía el control judicial,

¹⁴ Véase, entre los expertos que más se han ocupado de este tema, MENDAZONA, Edorta Cobreros. **Los tratamientos sanitarios obligatorios y el derecho a la salud**. Bilbao: Instituto Vasco de Administración Pública, 1988, p. 369 y ss.

Una revisión exhaustiva por FLORES, Luis Fernando Barrios. La regulación del internamiento psiquiátrico involuntario en España: carencias jurídicas históricas y actuales. **Derecho y Salud**, v. 22, n. 1, 2012.

¹⁵ VALDÉS, Antonio Roma; SOUTO, María Luz Carreiras. **El internamiento involuntario por razón de trastorno psíquico**. p.3. Accesible en http://www.092cr.net/vecinos/internamiento_involuntario.pdf.

objeto de numerosas críticas¹⁶, y el antecedente más remoto es el Real Decreto de 19 de mayo de 1885, que pretendía una mayor garantía de seguridad jurídica para los internamientos tal como se practicaban entonces con reglas para el ingreso de los dementes en los manicomios del Estado¹⁷.

El contenido del artículo 763 de la LEC es el siguiente: (la cursiva marca los incisos declarados inconstitucionales por la sentencia 132/2010)¹⁸:

1. El internamiento, por razón de trastorno psíquico, de una persona que no esté en condiciones de decidirlo por sí, aunque esté sometida a la patria potestad o a tutela, requerirá autorización judicial, que será recabada del tribunal del lugar donde resida la persona afectada por el internamiento.

La autorización será previa a dicho internamiento, salvo que razones de urgencia hicieren necesaria la inmediata adopción de la medida. En este caso, el responsable del centro en que se hubiere producido el internamiento deberá dar cuenta de éste al tribunal competente lo antes posible y, en todo caso, dentro del plazo de veinticuatro horas, a los efectos de que se proceda a la preceptiva ratificación de dicha medida, que deberá efectuarse en el plazo máximo de setenta y dos horas desde que el internamiento llegue a conocimiento del tribunal.

En los casos de internamientos urgentes, la competencia para la ratificación de la medida corresponderá al tribunal del lugar en que radique el centro donde se haya producido el internamiento. Dicho tribunal deberá actuar, en su caso, conforme a lo dispuesto en el apartado 3 del artículo 757 de la presente Ley.

2. El internamiento de menores se realizará siempre en un establecimiento de salud mental adecuado a su edad, previo informe de los servicios de asistencia al menor.

3. Antes de conceder la autorización o de ratificar el internamiento que ya se ha efectuado, el tribunal oír a la persona afectada por la decisión, al Ministerio Fiscal y a cualquier otra persona cuya comparecencia estime conveniente o le sea solicitada por el afectado por la medida. Además, y sin perjuicio de que pueda practicar cualquier otra prueba que estime relevante para el caso, el tribunal deberá examinar por sí mismo a la persona de cuyo internamiento se trate y oír el dictamen de un facultativo por él designado. En todas las actuaciones, la persona afectada por la medida de internamiento podrá disponer de representación y defensa en los términos señalados en el artículo 758 de la presente Ley.

¹⁶ Véase, DEL RIO, José Manuel Lete. Internamiento por razón de trastorno psíquico. **Actualidad Civil**, n. 43, 2002, p.2.

¹⁷ MORÁN, Luis González. Exclusión social y enfermedad mental desde el derecho, **Exclusión social y discapacidad**, Universidad Pontificia de Comillas, 2005, p. 108 y s.

¹⁸ La declaración de inconstitucionalidad no lo es por razones sustantivas, es decir, el TC no cuestiona los contenidos de esos incisos, que considera correctos constitucionalmente, sino que lo es por razones formales; concretamente, por no tener esos incisos el rango normativo necesario para regular derechos fundamentales. Esta decisión, aparentemente contraria a la dicción del citado artículo 39.1, no es insólita porque el TC, a partir de su Sentencia 45/1989, de 20 de febrero matizó el alcance retrospectivo de la declaración de nulidad vinculada a la de inconstitucionalidad e, incluso, introdujo la importante novedad de disociar la declaración de nulidad de la de inconstitucionalidad. En esa Sentencia razonó que “no siempre es necesaria la vinculación entre inconstitucionalidad y nulidad; así ocurre cuando la razón de la inconstitucionalidad del precepto reside, no en determinación textual alguna de éste, sino en su omisión”.

En todo caso, la decisión que el tribunal adopte en relación con el internamiento será susceptible de recurso de apelación.

4. En la misma resolución que acuerde el internamiento se expresará la obligación de los facultativos que atiendan a la persona internada de informar periódicamente al tribunal sobre la necesidad de mantener la medida, sin perjuicio de los demás informes que el tribunal pueda requerir cuando lo crea pertinente.

Los informes periódicos serán emitidos cada seis meses, a no ser que el tribunal, atendida la naturaleza del trastorno que motivó el internamiento, señale un plazo inferior.

Recibidos los referidos informes, el tribunal, previa la práctica, en su caso, de las actuaciones que estime imprescindibles, acordará lo procedente sobre la continuación o no del internamiento.

Sin perjuicio de lo dispuesto en los párrafos anteriores, cuando los facultativos que atiendan a la persona internada consideren que no es necesario mantener el internamiento, darán el alta al enfermo, y lo comunicarán inmediatamente al tribunal competente.

1.2.1 Presupuesto. Trastorno psíquico que impida decidir el internamiento

El TEDH se enfrentó por primera vez a un litigio relativo a internamientos forzosos en 1979, que solventó en la conocida Sentencia de 24 de octubre de 1979 (Caso Winterwerp). En esta decisión y en el caso X contra Reino Unido (Sentencia de 5 de noviembre de 1981) se definieron los requisitos materiales para el internamiento, aludiendo en primer lugar al presupuesto del trastorno:

a) Salvo en casos de urgencia en los que se refuerza el valor del indicio, debe haberse probado de manera convincente la enajenación mental del sujeto, es decir, demostrado ante la autoridad competente, por medio de un dictamen pericial médico objetivo, la existencia de un *trastorno mental real*.

b) El trastorno mental debe presentar la *suficiente intensidad* como para legitimar la medida de internamiento.

c) El concepto de enajenado recogido en el artículo 5 del Convenio evoluciona continuamente con los progresos de la investigación psiquiátrica, tal como señaló también la *Recomendation 818 (1977) on the situation of the mentally ill*: “Considering that the definition of mental illness is extremely difficult, since criteria change with time and from place to place, and since a whole new range of psychological disturbances have emerged, linked with the working rhythm, stresses, and the sociological patterns of

modern life”. El concepto debe por tanto interpretarse según esta evolución y, por consiguiente, se podrá proceder al internamiento por cualquier trastorno que cumpla aquellas condiciones, según se va actualizando el catálogo de enfermedades mentales. Así, trastornos como la anorexia nerviosa, han motivado la autorización el ingreso involuntario (auto de la Audiencia Provincial de Barcelona, de catorce de marzo de dos mil seis).

Estos mismos criterios fueron recogidos en la STC 104/1990, según la cual “Para privar al enajenado de su libertad (...) debe establecerse judicialmente que el afectado padece una perturbación mental real, comprobada médicamente de forma objetiva, y que esa perturbación presenta un carácter o magnitud que justifique ese internamiento, por no poder vivir esa persona libremente en sociedad. Además ese internamiento no puede prolongarse lícitamente sino en la medida en que persista esa situación de perturbación que le impida la vida en libertad”.

Así, aunque en este contexto se utilizan términos distintos, aunque cercanos, lo relevante a efectos de internamiento es que se trate de una persona que no pueda decidir dicho internamiento por sí misma, independientemente de que esté incapacitada legalmente (incapacitado), de que tenga disminuida su capacidad para realizar una actividad (incapaz o discapaz), de que reciba tratamiento psiquiátrico o psicológico (paciente o enfermo psiquiátrico, enfermo psíquico), de su nivel intelectual (deficiente), o de que esté en una situación desventajosa por su deficiencia o discapacidad (minusválidos psíquicos)¹⁹.

Tramitación y recursos

Es fundamental dejar sentado que la tramitación supone que el médico adopta una decisión clínica que el juez autoriza a través de un procedimiento establecido para que el control garantice que la justificación de la limitación de la libertad es procedente. No se trata por tanto de un internamiento judicial, sino de un control judicial de un

¹⁹ Algunos de estos términos han sido definidos por la OMS en la Clasificación Internacional de Deficiencias, Discapacidades y Minusvalías.

internamiento médico que se ha articulado con medidas establecidas para otros supuestos de detenciones en cuanto a plazos, información sobre derechos y recursos. El Juez es el garante del derecho a la libertad, pero no el supervisor del tratamiento médico.

Por la naturaleza del procedimiento, desaparecida la indicación médica de internamiento, se deberá, previo informe y comunicación al Juez, procederse al alta.

El internado tiene derecho de representación y defensa y posibilidad del recurso frente a la decisión: “cualquier persona privada de su libertad por detención o internamiento tiene el derecho de interponer un recurso ante el órgano judicial para que resuelva en el plazo breve sobre la legalidad de su privación de libertad y ordene su puesta en libertad si fuera ilegal” (artículo 5.4 del Convenio Europeo de los Derechos Humanos). En España, contra el auto de internamiento cabe recurso de apelación ante la Audiencia Provincial en ambos efectos, recurso extraordinario por infracción procesal, recurso de casación ante el Tribunal Supremo, recurso de inconstitucionalidad ante el tribunal Constitucional y recurso ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Existe también legitimación para iniciar el procedimiento de habeas corpus, previsto en el artículo 17.4 de la CE y regulado en la Ley Orgánica, 6/1984, que considera, en su artículo primero como privadas ilegalmente de libertad a las personas “a) que lo fueren por una autoridad, agente de la misma, funcionario público o particular, sin que concurren los supuestos legales, o sin haberse cumplido las formalidades prevenidas y requisitos exigidos por las leyes. b) Las que estén ilícitamente internadas en cualquier establecimiento o lugar. c) Las que lo estuvieran por plazo superior al señalado en las leyes, si transcurrido el mismo, no fuesen puestas en libertad o entregadas al Juez más próximo al lugar de la detención (...)”.

2 La STC 141/2012, de 2 de junio. Relevancia jurídico-penal del incumplimiento de las garantías del internamiento

2.1 La STC 141/2012, de 2 de junio

La STS 141/2012, de 2 de julio, otorgó el amparo a un hombre que había estado internado durante diecinueve días en un establecimiento psiquiátrico contra su voluntad

sin que se hubiera cumplido el procedimiento previsto en la LEC. Los hechos fueron los siguientes: el 2 de mayo del año 2007, el Director del Hospital Universitario de San Cecilio de Granada informó al Juez de Primera Instancia sobre el ingreso urgente de un paciente diagnosticado de un trastorno bipolar al comprobar que la hospitalización era necesaria, solicitando la “autorización pertinente”. La comunicación se recibió el 3 de mayo y el día 4 se decreta el examen del internado y se designa al médico forense adscrito al Juzgado para que emita el preceptivo dictamen sobre la procedencia del internamiento. El 9 de mayo (siete días después del internamiento) el Juez se constituye con el médico forense en el hospital y levanta un “acta de examen”, en la que recoge el contenido de su entrevista con el paciente, donde se anota que “éste cuenta que ha sido traído a la fuerza y refiere sus problemas familiares especialmente con su esposa e hijos”, sin detallar ninguna conducta anómala del paciente durante la entrevista. No consta que se le hubiera informado de su situación legal ni del derecho a designar procurador y abogado y a solicitar pruebas. Ese mismo día se levanta acta de peritación donde el médico forense rellena un formulario estereotipado refiriendo un diagnóstico de trastorno bipolar y señalando que: “Dado su estado sería conveniente la continuidad del ingreso en el centro”. El paciente es dado de alta el día 16 de mayo. El 21, es decir, cinco días después de que el paciente saliera del centro, se autoriza el internamiento mediante auto.

Como se adelantó, el TC otorgó el amparo al recurrente al apreciar vulneración de su derecho a la libertad con “efectos puramente declarativos sin acordar retroacción alguna de las actuaciones destinada a subsanar la omisión de derechos dentro del procedimiento, teniendo en cuenta la situación de libertad del recurrente materializada tras aquel alta médica y que la tutela de su derecho fundamental queda garantizada con los pronunciamientos indicados”.

Afirma el Tribunal que la vulneración se materializó por la superación del plazo de setenta y dos horas de internamiento sin autorización, que supuso que el recurrente estuvo “privado ilegalmente de su libertad entre el 7 de mayo del 2007 y el 16 de mayo de 2007”. Este plazo de setenta y dos horas es improrrogable, tal como se advirtió para otros casos de detención judicial, y “otra interpretación llevaría a vaciar de contenido el límite previsto, confundiría lo que es una dilación procesal indebida con la lesión injustificada del derecho a la libertad e introduciría un abanico indefinido de flexibilidad, a todas luces peligroso e inconveniente”.

Otra lesión de este derecho se produjo por la falta de información sobre el derecho a la defensa jurídica y a la prueba, derechos que no pudieron ser ejercitados en un ámbito en que el recurrente se encontraba en una situación de práctica indefensión.

2.2 Relevancia jurídico-penal del incumplimiento de las garantías del internamiento

Los hechos acabados de describir motivaron el reconocimiento de amparo para el recurrente por vulneración de su derecho fundamental a la libertad previsto en el artículo 17.1 CE, que constituye por otra parte el bien jurídico protegido en los delitos de detenciones ilegales y secuestros. Confirmada la vulneración del bien jurídico, parece pertinente plantearse si tales hechos pueden ser constitutivos de delito, de hecho, se ha afirmado que los supuestos que comporten internamiento fundado en la infracción de la legislación de esta materia deberán ser tratados como detenciones ilegales²⁰.

El título VI del Libro II del Código Penal, bajo la Rúbrica “Delitos contra la libertad” describe los tipos que vulneran como bienes jurídicos la libertad deambulatoria (Capítulo I. Detenciones ilegales y secuestros) y la libertad para conformar o manifestar las propias decisiones (Capítulos II y III, amenazas y coacciones respectivamente). Por otra parte, en el título XXI, (Delitos contra la Constitución), existen tipos cercanos contra la libertad individual cuando los cometen funcionarios, en el capítulo “De los delitos cometidos por funcionarios públicos contra las garantías constitucionales”. Reproduzco a continuación los artículos a los que me voy a referir en primer lugar para analizar la posible relevancia jurídico-penal de los internamientos forzosos cuando no se cumplen con las garantías previstas en la Ley.

Artículo 163 CP: “1. El particular que encerrare o detuviere a otro, privándole de su libertad, será castigado con la pena de prisión de cuatro a seis años. 2. Si el culpable diera libertad al encerrado o detenido dentro de los tres primeros días de su detención, sin haber logrado el objeto que se había propuesto, se impondrá la pena inferior en grado. 3. Se impondrá la pena de prisión de cinco a ocho años si el encierro o detención ha durado más de quince días (...)”.

Artículo 165 CP: “Las penas de los artículos anteriores se impondrán en su mitad superior, en los respectivos casos, si la detención ilegal o secuestro se

²⁰ PRATS, Josep Miquel Morales. Delitos contra la libertad, *Comentarios al Código Penal*, Tomo II. Parte Especial, Gonzalo Quintero Olivares (Dir.), Thomson Aranzadi, 5.ed, 2008, p. 203.

ha ejecutado con simulación de autoridad o función pública, o la víctima fuere menor de edad o incapaz o funcionario público en el ejercicio de sus funciones”.

Artículo 167CP: “La autoridad o funcionario público que, fuera de los casos permitidos por la Ley, y sin mediar causa por delito, cometiere alguno de los hechos descritos en los artículos anteriores será castigado con las penas respectivamente previstas en éstos, en su mitad superior y, además, con la de inhabilitación absoluta por tiempo de ocho a doce años”.

Artículo 530 CP: “La autoridad o funcionario público que, mediando causa por delito, acordare, practicare o prolongare cualquier privación de libertad de un detenido, preso o sentenciado, con violación de los plazos o demás garantías constitucionales o legales, será castigado con la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de cuatro a ocho años”.

En primer lugar, se debe tener en consideración que la privación de libertad en este caso se lleva a cabo por un médico que actúa como funcionario en el ejercicio de su función, en concreto la encomendada para tomar las medidas necesarias para proporcionar el tratamiento adecuado al paciente. La autoría lleva entonces a descartar la aplicación del artículo 163 y a analizar la de los delitos especiales de los artículos 167 o 530, puesto que se trata de casos de *prevalimiento* de la condición y *aprovechamiento* de las facilidades derivadas de la misma²¹, en el sentido de que el médico pudo mantener el encierro por su condición y por los medios a su disposición. En principio, se debe considerar como posible autor a todo aquél que tenga competencia para “detener”, incluidos los que puedan practicar “detenciones especiales”, como se ha denominado a estos supuestos, sin que deba limitarse a los funcionarios con dicha competencia en el contexto delictivo.

En cuanto a la subsunción de los hechos en los tipos de ambos delitos, no cabe duda de que procede en cuanto al primero de los presupuestos, ya que la medida terapéutica exige un internamiento que representa privación de libertad, atributo que ya explicamos que se debía reconocer también a los incapaces²². Ciertos autores excluyen

²¹ RAGUÉS I VALLÉS, Ramón. **Delitos contra la libertad, Lecciones de Derecho Penal**. Parte Especial (Jesús-María Silva, Dir.), Atelier, 2011.

²² En concreto, por lo que se refiere a su consideración como sujeto pasivo de este delito, NAVARRETE, Miguel Polaino. Detención ilegal y secuestro. En: PEÑA, Luzón (Dir.). **Enciclopedia Penal Básica**. Comares, Granada, 2002, p. 603, afirma que la protección penal queda garantizada siempre que exista facultad humana aun potencial de libertad de movimiento personal y que puede detenerse a quien no puede poner en práctica este derecho.

HERNÁNDEZ, M^a Pilar Mirat. **Detenciones ilegales (Artículo 163 del Código Penal**. Madrid: Edersa, 2001, p. 147 sostiene igualmente que el sujeto pasivo puede ser cualquier persona física. Según la autora, la libertad que protege la constitución como bien jurídico es un derecho del que se es titular desde que se nace como cualidad inherente al ser humano y por tanto sujetos pasivos son los inimputables o quien esté en una situación de inconsciencia.

como sujeto pasivo de este delito a los niños de corta edad (también antes la jurisprudencia, que aplicaba en estos casos al delito de sustracción de menores cuando estaba vigente) o a quienes padezcan un trastorno mental muy profundo, o más limitadamente, a los incapaces²³. La razón era que en los primeros no existe ni siquiera la motivación como fuerza para iniciar un comportamiento o tomar una decisión, es decir son sujetos que carecen de voluntad; en los segundos, la voluntad existe pero se construye a partir de una racionalidad limitada. No obstante, como afirmamos más arriba, el derecho a la libertad es consustancial al reconocimiento de la personalidad y, aunque en ciertas situaciones no exista la capacidad para ejercerlo o ésta se encuentre limitada, constituye igualmente un bien jurídico cuya vulneración se podría hacer efectiva cuando se actúa sin la concurrencia de la voluntad del titular tal como el derecho articula su gestión (con la intervención de representantes legales, de familiares o del juez). Por esta situación de especial vulnerabilidad derivada de las limitaciones para la construcción o la manifestación de la voluntad, el Código Penal prevé agravaciones en estos casos (artículo 165).

El asunto es más complejo al pasar al examen de las condiciones que deben acompañar a la privación de libertad y que son distintas en ambos tipos: que se trate de una detención que no esté permitida por la ley y, además, que no medie causa por delito (167), o que se produzca en el contexto de una causa por delito (530).

Es relevante llamar la atención sobre las distintas consecuencias penológicas de los tipos, inhabilitación especial para empleo o cargo público de entre cuatro a ocho años en el 530, frente a inhabilitación absoluta de ocho a doce años en el 167, más prisión de cuatro a seis años o de cinco a ocho años si el encierro o detención ha durado más de quince días, ambas en su mitad superior. La explicación de esta diferencia podría encontrarse en que el artículo 167 recoge los supuestos de ataque más directo a la libertad, mientras que el artículo 530 se refiere a ataques de menor intensidad ante la

²³ HERNÁNDEZ, M^a Pilar Mirat. **Detenciones ilegales (Artículo 163 del Código Penal**. Madrid: Edersa, 2001, p. 146- 152.

RIPOLLÉS, José Luis Diez. **Comentarios al Código Penal. Parte Especial, Tomo I**. Valencia: Tirant lo Blanch, 1997, p. 716-717, afirma que los menores, los incapaces y los inimputables pueden ser sujetos pasivos y sólo se excluirá de esa posibilidad al reducido núcleo de personas que carezcan de esa capacidad: recién nacidos, personas con retrasos mentales profundos, etc. El autor prefiere calificar como delito contra la integridad moral determinados desplazamientos arbitrarios de esos sujetos. También BLASCO, Bernardo Del Rosal. **Delitos contra la libertad**, **Derecho Penal Español. Parte Especial** (Manuel Cobo del Rosal Coord.). Dykinson, 2.ed, 2005, p. 182.

existencia de razones materiales para practicar la detención. En el segundo de los tipos se penaliza un ejercicio formalmente incorrecto de la facultad de privar de libertad a un ciudadano mediando causa por delito²⁴. Esta distinción se manifiesta en la ubicación sistemática de cada uno de los delitos²⁵.

Partiendo de estas diferencias, la delimitación de ambos tipos ha sido objeto de discusión doctrinal y jurisprudencial en casos de detenciones policiales ilegales. En resumen, y según la postura mayoritaria, se sostiene que el artículo 167 será aplicable cuando la detención parta de una absoluta arbitrariedad, abusando el autor de la condición de autoridad o funcionario, mientras que cuando se trate de supuestos en que exista cobertura legal pero se produzcan excesos por infracción de garantías constitucionales, lo será el 530²⁶. Según la STS de 22 de noviembre de 2004, es subsumible en este artículo la privación de libertad que fue legítima *ab initio*, pero devino ilegítima por la inobservancia de las exigencias que la ley prevé, como por ejemplo el plazo máximo (STS de 22 de noviembre de 2004).

Trasladado este criterio a los hechos que ahora se estudian, parece descartable su subsunción en el tipo del artículo 167, puesto que la privación de libertad se produjo en un supuesto previsto por la ley, pero se alargó el plazo de internamiento sin la preceptiva autorización judicial, es decir, vulnerando las garantías constitucionales articuladas en la LEC, tal como señaló la STC, si bien no se cuestiona la indicación clínica para el internamiento durante todo el periodo en que se prolongó (en otro caso, sería aplicable el artículo 167, porque habría desaparecido la causa legal que habilitaba la detención).

La siguiente cuestión por tanto es la posible aplicación extensiva del artículo 530, equiparando la existencia de un procedimiento para el internamiento a la circunstancia de que exista causa por delito. Algunos autores sostienen que esta opción es contraria al principio de legalidad puesto que el término “mediando causa por delito” impide otra interpretación y que por tanto las conductas son atípicas, al tiempo que se ha

²⁴ CONDE, Francisco Muñoz. **Derecho Penal. Parte Especial**. 18. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010, p. 176.

²⁵ BARDÓN, Carolina Bolea. La tipicidad de las detenciones ilegales policiales. **InDret**, 4/2006, p. 4- 5.

²⁶ BARDÓN, Carolina Bolea. Resume la posición doctrinal en La tipicidad de las detenciones ilegales policiales, **InDret**, 4/2006, p. 5.

propuesto la eliminación del término para terminar con ámbitos de impunidad²⁷. Sin embargo, otros se han mostrado favorables por no apreciar diferencias entre la conducta del funcionario, sea la detención por delito o por otras causas²⁸. En efecto, la subsunción del internamiento forzoso por trastorno psíquico sin respetar las garantías constitucionales en el artículo 530, bajo el criterio de integración del ordenamiento jurídico, no debe descartarse, puesto que no se trataría de una ampliación del contenido del tipo, sino de una interpretación extensiva para abarcar los supuestos que corresponden a su contenido más allá de su literalidad (STS de 29 de abril de 1974). Téngase en cuenta, además, que la prolongación de una detención administrativa para la identificación de sujetos sin mediar causa por delito podría ser punible conforme al artículo 530²⁹, así como la detención por faltas³⁰, lo cual confirma que el tipo es objeto de cierta extensión en su interpretación.

Por otra parte, en cuanto al elemento subjetivo del delito, se refiere en primer lugar a la privación de la libertad, sin exigirse otra intención o ánimo especial y, en segundo lugar, a la violación de las garantías constitucionales o legales. En consecuencia, se puede afirmar que el médico actuó con dolo al mantener internado al paciente más allá del plazo previsto en la ley aun cuando la autorización judicial solicitada no se hubiera recibido. En definitiva, la conducta objeto del recurso de amparo que resolvió la STC, es subsumible en el artículo 530 CP.

²⁷ BARDÓN, Carolina Bolea. La tipicidad de las detenciones ilegales policiales, **InDret**, 4/2006, p. 13-14.

²⁸ BLASCO, Bernardo Del Rosal **Compendio de Derecho Penal Español, Parte Especial** (Manuel Cobo del Rosal, Dir.). Madrid: Marcial Pons, 2002, p. 978.

PÉREZ, Francisco Alonso. Entiende que no existe diferencia entre la conducta del funcionario, sea la detención por delito o por otras causas”, y tacha por eso de desafortunada la expresión en el artículo 530, si bien parece decantarse por la exclusión, Detenciones ilegales cometidas por funcionarios públicos en el nuevo Código Penal, *La Ley-Actualidad*, Madrid: 1997, p. 358.

²⁹ CONDE, Francisco Muñoz. **Derecho Penal. Parte Especial**. 18.ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010, p. 869, si bien advierte el autor que estas prácticas deben tener un mínimo de fundamento, basado sobre todo en la sospecha racionalmente fundada de comisión de algún delito, y que la expresión “mediando causa por delito” obliga a dejar fuera del ámbito del precepto las detenciones llevadas a cabo por otros motivos.

³⁰ CONDE, Francisco Muñoz. Sostiene que por delito habrá de entender la acción típica subsumible en una ley penal. *Derecho Penal. Parte Especial*. 18 Ed., Valencia: Tirant lo Blanch, 2010, p. 869. BARDÓN, Carolina Bolea. La tipicidad de las detenciones ilegales policiales, **InDret**, 4/2006, p. 7.

Se ha planteado también la subsunción del internamiento forzoso de enfermos mentales sin las garantías correspondientes en el delito de coacciones, actualmente recogido en el artículo 172 del CP³¹:

1. El que, sin estar legítimamente autorizado, impidiere a otro con violencia hacer lo que la ley no prohíbe, o le compeliere a efectuar lo que no quiere, sea justo o injusto, será castigado con la pena de prisión de seis meses a tres años o con multa de 12 a 24 meses, según la gravedad de la coacción o de los medios empleados. Cuando la coacción ejercida tuviera como objeto impedir el ejercicio de un derecho fundamental se le impondrán las penas en su mitad superior, salvo que el hecho tuviera señalada mayor pena en otro precepto de este Código (...)"

Sin embargo, en este caso, la especificidad en relación con el bien jurídico protegido, la libertad ambulatoria en el delito de detenciones ilegales, conduce a resolver el posible conflicto a favor de este segundo delito que, además, prevé también la modalidad especial impropia de comisión por funcionario o autoridad.

Se podría apreciar la presencia de una causa de justificación de la conducta, puesto que el internamiento se decidió en el ejercicio de la obligación del tratamiento sin que fuera ejercitable el derecho a la negativa a dicho tratamiento por parte del paciente, puesto que no era capaz de tomar decisiones según el criterio del médico responsable (artículo 9.3 a de la Ley 41/2002). Sin embargo, cuando el tratamiento requiere internamiento se ha articulado un procedimiento especial para llevarlo a cabo sin consentimiento, dada la relevante afectación de derechos fundamentales. El deber de tratamiento, como el de detener en caso de que medie una causa por delito, no subsiste cuando aquellas garantías no se cumplen. Sin embargo, en este supuesto, la omisión del tratamiento supondría un grave perjuicio para el sujeto y por lo tanto sí se puede apreciar la concurrencia de estado de necesidad que justifica la conducta.

En cuanto a la actuación del juez según quedan descritos los hechos en la sentencia, cabe plantearse la subsunción de los hechos en el delito de detenciones ilegales o en otros tipos, como la obstaculización del derecho a la asistencia de abogado (art. 573 CP), la prevaricación por negligencia (447), o el retardo en la Administración de justicia (art. 449.1 CP).

³¹ DURÁN, Climent. Detenciones ilegales policiales, **Tirant lo blanch** 1998. STS de 28 de abril de 1850, muy criticada por Juan CÓRDOBA RODA, "El delito de detenciones ilegales en el Código Penal Español", Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, tomo XVIII, 1965, p. 9.

El último de los tipos debe ser descartado puesto que, admitiendo que el internado puede ser sujeto pasivo del delito (“el detenido o preso”), no cabe considerar el retardo en dictar el auto como malicioso en el sentido de que su objetivo fuera conseguir una finalidad ilegítima: el juez conocía el diagnóstico del hospital y del forense y por lo tanto la procedencia material del internamiento, sabía también que para el cese del internamiento bastaba el alta médica. Tampoco puede afirmarse que el juez pretendiera que la detención se produjera en condiciones de inconstitucionalidad y que esta era la finalidad ilegítima que perseguía. Cercano a este tipo, el de prevaricación por negligencia (artículo 447 del CP), describe la conducta del juez que “por imprudencia grave o ignorancia inexcusable dictara sentencia o resolución manifiestamente injusta”, y podría plantearse su comisión por omisión. Sin embargo, existiendo ya el retardo como modalidad típica específica de prevaricación judicial, según se acaba de mencionar, y admitiendo ésta sólo la modalidad dolosa, descartar esta omisión concreta como modalidad negligente de prevaricación judicial sería más acorde con el principio de intervención mínima que lo contrario, y con el de proporcionalidad de las penas cuya comparación en este caso denota que el retraso es una modalidad de prevaricación tratada con menos rigor punitivo (la pena es de inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de seis meses a cuatro años en el artículo 448 para el retardo malicioso, frente a una duración de hasta seis años por prevaricación negligente en el artículo 477). Todo esto sin perjuicio de las consecuencias disciplinarias o civiles que se pudieran derivar³².

Por lo que se refiere a la obstaculización del derecho a la asistencia de abogado, el artículo 573 del CP dispone:

La autoridad o funcionario público que impida u obstaculice el derecho a la asistencia de abogado al detenido o preso, procure o favorezca la renuncia del mismo a dicha asistencia o no le informe de forma inmediata y de modo que le sea comprensible de sus derechos y de las razones de su detención, será castigado con la pena de multa de cuatro a diez meses e inhabilitación especial para empleo o cargo público de dos a cuatro años.

Según los hechos relatados en la STC 141/2012, el recurrente no recibió la información necesaria sobre sus derechos dentro del procedimiento, ni en cuanto a

³² CASAS PLANES, M^a Dolores. Reflexión acerca del daño moral al enfermo psíquico derivado de actuaciones judiciales, y del funcionamiento anormal de la Administración Pública (Propuesta de ley ferenda), *La Ley*, n.º 6697, 2007.

designar abogado y procurador para su defensa, ni sobre la práctica de posibles pruebas pertinentes. Faltando la información, el derecho a la defensa jurídica no pudo ser ejercitado. Considera el TC que “En este concreto ámbito, en el que la persona interna se halla prácticamente indefensa mientras está encerrada, la ley y la jurisprudencia de derechos humanos impone que el órgano judicial tome la iniciativa en la información (...) El resultado es una nueva lesión del derecho fundamental del artículo 17.1 del recurrente”. A la vista de este razonamiento, puede inferirse sin dificultad que el juez impidió el derecho a la asistencia de abogado sin que existan factores que incidan en la ausencia de responsabilidad. Queda insistir en la consideración del internado como “detenido” y por tanto en su consideración como sujeto pasivo del delito que, igual que el “detenido” por una infracción penal, puede recabar la tutela judicial mediante el procedimiento de habeas corpus (art. 1 b de la LO 6/1984 de 24 de mayo: las personas que estén ilícitamente internadas en cualquier establecimiento o lugar).

Finalmente, en cuanto al delito de detenciones ilegales, la omisión de la autorización debe ser examinada separadamente de la actuación de médico y no como un supuesto de participación, en el sentido de que los hechos que pudieran constituir delito son distintos y se desarrollan en paralelo: el internamiento en el caso del médico; la ausencia de la procedente autorización en el caso del juez. El deber omitido en su momento por el juez no estaba relacionado con la procedencia clínica del internamiento (independientemente de que la indicación existiera, la autorización se debería haber emitido) sino con la posición de garante de los derechos del paciente que le otorga el procedimiento, y fue su omisión la que supuso, como señaló el TC, la vulneración del derecho fundamental a la libertad y el consiguiente reconocimiento de amparo.

3 Tratamientos médicos forzosos en Centros no psiquiátricos (en régimen ambulatorio o con hospitalización)

Hasta ahora se ha expuesto el régimen normativo previsto para el caso en que sea necesario tomar una medida específica que supone una injerencia en la libertad del paciente, pero que está justificada por la necesidad de proteger su salud y amparada por unas determinadas garantías.

Sin embargo, como se dijo en las primeras páginas de este trabajo, existen situaciones en que es preciso llevar a cabo otras actuaciones también con aquella

finalidad sin que sea posible obtener el consentimiento del paciente porque no tiene capacidad para otorgarlo. El consentimiento del paciente es un requisito indispensable para practicar una intervención médica que esté indicada pero hay casos en que, por razones de urgencia, el consentimiento puede ser omitido y otros en que, por la falta de capacidad, se prevé su sustitución (véase la tabla en el epígrafe I).

Para estos supuestos no se ha articulado un procedimiento que garantice la adecuada protección a los derechos del incapaz, y pueden surgir ciertos interrogantes ¿Supone la previsión de omisión de consentimiento en caso de urgencia que cuando el paciente no tiene capacidad de otorgarlo, se puede actuar en contra de su decisión incluso empleando la fuerza física? ¿Y si no existe urgencia? ¿Puede igualmente procederse al tratamiento? ¿Existe alguna relación entre estos supuestos y el procedimiento descrito para los tratamientos forzosos de incapaces que requieran hospitalización? Prácticamente todos los países tienen alguna normativa para las hospitalizaciones involuntarias y algunos la extienden a los tratamientos obligatorios, pero no suele haber regulaciones de procedimientos que suponen un “plus” de “coacción”³³.

Algunos ejemplos de estas situaciones podrían ser los siguientes:

A. Un sujeto tiene un accidente y el médico que acude al lugar en ambulancia diagnostica un estado grave que precisa traslado urgente al hospital, pero él se niega a ser intervenido.

Estos casos parecen supuestos abarcados por el artículo 9.2 b de la Ley 41/2002 y, por otra parte, igual que en el procedimiento previsto en el artículo 763 LEC, es imprescindible el ingreso urgente en un centro y la aplicación de un tratamiento para salvaguardar la salud del paciente incapaz, incluso empleando la fuerza física. Por estas razones, puesto que se trata de situaciones análogas con idéntica afectación a los derechos del sujeto y por el mismo motivo (una patología del sujeto, aunque el 763 se refiere a “trastorno psíquico”³⁴), se debería proceder según lo previsto en el artículo 763

³³ ALVAREZ, Marcelino López. Salud Mental y Justicia. Una relación compleja e imprescindible para la atención sanitaria y social a personas con trastornos mentales graves, **XII Jornadas sobre justicia y salud mental**, 2007, p. 19. Accesible en: http://www.faisem.es/ficheros/Salud_mental_y_justicia.pdf.

³⁴ COBREROS, Edorta opinaba en relación con la regulación previa del CC que era un sistema válido para cualquier otro internamiento, también por enfermedad somática, aunque la interpretación más

LEC para casos de urgencia: se debería notificar al juez la actuación, solicitar la autorización en el plazo correspondiente, y actuar según las otras garantías allí previstas³⁵.

No obstante, si se tratara de una medida limitadora de la libertad ambulatoria por un plazo temporal muy breve, que no implicara necesidad de internamiento o ingreso, por ejemplo, la sujeción para realizar un análisis de sangre urgente, la solicitud de autorización judicial carecería de sentido, puesto que la actuación habrá terminado antes siquiera de que el juez la conozca.

B. Un sujeto debe tomar una determinada medicación porque los análisis que se le realizaron muestran un alto nivel de colesterol, o porque está indicada para su enfermedad psiquiátrica. El sujeto se niega incluso oponiendo fuerza física. La diferencia con los supuestos anteriores radica en que en esta situación no existe urgencia³⁶. El artículo 9.2 de la Ley 41/2002, que establece que el consentimiento del paciente se sustituirá cuando éste no sea capaz de tomar decisiones, podría dotar de cobertura legal el recurso a la fuerza física para actuar en contra de la voluntad del enfermo, y evitar así que su estado empeore hasta un nivel que pueda requerir medidas más graves, como un internamiento.

En todas estas situaciones, como se dijo, la actuación incluso recurriendo a la fuerza física, parece amparada por la Ley 41/2002 pero, no obstante, la intensidad de la injerencia en derechos fundamentales del individuo hace recomendable la intervención judicial y en este sentido se ha planteado la reforma de la LEC para incluir los

inmediata apuntara a lo contrario, **Los tratamientos sanitarios obligatorios y el derecho a la salud**, Bilbao: Instituto Vasco de Administración Pública, 1988, p. 385.

³⁵ La interpretación amplia de este procedimiento ha sido defendida por Lete del Rio, que cita la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (Sala de lo contencioso-administrativo, sección 9.^a) de 13 de noviembre de 2001, referida a su aplicación para el caso en ingreso involuntario por razones de salud pública. DEL RIO, José Manuel Lete, Internamiento por razón de trastorno psíquico, **Actualidad Civil**, n. 43, 2002, p. 7.

Por otra parte, se ha propuesto la reforma del artículo 763 LEC para incluir este supuesto expresamente: BELTRAN, Juan Luis Aguirre, Declaración de inconstitucionalidad de dos incisos del artículo 763.1 de la LEC sobre el internamiento forzoso de enfermos mentales. Propuestas para una nueva regulación, **Revista Aranzadi Doctrinal**, n. 2/2011, p.4.

Téngase en cuenta que el artículo 763 LEC menciona el establecimiento de salud mental en su apartado 2, lo que denota que enfermedad que da lugar al internamiento regulado es de este tipo.

³⁶ SERVET, Vicente Magro. Hacia la necesaria Ley Orgánica integral de coordinación sanitario-judicial para la protección de las personas que sufren problemas de salud mental. **La Ley**, n. 7702, 2011, explica el problema que se genera en la práctica por esta razón y reclama la probación de una Ley orgánica que atienda los problemas afectantes a la salud mental en el ámbito sanitario-judicial, p. 9 y ss.

tratamientos involuntarios que no requieran hospitalización, con opiniones en ambos sentidos o la aprobación de una normativa global³⁷.

Es interesante mencionar que la Recomendación Rec (2004)10 del Comité de Ministros del Consejo de Europa sobre la protección de los derechos humanos y la dignidad de las personas con enfermedades mentales, contempla más globalmente estas situaciones, pero no queda claro que abarque todos los supuestos descritos anteriormente. Por ejemplo, si bien prevé los internamientos u otras medidas con la oposición del enfermo (capítulo III), parece que restringe el ámbito de aplicación a los casos en las actuaciones estén motivadas por la enfermedad mental y no somática (*Involuntary placement in psychiatric facilities, and involuntary treatment, for mental disorder*); atiende también a situaciones de internamiento sin oposición (capítulo IV), pero no a otras actuaciones que, sin oposición, no requieran internamiento. Se prevén también medidas de aislamiento y sujeción, pero se excluyen indicaciones para cuando la sujeción es de carácter “momentáneo” (artículo 27). La Recomendación establece la necesidad de intervención judicial o de otro órgano competente, y en casos de tratamientos urgentes sin internamiento, la documentación de la actuación (artículo 21) y el reconocimiento de garantías de tutela judicial (artículo 25).

³⁷ Carlos Romeo ha planteado la oportunidad de una legislación específica que amplie y desarrolle la actual, a la vista, entre otras cosas de la ausencia de regulación de la posibilidad de otros regímenes de tratamientos forzosos, CASABONA, Carlos María Romeo. **El tratamiento jurídico del enfermo mental en el Consejo de Europa y sistema de garantías en el Derecho Español, Las transformaciones del Derecho Penal en un mundo en cambio**, v II, Adrus, Arequipa, 2004, p. 137 y p. 143. También en este sentido, tras analizar la práctica judicial actual en la materia: GONZÁLEZ, Nuria López-Mora. **El tratamiento ambulatorio involuntario, Los derechos de las personas con discapacidad, vol. I. Aspectos jurídicos**, Centro de Documentación Judicial, 2007, p. 433.

ALVAREZ, Marcelino López, se muestra contrario al temer que la regulación pueda suponer un recurso demasiado frecuente a la autorización judicial, en detrimento del trabajo complejo pero más recomendable que el convencimiento y la alianza con el paciente, *Salud Mental y Justicia. Una relación compleja e imprescindible para la atención sanitaria y social a personas con trastornos mentales graves*, **XII Jornadas sobre justicia y salud mental**, 2007, p. 23. Accesible en: http://www.faisem.es/ficheros/Salud_mental_y_justicia.pdf

Por el contrario, DE LOS RONDEROS, Miguel Fernández, expone argumentos a favor, como por ejemplo, la necesidad de que exista una norma conocida por los médicos y obligatoria para los jueces “fuera de los voluntarismos de los jueces especializados”, “Problemas prácticos del control judicial de las intervenciones involuntarias en salud mental”, **XII Jornadas sobre justicia y salud mental**, Fundación Andaluza para la Integración Social del Enfermo Mental, 2007, pp. 17 y 18. Accesible en: http://www.faisem.es/ficheros/Problemas_pr%C3%A1cticos_control_judicial_intervenciones_involuntarias_salud_mental.pdf

Véase un examen de las propuestas legislativas en MARCOS, Carlos Eloy Ferreiros. *El tratamiento ambulatorio. Cuestiones legales y prácticas*. **Comité Español de Representantes de Personas con Discapacidad**, 2006. p. 52 y ss.

Conclusión

En los últimos años se ha producido un importante incremento en el conocimiento científico de los mecanismos de la enfermedad mental, de la mejora de los tratamientos y las condiciones en que se desarrollan, así como un cambio en la percepción social de estas patologías. También en el plano jurídico, tanto desde la perspectiva internacional como nacional, se han articulado garantías para la protección de los derechos de estos pacientes. No obstante, la dispersión normativa que existe en España dificulta la descripción del estatuto global de la persona con trastorno mental, y suscita dudas sobre la aplicación de ciertos criterios en situaciones análogas pero no idénticas a las reguladas para un determinado contexto. La doctrina se ha ocupado de estos problemas con profusión pero, en general, de manera sectorial. Sea a través de una norma ad hoc o de reformas en las actuales como se solventa esta situación, debería darse respuesta al llamamiento pronunciado desde sectores e instituciones de distinta naturaleza (incluido el Tribunal Constitucional) y no dilatar más esta solución.

REFERÊNCIAS

AGUIRRE, Juan Luis Beltrán. Declaración de inconstitucionalidad de dos incisos del artículo 763.1 de la LEC sobre el internamiento forzoso de enfermos mentales. Propuestas para una nueva regulación. **Revista Aranzadi Doctrinal**, n. 2/2011

ALVAREZ, Marcelino López. Salud Mental y Justicia. Una relación compleja e imprescindible para la atención sanitaria y social a personas con trastornos mentales graves. **XII Jornadas sobre justicia y salud mental**, 2007. Accesible en: http://www.faisem.es/ficheros/Salud_mental_y_justicia.pdf

BARDÓN, Carolina Bolea. La tipicidad de las detenciones ilegales policiales. **InDret**, 4/2006.

BENÍTEZ, Óscar Daniel Ludeña. Aspectos constitucionales y procesales del internamiento por razón de trastorno psíquico: especial referencia a la STC 132/10 y a la naturaleza jurídica-procesal de la institución”. **Noticias Jurídicas**, octubre de 2011.

Accesible en: <http://noticias.juridicas.com/articulos/45-Derecho%20Civil/201110-465213845624874.html>

BLASCO, Bernardo Del Rosal. **Compendio de Derecho Penal Español, Parte Especial** (Manuel Cobo del Rosal, Dir.). Madrid: Marcial Pons, 2002.

BLASCO, Bernardo Del Rosal. Delitos contra la libertad. **Derecho Penal Español. Parte Especial** (Manuel Cobo del Rosal Coord.). Dykinson, 2.ed, 2005.

CANO, Marta Chimeno. **Incapacitación, Tutela e internamiento del enfermo mental** Aranzadi: Thomson, 2004.

CASABONA, Carlos María Romeo. **El tratamiento jurídico del enfermo mental en el Consejo de Europa y sistema de garantías en el Derecho Español”, Las transformaciones del Derecho Penal en un mundo en cambio.** Arequipa Adrus, 2004. V. II

CONDE, Francisco Muñoz. **Derecho Penal. Parte Especial.** 18.ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010, p. 176

DEL RIO, José Manuel Lete. Internamiento por razón de trastorno psíquico. **Actualidad Civil**, n. 43, 2002.

DELGADO BUENO, S., GONZÁLEZ DE RIVERA Y REVUELTA, J.L., Aspectos legales de los internamientos psiquiátricos. **Psiquis**, v. IX, 1988.

FLORES, Luis Fernando, Barrios. El ingreso psiquiátrico involuntario de carácter urgente: una revisión, tras la STC 141/2012, de 2 de julio. **Rev. Asoc. Espa.Neuropsiq**, 32, 2012.

FLORES, Luis Fernando, Barrios. La regulación del internamiento psiquiátrico involuntario en España: carencias jurídicas históricas y actuales. **Derecho y Salud**, v. 22, n. 1, 2012.

GONZÁLEZ, Nuria López-Mora. El tratamiento ambulatorio involuntario, Los derechos de las personas con discapacidad, vol. I. Aspectos jurídicos. **Centro de Documentación Judicial**, 2007. Accesible en http://www.google.es/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&ved=0CC8QFjAA&url=http%3A%2F%2Fwww.poderjudicial.es%2Fstfls%2FPODERJUDICIAL%2FDOCTRINA%2FFICHERO%2FDiscapacidad-vol%2520I_1.0.0.pdf&ei=yC24UYWADILQhAf944DIAQ&usg=AFQjCNHW71OYT1B7MNAfoD6b88r3MEWvIw&sig2=Z7kIvZSNpb4zLQRaBXH7Kg&bvm=bv.47810305,d.ZG4

HERNÁNDEZ, M^a Pilar Mira. **Detenciones ilegales (Artículo 163 del Código Penal)**. Madrid: Edersa, 2001.

LÓPEZ, Manuel Aznar. **Internamientos civiles y derechos fundamentales de los usuarios de centros sanitarios, sociales y sociosanitarios**. Granada: Comares, 2000.

MALANDA, Sergio Romeo. Un nuevo marco un nuevo marco jurídico-sanitario: la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, sobre derechos de los pacientes. **La Ley**, n. 5703, 2003.

MAGRO Servet. Hacia la necesaria Ley Orgánica integral de coordinación sanitario-judicial para la protección de las personas que sufren problemas de salud mental. **La Ley**, n. 7702, 2011.

MARCOS, Eloy Ferreireos. El tratamiento ambulatorio. Cuestiones legales y prácticas. **Comité Español de Representantes de Personas con Discapacidad**, 2006. Accesible en http://www.feaps.org/biblioteca/documentos/tratamiento_ambulatorio.pdf

MENDAZONA, Edorta Cobreros. **Los tratamientos sanitarios obligatorios y el derecho a la salud**. Bilbao: Instituto Vasco de Administración Pública, 1988.

MORA, Asier Urruela. **Imputabilidad penal y anomalía o alteración psíquica, Cátedra Interuniversitaria de Derecho y Genoma Humano**. Bilbao, Granada: Comares, 2004.

MORÁN, Luis González. Exclusión social y enfermedad mental desde el derecho. **Exclusión social y discapacidad**, Universidad Pontificia de Comillas, 2005.

NAVARRETE, Miguel Polaino. **Detención ilegal y secuestro**, **Enciclopedia Penal Básica** (Luzón Peña, Dir.). Granada: Comares, 2002.

PÉREZ, Francisco Alonso. Detenciones ilegales cometidas por funcionarios públicos en el nuevo Código Penal. **La Ley-Actualidad**, Madrid, 1997.

PLANES, M^a Dolores Casas. Reflexión acerca del daño moral al enfermo psíquico derivado de actuaciones judiciales, y del funcionamiento anormal de la Administración Pública (Propuesta de lege ferenda). **La Ley**, n. 6697, 2007.

PORTERO, Israel Biel, De la sustitución al apoyo de capacidades: ¿el fin de los internamientos forzosos? perspectiva internacional y europea. **I Congreso Internacional sobre Discapacidad y Derechos Humanos**, Buenos Aires, 10 y 11 de junio de 2010. Accesible en: <http://www.articulo12.org.ar/documentos/trabajos/comision%20IV/4-biel.pdf>

PRATS, Josep Miquel Morales. Delitos contra la libertad. En: OLIVARES, Gonzalo Quintero (Dir.). **Comentarios al Código Penal, Tomo II. Parte Especial**. 5.ed. Aranzadi: Thomson, 2008.

PRIETO, Miguel Sáez-Santurtún. El supuesto de internamiento involuntario a raíz de la STC 141/2012. **La Ley**, n. 8055, 2013.

RAGUÉS I VALLÉS, Ramón. **Delitos contra la libertad, Lecciones de Derecho Penal. Parte Especial (Jesús-María Silva, Dir.)**. Atelier, 2011.

RIPOLLÉS, José Luis Diez. **Comentarios al Código Penal. Parte Especial, Tomo I**. Valencia: Tirant lo Blanch, 1997.

RODA, Juan Córdoba. El delito de detenciones ilegales en el Código Penal Español. **Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales**, tomo XVIII, 1965.

RONDEROS, Miguel Ángel Fernández de Los. Problemas prácticos del control judicial de las intervenciones involuntarias en salud mental. **XII Jornadas sobre justicia y salud mental**, Fundación Andaluza para la Integración Social del Enfermo Mental, 2007. Accesible en: http://www.faisem.es/ficheros/Problemas_pr%C3%A1cticos_control_judicial_intervenciones_involuntarias_salud_mental.pdf

SÁEZ, José Antonio Rodríguez; LEYVA GRASA, Dolors Leyna. El fundamento ético-jurídico de la medida de seguridad de internamiento psiquiátrico. **La Ley**, n. 7762, 2011.

VALDÉS, Antonio Roma; CARREIRAS SOUTO, María Luz Carreiras. **El internamiento involuntario por razón de trastorno psíquico**. Accesible en http://www.092cr.net/vecinos/internamiento_involuntario.pdf



O direito à saúde no Estado democrático de direito: interseção entre políticas públicas e efetivação dos direitos fundamentais

The right to health in democratic state law: intersection between public politics and effective fundamental rights

Wilba Lúcia Maia Bernardes*

Resumo

Este artigo analisa o direito à saúde no Estado brasileiro, inicialmente examinando sua vinculação com relação à evolução dos direitos fundamentais, mediada pela atuação do Estado-juiz no Estado Democrático de Direito e sua correlação com os princípios da separação de poderes e da reserva do possível. Com a consagração do direito à saúde, seu reconhecimento pelo Poder Judiciário amparado no pressuposto do acesso à justiça, torna-se ponto central de inúmeras discussões e reivindicações. Ao prever o direito estamos também o assegurando, munindo o cidadão de instrumentos e mecanismos constitucionais para torná-lo efetivo, com sua respectiva proteção judicial processual. É neste contexto, de necessário reconhecimento do direito à saúde, que nos deparamos com um novo modo de atuar do Judiciário.

Palavras-chave: Direito à saúde. Separação de poderes. Decisões judiciais. Reserva do possível.

Abstract

This article analyzes the right to health in the Brazilian State, initially examining its link with the evolution of fundamental rights, mediated by the action of the Judge-State in the Democratic State of Law and its correlation with the principles of separation of power and the reserve of the possible. With the consecration of the right to health, its recognition by the Judiciary power supported by the premise of access to justice, becomes the focus of many discussions and claims. By foreseeing the right we are also securing it, providing the citizen with constitutional instruments and mechanisms to make it effective, with their respective procedural judicial protection. And it is in this context, with necessary recognition of the right to health, that we come across a new way of acting from the Judiciary.

Keywords: right to health, separation of powers, judicial decisions and reserve of the possible.

* Doutora e Mestre em Direito Constitucional pela Faculdade de Direito da UFMG. Professora de Direito Constitucional da PUC Minas. Advogada. Contato: wilba@virtual.pucminas.br

1 Evolução dos direitos fundamentais: o aporte do direito à saúde e a atuação do poder judiciário

Inicialmente, nos parece relevante reafirmar aqui como se assume e consagra o direito à saúde na dimensão dos direitos fundamentais.

No histórico da evolução dos direitos fundamentais, o direito à saúde surge vinculado aos ideais de igualização, metas básicas do referencial da teoria política socialista. É exatamente no alvorecer do século XX que temos as condições que permitem o estabelecimento deste direito e seu desenvolvimento. Nesse período, o objeto e a estrutura da Constituição também se alteram com o aumento da função estatal e a inserção das normas ditas programáticas. O Estado passa a ser visto como um agente implementador de direitos fundamentais e, portanto, com uma postura ativa, contrastando com sua pauta negativa vinculada anteriormente ao Estado Liberal, cuja maior franquia estava na defesa do ideal de liberdade¹.

Assim, realizar os carecimentos dessa sociedade de massas, emergente no início do século XX, fomentará as discussões sobre a efetividade dos direitos que são consagrados a partir deste novo referencial; o direito à saúde não foge à regra. Toda Teoria da Constituição fundada à época apoia seus discursos centrais na necessidade de se refletir sobre como evitar a dicotomia entre a ‘Constituição real’ e a ‘Constituição formal’. Tal questão, não solucionada, ainda põe em cheque os limites da força normativa da Constituição como diria Konrad Hesse (1991)².

Também neste momento, ao se assumir como sociedade que possui direitos não só livres, mas iguais, fundada no reconhecimento de um Estado que procura promover o bem estar social, a realização do direito ao sufrágio universal inaugura a premissa democrática. Portanto, o direito à saúde surge vinculado à possibilidade desse direito ser não só do ‘eu’, mas de ‘todos’, inseridos no meio social e com capacidade de se autodeterminarem, ou seja, já trabalhamos, neste contexto, com uma noção de cidadania ativa, o que irá repercutir na formulação do direito à saúde nesta virada de século.

¹ Podemos afirmar, atualmente, a prevalência da tese de que os direitos individuais e políticos, também como os direitos sociais, econômicos e culturais demandam atuações positivas dos Estados e ensejam altos gastos públicos, como por exemplo, o direito a segurança, à propriedade etc., mas, à época, a visão do *laissez-faire*, *laissez-passer* quanto aos direitos de primeira dimensão era dominante.

² Veja-se a respeito dos enfrentamentos da Teoria da Constituição: CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 3.ed. Coimbra: Almedina, 1999.

O direito à saúde é previsto, a partir de então, em várias Constituições nacionais e aparece como um direito social admitido no Estado Social. Lembrando que à ideia de isonomia formal – típica do Estado Liberal – acopla-se a isonomia material e como direito de todos, é também direito de alguns, na medida de suas desigualdades.

Nos documentos constitucionais vigentes temos consagrado o direito à saúde e sob outros referenciais procurar-se-á efetivá-lo. Já não contamos mais com a constância homogeneizadora do Estado-nação e nos Estados plurais atuais, assumir a saúde como um direito de todos é, inegavelmente, assumir princípios de igualização e diferenciação, compromissos financeiros e encargos sociais. Nesse sentido, assegurar o direito à saúde torna-se tarefa árdua e necessária se queremos preservar a dignidade da pessoa humana, principalmente, se estamos trabalhando em Estados que ainda têm grandes disparidades sociais, regionais e financeiras.

Com a consagração do direito à saúde³, seu reconhecimento pelo Poder Judiciário amparado no pressuposto do acesso à justiça⁴, torna-se ponto central de inúmeras discussões e reivindicações. Ao prever o direito estamos também assegurando seu exercício, munindo o cidadão de instrumentos e mecanismos constitucionais para torná-lo efetivo, com sua respectiva proteção judicial processual.

E é neste contexto, de necessário reconhecimento do direito à saúde, que nos deparamos com um novo modo de atuar do Judiciário. Partindo de premissas diferenciadas quanto ao modo de atuar no Estado Liberal – o juiz realizando a leitura mecânica dos textos legais – e no Estado Social – o juiz atuando dentro de quadro das leituras possíveis faz a subsunção dos fatos às normas -, neste Estado Democrático de Direito sua atuação recupera a necessidade de se efetivar a norma constitucional, agora diante de uma sociedade eminentemente pluralista e sem as certezas apontadas pelo primado absoluto da universalidade da lei. Portanto, seguindo diretrizes amparadas na filosofia da linguagem, o Estado-juiz há de tentar desvendar a verdade na intersubjetividade, nos discursos que são levantados ao longo da formação do processo.

³ Na Constituição de 1988 está previsto no artigo 196: “Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal igualitário às ações e serviços para sua promoção e recuperação.” Também lhe dá sustentação o artigo 6º da Constituição: “Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.”

⁴ Temos no Brasil, disposto no artigo 5º, inciso XXV da nossa Constituição: “Art.5º... XXXV – a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito:”

No compasso de outra mudança que é a constatação da abertura da norma constitucional, agora identificada como conjunto não só de regras, mas de princípios, a forma de aplicar os discursos jurídicos deverá levar em conta, não só a lei dada, mas também os fatos do caso concreto. É nesse sentido que Menelick (1999, p. 485) afirma que só assim teremos a reprodução não somente da certeza do Direito, mas também do sentimento de Constituição e justiça.

A partir desta nova realidade que acosta ao Judiciário, será necessário adotar novas posturas se se pretende afirmar o ideal de justiça. Os juízes apoiam-se em novos métodos de interpretação centrados na visão de que a Constituição é aberta e fragmentada e de que a grande questão é a solução de problemas concretos e únicos. Os princípios jurídicos são dotados de normatividade e podem, dizendo juntamente com Dworkin (1995), concorrer para a solução dos casos concretos visando satisfazer a integridade do Direito e, desse modo, a busca pela decisão justa e correta, apresentada mediante princípios racionalmente fundados e plausíveis.

O direito à saúde se insere neste contexto. Assim, ao se decidir questões a respeito do direito à saúde podemos ter direitos concorrendo no caso concreto e requer-se por parte do Judiciário uma solução que aborde todos os argumentos que foram construídos ao longo do seu desenvolvimento, pois só desta forma assegurar-se-á tanto a certeza como a justiça do Direito.

Importante frisar que o conceito de saúde representa muito mais que não estar doente. A imprecisão do termo nos leva sempre a pensar a saúde ou relacionada com as condições de vida ou com a ausência de doenças. Na visão da Organização Mundial da Saúde (OMS) e da Declaração Universal dos Direitos do Homem, a saúde é vista em sentido integral, associada a bem-estar geral. No Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos e no Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, datados de 1966, e ratificados pelo Estado brasileiro, o direito à saúde está sempre relacionado ao direito à vida.

No direito nacional a visão da saúde está atrelada à noção de dignidade da pessoa humana e, portanto, numa visão integral de bem-estar físico, emocional, social e mental⁵.

⁵ É nesse sentido, o artigo 3º da Lei n. 8.080/90 que regulamenta o direito à saúde na legislação brasileira: “Art. 3º A saúde tem como fatores determinantes e condicionantes, entre outros, a alimentação, a moradia, o saneamento básico, o meio ambiente, o trabalho, a renda, a educação, o transporte, o lazer e o acesso aos bens e serviços essenciais; os níveis de saúde da população expressam a organização social e econômica do País.” Atente-se para o fato de que o *caput* do artigo 5º da Constituição brasileira assegura a inviolabilidade do direito à vida.

2 Princípio da separação de poderes e judicialização da política

A par da nova postura requerida do Poder Judiciário, no sentido de atuar mediante a análise de uma norma constitucional aberta - muito aqui se deve a Haberle (2002), a concretização do direito à saúde responderá, em alguma medida, pela releitura do princípio da separação de poderes.

Este princípio, revelado em primeira e mais central análise por Montesquieu, consagrado na atual Constituição brasileira em seu artigo 2º e, referendado no art. 60, §4º⁶, identifica funções específicas a serem atribuídas aos órgãos do Estado, cada um deles atuando de forma independente e harmônica. Não se nega seu valor histórico e de grande relevância para o desenvolvimento de uma ótica voltada a não concentração de poderes, principalmente, no enfoque datado ao regime adotado e precedente ao momento de sua consagração, o absolutismo. Sua consagração proporciona o melhor controle e fiscalização ao exercício do poder e considerando seu aperfeiçoamento pelo sistema de freios e contrapesos, de contribuição direta da obra ‘O federalista’, não há menor dúvida de que supera a negação das liberdades públicas, na medida em que, define espaços específicos de atuação do Estado e para além desses limites o cidadão poderia se opor, o que se coaduna com a ideia do constitucionalismo consagrada à época, pois o governo deve ser limitado e com base no primado da lei.

Com o desenvolvimento deste princípio, muito de seus aspectos prévios e rígidos sofreram alterações e podemos dizer que ótica atual se volta mais para uma tentativa de harmonização destas funções e para o aprimoramento do sistema de freios e contrapesos. Aliás, como as independências não são absolutas, ‘absolutizar’ suas formas de atuação também não corresponde às suas necessárias adaptações ao longo dos tempos. Essa afirmação passa pelo exame da preponderância das assembleias, especialmente no século XIX; pela hipertrofia dos Executivos, após o *Welfare State* e também nos aponta a adoção do princípio da separação de poderes nos modelos que adotam o regime parlamentar de governo. Em tais hipóteses conciliar a concepção inicial e hermética do princípio da separação de poderes seria de todo improvável.

⁶ “Art. 2º. São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.” Na descrição do art.60, § 4º temos a previsão das cláusulas insusceptíveis de alteração pelo poder constituinte derivado, dentre elas, a do inciso III: “... III – a separação de Poderes;”. Observa-se que em todas as Constituições brasileiras, após 1891, esse princípio foi recepcionado, ainda que não tivesse atuação real e fosse apenas nominal em algumas delas.

Mas, considerando que há espaços para sua admissão, necessário se faz rever suas fontes primeiras e admitir sua centralidade, na premissa de que tal princípio proporciona a segurança de que a Constituição será respeitada, sem um poder concentrado e com a possibilidade de controles recíprocos⁷.

A revisão do princípio da separação de poderes perpassa também pelo aumento das funções e atividades assumidas pelo Estado, a partir das premissas do Estado Social e pela complexidade de atender aos inúmeros carecimentos reivindicados pela sociedade hipercomplexa e plural que se cristaliza nos primórdios deste século. O atendimento a esta gama de complexas atividades pressupõe um cruzamento de funções e uma necessária intercambiabilidade entre os poderes do Estado. A satisfação das necessidades coletivas demanda também uma atuação coletiva e o ‘governo’ pode ser identificado no exercício da função dos três clássicos poderes⁸.

Essa perspectiva, aliada à noção de que há, neste novo momento, outros atores sociais como a sociedade civil organizada a atuarem no espaço público ampliado, dinamiza as potencialidades de respostas. A ampliação dos espaços de deliberação pública, tão ao gosto de Habermas (1997), ao permear os direitos humanos com o influxo da soberania popular, expandirá as possibilidades de argumentação e, conseqüentemente, insuflará o viés da cidadania ativa. É sob o pendore democrático das sociedades modernas ou pós-modernas que o Estado deverá dar conta de promover o bem de todos e a justiça; tarefa árdua, que está muito mais vinculada à busca do equilíbrio constitucional mediado pelo reconhecimento dos direitos fundamentais, no qual se encontra também o direito à saúde.

Diante disso, os reflexos desta nova postura são sentidos diretamente no âmbito do Poder Judiciário que passa a ser chamado a interceder em outras searas, antes reservadas aos demais órgãos. Assim, questões de ordem política passam a fazer parte

⁷ Isso não significa preponderância de qualquer poder e para a revisão crítica deste princípio, vale a observação de Mendes (2011, p. 240): “Teorias da democracia deliberativa passam a ter problemas no momento em que, além de valorizar o papel do argumento na política, rejeitam a competição política em nome de alguma instituição que encontrará a resposta correta”.

⁸ É interessante apontar um total emaranhamento das funções clássicas do Estado, a exemplificar: o comando da atividade legiferante pelo Executivo; o Legislativo como sancionador – ou não – de procedimentos do Executivo; o Legislativo fazendo a leitura e apreciação dos assuntos pautados pelos Ministros de Estados; o Judiciário com as escolhas dos membros de seus órgãos decisórios pelos demais Poderes. No que tange ao Poder Judiciário podemos afirmar que o mesmo atua, em sentido amplo, nas decisões de governo, como preceitua Jucá (1999), ao participar de formulações decisórias a respeito de políticas públicas como serviços prestados pelo Estado na finalidade de atender as necessidades coletivas públicas.

de sua agenda; dá-se a judicialização da política. Appio (2003, p. 90)⁹ afirma que esta condensação no Judiciário deve-se não só pela complexidade das atividades a serem realizadas, mas também em razão da colisão de tais atividades com os interesses particulares de milhões de pessoas. Expandem-se a esfera de atuação do Judiciário e a possibilidade de termos vários interesses concorrendo em um caso concreto, principalmente, partindo da visão de que os princípios são normas jurídicas.

Os parâmetros definidos pela Constituição ao Estado, em muitos momentos, são de base principiológicas e, portanto, o dever/limite de atuação da Administração Pública, não surge de forma tão clara como antes, em enunciados representados apenas por regras. Sem claras demarcações e limites e repercutindo a atuação – ou não – do Estado na vida do cidadão, em especialmente, no seu elenco de direitos fundamentais, socorre-se ele do Poder Judiciário, que tem como missão principal assegurar o cumprimento da Constituição. A essa obrigação de fazer¹⁰, antes restrita à órbita do Executivo, é chamado o Judiciário ao universo das políticas públicas. A celeuma está em que ao deparar-se com escolhas em políticas públicas, tais planos decisórios impactam diretamente no reconhecimento – ou não – de direitos fundamentais marcados constitucionalmente, sendo que a mesma balança alcança o traço das políticas públicas delimitadas em diretrizes constitucionais¹¹. Se toda atuação governamental está pautada por diretrizes constitucionais, não se pode negar ao cidadão o direito de tê-las efetivas.

É inevitável falarmos em ativismo judicial¹² associado às discussões sobre judicialização da política, quando se verifica se há uma atuação do Judiciário para além dos limites previstos pela Constituição, no exercício regular de suas funções. Assim, as

⁹ O autor afirma que o deslocamento das questões políticas para o espaço jurídico expõe o ângulo da democratização na tomada de decisões, pois assim as minorias podem intervir no processo de tomada de decisões da classe política. Interessante registro Juca (1999, p. 46) oferece com a afirmação de que o Judiciário foi construído e experimentado como poder politicamente neutro, sob a ótica da imparcialidade e independência, limitando-se à aplicação da hipótese legal aos casos concretos e voltado para o conflito entre particulares, com o Estado, a princípio, excluído de sua intervenção. Realmente, pensado e idealizado para um tipo de sociedade que não corresponde às premissas atuais.

¹⁰ Dentre elas podemos citar o artigo 226 da nossa Constituição que se refere ao direito de saúde, assim como o artigo 205 que se refere ao direito à educação e o art. 215 que assegura os direitos culturais, dentre outros.

¹¹ As diretrizes constitucionais estão diretamente relacionadas à realização dos objetivos da República Federativa do Brasil, previstos no artigo 3º da nossa Constituição: “Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I – construir uma sociedade livre, justa e solidária; II – garantir o desenvolvimento nacional; III – erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV – promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.”

¹² O termo surge vinculado à atuação da Suprema Corte norte-americana por volta de 1947 em artigo publicado na revista *Fortune*; seu autor, Arthur Schlesinger, analisou a atuação dos juízes daquela Corte distinguindo-os entre ativistas e pacifistas (vinculados à autocontenção judicial); conferir, para tanto, Continentino (2012, p. 128). Interessante observar que as Constituições brasileiras de 1934 e 1937 afirmavam, expressamente, que questões de política não poderiam ser apreciadas pelo Judiciário; normas que não foram reproduzidas nas demais Constituições brasileiras.

questões dos limites à atuação do judicial passam necessariamente pela análise da consagração inicial e pela releitura das concepções a respeito do princípio da separação de poderes.

Importa afirmar que tais atuações do Poder Judiciário, no caso do direito à saúde, estão atreladas à garantia – ou não – deste direito fundamental. É nesse sentido que Streck (2002) afirma que a supremacia da Constituição supera a soberania do parlamento e a prevalência dos direitos do cidadão em face do Estado suplanta o respeito pela separação de poderes e pela submissão dos juízes à lei.

A questão é realmente densa, pois envolve as premissas do orçamento com a alocação racional de recursos públicos e, num país de enormes desigualdades sociais e financeiras, alinhadas a uma precária atuação de defensoria pública para garantir o acesso à justiça, a possibilidade de fazermos funcionar o direito da saúde contrário ao seu pressuposto de acesso universal igualitário é real. Também esbarraria na questão de possível déficit de legitimidade democrática do Poder Judiciário, na medida em que, não tem este Poder vinculação direta com o voto popular e sendo o povo quem arca por intermédio de impostos, com as despesas de saúde, essa ligação deveria ser direta.

Um dos argumentos de maior peso, nas possibilidades de intervenção do Poder Judiciário no que se refere ao direito à saúde, impacta no fato de que esse Poder não está afeto às questões orçamentárias e a escolha das pretensões da sociedade para a inclusão no orçamento depende dos Poderes Legislativo e Executivo, seria a adoção das premissas do princípio da reserva do possível¹³. Não haveria como deferir determinado direito, se os recursos públicos são insuficientes para fazê-lo valer. Com recursos

¹³ A expressão adotada inicialmente pelo Tribunal Constitucional alemão, na década de 70, ao julgar o caso que ficou conhecido como *numerus clausus*, em que se discutia a questão de acesso/vagas de alunos ao ensino público superior, no caso, ao curso de Medicina e a prescrição da Constituição alemã de garantia de escolha de trabalho, ofício ou profissão. O Tribunal Constitucional alemão decide pela constitucionalidade da lei que disciplina as vagas para o ingresso no curso de Medicina, considerando o aumento da demanda dos cursos superiores e os esforços dos órgãos estatais para suprir o déficit e por entender que há uma limitação fática, condicionada pela reserva do possível, do que pode o indivíduo exigir, racionalmente, da coletividade; o Estado não seria obrigado a criar o número de vagas para atender todos os candidatos, ou seja, não se pode prestar algo fora dos limites do razoável. Veja sobre o assunto Krell (2002, p.51). É importantíssimo frisar que a adoção deste princípio na Alemanha se dá em contexto completamente diferente do Estado brasileiro, tendo aquele Estado um padrão-mínimo de bem-estar social já consolidado. Os condicionamentos impostos pela cláusula da reserva do possível assentam-se no binômio da razoabilidade da pretensão deduzida em face do Poder Público e da disponibilidade financeira do Estado, assim considerando-se razoabilidade e proporcionalidade da pretensão pretendida. Mas ponderamos, desde já, tal princípio não quer dizer que os argumentos de política sirvam apenas para dizer sobre a limitação financeira do Estado; observando que na maioria das ações contra o Estado, há condenação pecuniária e a impossibilidade financeira *a priori* do Estado, não é impeditivo para a condenação.

públicos limitados, o reconhecimento de determinado direito, no âmbito do Judiciário, pode inviabilizar a adoção de outros direitos¹⁴.

Todos estes argumentos têm peso argumentativo e a inserção do Judiciário, nos tênues contornos antes restrito das políticas públicas, deve levá-los em consideração. Mas, nos parece que tendo em vista todos os desdobramentos do reconhecimento do direito à saúde, estes não devem prevalecer, pois estaremos negando direitos fundamentais ou o seu mínimo existencial¹⁵. Como dito por Barroso (2009, p. 29), extremamente criterioso ao reconhecer a possibilidade de ação do Judiciário em tais matérias, considerando a estrutura e a natureza dessas normas, a extração de deveres jurídicos deverão ter como centralidade “... as hipóteses de omissão dos Poderes Públicos e de ação que contravenha a Constituição. Ou ainda, de não atendimento do mínimo existencial”.

3 Abordagens no Direito brasileiro

Como já dito, o direito à saúde tem tratamento constitucional nos termos do artigo 196 da nossa Constituição e associa-se, na abordagem que adotamos, diretamente, ao princípio do acesso à justiça consagrado no nosso artigo 5º, inciso XXXV.

Em breve levantamento histórico, no Estado brasileiro, podemos afirmar que a preocupação com a saúde pública é recentíssima e data do início do Século XIX com a vinda da Corte portuguesa para a Colônia, agora elevada à condição de Reino, com o combate as pestes. O modelo de implementação de campanhas, de cunho preventivo, foi

¹⁴ Barroso (2009) explicita uma série de argumentos que devem ser ponderados quando da intervenção do Judiciário em relação à saúde e expõe as críticas que são geralmente oferecidas à judicialização excessiva, tais como: trata-se de norma programática; que o problema não é de mera interpretação de preceitos constitucionais, mas de desenho institucional; o Judiciário padeceria de legitimidade democrática, pois os recursos para a saúde são obtidos por meio dos impostos e só os legitimados pelo voto popular têm a prerrogativa de decidir sobre a alocação dos recursos públicos; a questão financeira esbarra na reserva do possível; em alguns casos como distribuição de medicamentos as decisões judiciais provocam desorganização da Administração Pública; sob a uma análise econômica do Direito, a relação custo/benefício não é satisfatória; a intervenção do Judiciário pode aprofundar privilégios sociais e econômicos, reforçando a exclusão dos mais pobres que não têm acesso à justiça; e, o fato de que o Judiciário não tem tecnicamente domínio para instituir políticas públicas.

¹⁵ Na lição de Barroso (2009), o mínimo existencial há de ser compreendido como correspondente “... às condições elementares de educação, saúde e renda que permitam, em uma determinada sociedade, o acesso aos valores civilizatórios e a participação esclarecida no processo político e no debate público. Ou seja, nos referimos àquelas condições materiais mínimas de existência; o mínimo substancial existencial há de ser entendido como aquele conjunto de prestações indispensáveis para que todos e cada um tenha sua dignidade assegurada.

adotado entre 1870 e 1930 e teve razoáveis avanços, embora associado a um controle repressivo e compulsório; os serviços privados e de caridade se responsabilizavam pelas ações públicas curativas. A partir do Estado Social, centralizado na década de 30, temos a estruturação de um sistema básico de saúde pública com caráter também curativo, vinculados aos Institutos da Previdência, sem conotação universalista – usufruíam os contribuintes da Previdência. Na década de 70 cria-se o Instituto Nacional de Previdência Social (INPS) que unifica o sistema de saúde pública, mas ainda seu acesso está restrito aos trabalhadores de carteira assinada. Somente com a Constituição de 1988 o direito à saúde se universaliza, garantido a todos, independente de ser trabalhador formal ou não¹⁶.

Considerando a adoção da forma federativa de Estado pelo Brasil, a responsabilidade pelo tratamento de competências legislativas, no que tange à saúde, foi desdobrada para todos os entes federativos, a saber, União, Estados-membros, Distrito Federal e Municípios¹⁷. A União detém competência privativa para legislar sobre seguridade social¹⁸, o que impacta diretamente na saúde, na medida em que, a Seguridade Social visa um conjunto de ações integradas para assegurar os direitos relativos à saúde, previdência e assistência social¹⁹. Em outro viés, o da competência cooperativa, o artigo 24, da nossa Constituição, implicando União, Estados-membros e Distrito Federal afirma que a competência será concorrente para legislar sobre a previdência social, proteção e defesa da saúde²⁰ e no mesmo artigo garante-se aos Estados-membros a competência para suplementar a legislação federal²¹. O Município é convocado sempre que houver interesse local e para suplementar a legislação federal e estadual, no que couber e, ainda, para prestar, em cooperação com a União e Estados-

¹⁶ Para tais desenvolvimentos, confira-se: Barroso (2009 p. 21-22).

¹⁷ Nesse sentido tem se posicionado o Supremo Tribunal Federal, ao facultar ao cidadão que exija de qualquer dos entes da federação, em responsabilidade solidária, a implementação de ações a respeito da saúde: “... O Poder Público, qualquer que seja a esfera institucional de sua atuação no plano da organização federativa brasileira, não pode mostrar-se indiferente ao problema da saúde da população, sob pena de incidir, ainda que por omissão, em censurável comportamento inconstitucional.” (BRASIL, STF, RE n 273.834, rel. Min. Celso de Mello, julg. 23/08/2000, DJ 18/09/00).

¹⁸ Na Constituição de 1988: “Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre: ...XXIII – seguridade social;” Veja-se a Lei 8.212/91 – Lei Orgânica da Seguridade Social.

¹⁹ “Art. 194. A seguridade social compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social.”

²⁰ “Art. 24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre: ... XII – previdência social, proteção e defesa da saúde;”

²¹ “Art. 24...§ 2º A competência da União para legislar sobre normas gerais não exclui a competência suplementar dos Estados.”

membros, serviços de atendimento à saúde da população²². Já o artigo 23, do Documento Constitucional, disciplina competências materiais de todos os entes federativos, ou seja, aquelas vinculadas à execução de políticas públicas e dentre elas está cuidar da saúde²³. Também nos termos do artigo 198, parágrafo 2º, da Constituição de 1988, há diretriz para a aplicação de percentual mínimo exigido na saúde²⁴ e o artigo 212, §4º²⁵ afirma a possibilidade de adoção de contribuições sociais para o custeio dos programas suplementares de alimentação e assistência à saúde. No que tange à previsão orçamentária, o artigo 167 determina que é proibido o início de programas não incluídos na lei orçamentária anual²⁶. Na esteira da determinação constitucional foi publicada a Lei Orgânica da Saúde, Lei n. 8.080/90, que disciplina o Sistema Único de Saúde – SUS – e reforça princípios da universalidade, subsidiariedade e municipalização da saúde.

As questões sobre a temática aqui versada, no direito brasileiro, têm posicionamento da nossa mais alta Corte, o Supremo Tribunal Federal, e foram discutidas abertamente na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF, n. 45²⁷; podemos afirmar que foi admitido o controle judicial de políticas públicas. Nesta decisão, que teve como relator o Min. Celso de Mello, o princípio da reserva do possível analisado e, na conclusão deste Ministro, tal cláusula não deve ser compreendida como limite à concretização do direito fundamental à saúde e por escassez ou falta de recursos financeiros, o Estado não pode se eximir da obrigação constitucional de assegurar as condições mínimas para uma vida digna. Afirmou ainda o Ministro que o mínimo existencial como conjunto de prestações indispensáveis para garantir a cada pessoa uma vida condigna, deve prevalecer sobre o princípio da reserva do possível.

²² “Art. 30. Compete aos municípios: I – legislar sobre assuntos de interesse local; II – suplementar a legislação federal e estadual no que couber; ...VII – prestar, com a cooperação técnica e financeira da União e do Estado, serviços de atendimento à saúde da população;”

²³ “Art.23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios: ...II- cuidar da saúde e assistência pública, da proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência.”

²⁴ “Art. 198. As ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de acordo com as seguintes diretrizes: ...§2º A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios aplicarão, anualmente, em ações e serviços públicos de saúde recursos mínimos derivados da aplicação de percentuais calculados sobre: ...”.

²⁵ “Art.212... §4º Os programas suplementares de alimentação e assistência à saúde previstos no art. 208, VII, serão financiados com recursos provenientes de contribuições sociais e outros recursos orçamentários.”

²⁶ “Art.167. São vedados: I – o início de programas ou projetos não incluídos na lei orçamentária anual.”

²⁷ Confira-se em BRASIL, STF, ADPF 45/MC, Rel. Min. Celso de Mello, DJU de 05/05/2004.

Nos argumentos desenvolvidos, nesta antológica decisão, são compatíveis: mínimo existencial e a reserva do possível, definindo-se as prioridades dos gastos públicos. Para a Corte a legitimidade de sua intervenção nesta seara está assegurada quando houver inércia estatal injustificada ou abusivo comportamento governamental, pois neste caso, não é absoluta a liberdade de conformação do legislador ou do Poder Executivo, já que há comprometimento da eficácia dos direitos sociais, econômicos e culturais, afetando-se seu núcleo essencial. Essa atribuição do Supremo Tribunal Federal revela a dimensão política da jurisdição constitucional que lhe é conferida ao tornar efetivos os direitos econômicos, sociais e culturais. A atuação do Judiciário assegura, neste caso, o conjunto irreduzível de condições mínimas para a existência de uma vida digna e essenciais à própria sobrevivência do indivíduo.

Ou seja, trata-se de não admitir o princípio da reserva do possível, como limite à efetivação dos direitos fundamentais, sob a argumentação de escassez de recursos financeiros e também como argumento impeditivo da atuação do Judiciário.

Conclusão

Nesse sentido, a atividade judicial está diante de novo contexto e deve dizer sobre os limites da força normativa da Constituição, ao mesmo tempo, assegurar os direitos fundamentais. Há um risco inerente ao exercício desta nova atividade que pode induzir a assunção do Judiciário sobre os demais poderes, mas é impossível vivenciarmos uma democracia sem riscos e o melhor ‘olheiro’ para controlar ou denunciar excessos, é, sem sobra de dúvidas, o próprio cidadão e sua sociedade civil organizada nos amplos espaços que a Constituição, no seu viés republicano, abriu às suas atuações.

Ao argumento de que o Judiciário não tem legitimidade política para atuar em decisões que envolvam conteúdo manifestamente político, contra-argumenta-se que este Poder tem como função primordial a guarda da Constituição que encerra todas as nossas mais caras opções políticas e, conseqüentemente, o alto teor de politicidade de que se revestem as decisões materiais de constitucionalidade não é negado. De outra parte, a questão da legitimidade no Estado Democrático de Direito envolve muito mais que um revestimento apenas por intermédio das eleições periódicas.

Se tivermos como premissa cumprir os objetivos a que o Brasil se predispôs constitucionalmente, não há como com a interseção entre políticas públicas e efetivação dos direitos fundamentais, não se buscar promover a justiça social com o reconhecimento de um desses direitos, o direito à saúde, no âmbito do Poder Judiciário, no pressuposto da garantia do acesso à justiça.

O limite para a atuação do Judiciário repousa na preservação dos direitos fundamentais previstos constitucionalmente – ou em leis –, assegurando o núcleo essencial desses ou o mínimo existencial e no fato de que sua decisão deverá estar racionalmente fundamentada.

Se há algo de que não se dúvida nesta temática, é que o tema é complexo e denso e envolve escolhas que necessitam de uma interação com outras áreas do saber, além da jurídica e o constante envolvimento da sociedade; estamos apenas no alvorecer de nossa democracia.

REFERÊNCIAS

APPIO, Eduardo. A judicialização da política em Dworkin. **Sequência: estudos jurídicos e políticos**. Florianópolis, v.24, n.47, p.81-97, dez 2003.

BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para atuação judicial. **Revista de Direito Social**, Porto Alegre, p.11-43, abr./jun. 2009.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1999.

CARVALHO NETTO, Menelick de. O requisito essencial da imparcialidade para a decisão constitucionalmente adequada de um caso concreto no paradigma constitucional de Estado Democrático de Direito. **Revista da Procuradoria-Geral do Estado de Minas Gerais**, Direito Público, Belo Horizonte, v. 1, n.1, jan./jun. 1999.

CONTINENTINO, Marcelo Casseb. Ativismo judicial: considerações críticas em torno do conceito no contexto brasileiro. **Interesse Público**. São Paulo, v.15, n.72, mar.2012, p.123-155.

DWORKIN, Ronald. **Los derechos en serio**. Tradução de Marta Guastavino. 1. ed. 2. reimp. Barcelona: Ariel, 1995.

HABERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Fabris. Reimpressão, 2002.

HABERMAS, Jurgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. Tradução de Flávio Breno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, v. I e II.

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Fabris, 1991.

JUCA, Francisco Pedro. Judicialização da política e politização do Judiciário. **Ciência Jurídica**, v.13, n.85; jan/fev, 1999, p.39-54.

KRELL, Andreas Joaquim. **Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha**: os (des) caminhos de um direito constitucional comparado. Porto Alegre: Fabris, 2002.

MENDES, Conrado Hubner. **Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação**. São Paulo: Saraiva, 2011.

STRECK, Lênio. **Jurisdição constitucional e hermenêutica**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.