



diritto^esalute

Rivista di sanità e responsabilità medica

Numero 1 del 2024
Autorizzazione del Tribunale di Roma, n. 5 del 26 Gennaio 2017
Codice ISSN 2532-1862

dirittoesalute

Rivista di sanità e responsabilità medica

La continua evoluzione del sistema sanitario impone al giurista un'analisi interdisciplinare in grado di intercettarne le linee di tendenza, pur nel quadro dei principi organizzativi fondamentali.

La rivista *Diritto e salute*, con la direzione scientifica del prof. Giuseppe Morbidelli, nasce con l'obiettivo di segnalare ed approfondire i temi centrali emersi nella normativa, nella giurisprudenza e nella prassi, nazionali e sovranazionali, della *Health Care*.

Tutti i contributi pubblicati sono soggetti a referaggio anonimo.

Direttore scientifico: prof. Giuseppe Morbidelli

Direttore responsabile: prof. Luigi Principato

Comitato di direzione: prof.ssa Sara Landini, prof. Luigi Principato, prof. Andrea Simoncini, prof.ssa Vilma Pinchi, prof. Gian Aristide Norelli, prof.ssa Simona Viciani, dott.ssa Patrizia Pompei, dott.ssa Valentina Manuali, prof.ssa Marta Mengozzi, prof.ssa Albina Candian, prof.ssa Diana Cerini, dott. Carlo Masieri

Comitato scientifico: prof. Francesca Angelini, dott. Paolo Auriemma, prof. Andrea Maria Azzaro, prof. Francesca Carocchia, dott. Guido Carpani, prof. Edoardo Chiti, prof. Stefano Cognetti, prof. Nicola Corbo, prof. Mario Esposito, prof. Antonio Fici, prof. Francesco Longobucco, prof. Massimo Luciani, dott. Ernesto Lupo, prof. Luca Marafioti, prof.ssa Antonella Morana, dott.ssa Anna Moscarini, prof.ssa Anna Carla Nazzaro, prof.ssa Ida Nicotra, prof.ssa Ilaria Pagni, prof.ssa Sandra Passinhas, prof. André Gonçalo Dias Pereira, dott. Daniele Piccione, prof. Edoardo Carlo Raffiotta, prof. Miguel Sanchez Moron, prof. Gino Scaccia, prof. Oberdan Tommaso Scozzafava, prof. Alessandro Sterpa, prof. Giulio Vesperini, prof. Maurizio Benincasa, prof. Cristiano Cupelli, prof. Amalia Diurni, prof. Federico Ghera, prof. Andrea Longo, prof. Mario Savino, prof. Carlo Sotis, prof. Carlo Bottari.

Consiglio di redazione: prof. Domenico Porraro, dott. Massimo Togna, dott. Marco Rizzuti, dott. Antonio Nicodemo, prof. Fabrizia Covino, dott.ssa Emilia Giusti, dott. Paolo Provenzano, prof. Germán M. Teruel Lozano, prof.ssa Benedetta Liberali, dott. Boris Vitiello, prof. Antonio Pérez Miras, prof.ssa Silvia Romboli, dott. Paolo Colasante, dott. Andrea Pisani, dott. Angelo Raffaele Salerno, dott. Caterina Di Costanzo, dott.ssa Eugenia Jona, dott.ssa Daniela Marcello, dott. Leonardo Dani, dott. Giulia Biagioni, dott. Alessandro Fricano, dott. Lorenzo Rodio Nico, dott. Rodrigo Merayo Fernández, dott. Massimiliano Malvicini.

Contatti: redazione.dirittoesalute@gmail.com

Fascicolo n. 1 del 2024

Mônia Clarissa Hennig Leal e Fernando Roberto Schnorr Alves, <i>The Justiciability of the Right to Health under the Conventionality Control of the Inter-American Court of Human Rights</i>	1
Sabrina Esposito, <i>Le recenti riforme normative in tema di interruzione volontaria di gravidanza nell'Unione Europea</i>	21
Caterina Di Costanzo, <i>Esiste uno statuto costituzionale del minore? Osservazioni sul tema della dinamicità della tutela costituzionale del minore fra riconoscimento delle vulnerabilità e promozione dei diritti</i>	39
Rosa Garcia Silvano, <i>Informed Consent Form and the Right to Information in Legal Relationships Between Doctor and Patient</i>	55
Carolina Martins Usocovich e Miguel Kfourì Neto, <i>Medical and hospital liability insurance: present and future challenges from the perspective of comparative law - Brazilian and US legal systems</i>	69

The Justiciability of the Right to Health under the Conventionality Control of the Inter-American Court of Human Rights*.

di Mônia Clarissa Hennig Leal** e Fernando Roberto Schnorr Alves***

* This work was carried out with the support of the *Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior – Brasil* (Coordination for the Improvement of Higher Education Personnel – Brazil – CAPES) – Financing Code 001*, and is the result of the activities of the research project “Formulas for assessing the ‘margin of appreciation of the legislator’ (*Beurteilungsspielraum des Gesetzgebers*) in shaping public policies for social inclusion and protection of minorities by the Federal Supreme Court and the Inter-American Court of Human Rights”, funded by CNPq (Universal Announcement – Announcement 14/2014 – Process 454740/2014-0) and FAPERGS (Gaúcho Researcher Program – Announcement 02/2014 – Process 2351-2551/14-5). The research is linked to the Research Group *Jurisdição Constitucional Aberta* (Open Constitutional Jurisdiction) (CNPq) and developed together with the *Centro Integrado de Estudos e Pesquisas em Políticas Públicas* (Integrated Center for Studies and Research in Public Policies – CIEPPP – funded by FINEP) and the *Observatório da Jurisdição Constitucional Latino-Americana* (Observatory of Latin American Constitutional Jurisdiction – funded by FINEP), linked to the Postgraduate Program in Law – Master’s and Doctorate at the University of Santa Cruz do Sul – UNISC.

* With a Post-Doctorate at Ruprecht-Karls Universität Heidelberg (Germany) and a Doctorate in Law from the University of Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS (with research carried out at Ruprecht-Karls Universität Heidelberg, in Germany). Professor of the Postgraduate Program in Law – Master’s and Doctorate at the University of Santa Cruz do Sul – UNISC, where she teaches the subjects of Constitutional Jurisdiction and Judicial Control of Public Policies, respectively. Coordinator of the Research Group *Jurisdição Constitucional Aberta* (Open Constitutional Jurisdiction), linked to CNPq. Productivity scholarship holder in CNPq research. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/6628165246247243>. Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-3446-1302>. E-mail: moniah@unisc.br.

*** Lawyer. PhD Candidate in the Postgraduate Program in Social Rights and Public Policies at the University of Santa Cruz do Sul – UNISC, in the research line Instrumental Dimensions of Public Policies. PROSUC/CAPES scholarship holder, modality I. Guest researcher at the Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law with CAPES funding through the *Programa Doutorado Sanduíche no Exterior* (“Sandwich” Doctorate Program Abroad – PDSE). Master in the Postgraduate Program in Social Rights and Public Policies at the UNISC, in the research line Contemporary Constitutionalism. PROSUC/CAPES scholarship holder, modality II. Postgraduate in Public Law at the Federal Magistracy School in Rio Grande do Sul – ESMAFE. Graduated in Law from UNISC. Member of the research group *Jurisdição Constitucional Aberta* (Open Constitutional Jurisdiction), coordinated by Prof. Dr. Mônia Clarissa Hennig Leal. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/0483602345250103>. Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-4714-7697>. E-mail: fernandorsalves@hotmail.com.

Abstract IT: La giustiziabilità diretta dei diritti economici, sociali, culturali e ambientali è stata riconosciuta a partire dalla condanna del Cile nel caso Poblete Vilches davanti alla Corte interamericana dei diritti umani. Il lavoro si propone quindi di rispondere alla seguente domanda: come è stato trattato il diritto alla salute, nei casi in cui è stata riconosciuta la violazione dell'articolo 26 della Convenzione americana, dalla Corte interamericana dei diritti umani negli ultimi tre anni (2024, 2023 e 2022)? L'arco temporale cerca di analizzare solo i casi più recenti e di verificare l'evoluzione dell'interpretazione maggioritaria in relazione alla condanna cilena del 2018. A tal fine, la ricerca sarà costruita ed elaborata utilizzando il metodo dell'approccio induttivo, il metodo analitico procedurale e la tecnica bibliografica. Verranno analizzate le motivazioni delle decisioni pubblicate, senza però ignorare il contesto storico che ha preceduto le sentenze. Di conseguenza, è possibile constatare che l'opinione maggioritaria adottata dal 2018 (caso Poblete Vilches et al. contro Cile) è stata mantenuta, anche se non all'unanimità dai giudici, ratificando una giurisprudenza che presuppone la diretta giustiziabilità del diritto alla salute e la sua immediata applicabilità.

Abstract EN: The direct justiciability of Economic, Social, Cultural and Environmental Rights has been recognised since the Chilean conviction in the Poblete Vilches case before the Inter-American Court of Human Rights. Thus, the work aims to answer the following question: how has the right to health, in cases in which the violation of Article 26 of the American Convention has been recognized, been dealt with by the Inter-American Court of Human Rights in the last three years (2024, 2023 and 2022)? The time frame seeks to analyse only the most recent cases and verify the evolution of understanding in relation to the Chilean conviction in 2018. To this end, the research will be built and elaborated using the inductive approach method, the analytical procedural method, as well as the bibliographic technique. An analysis will be made of the reasons behind the published decisions, but without ignoring the historical context which preceded the judgements selected. As a result, it is possible to see that the majority view adopted since 2018 (Case of Poblete Vilches et al v. Chile) has been maintained, even if not unanimously by the judges, ratifying a jurisprudence that assumes the direct justiciability of the right to health and its immediate applicability.

Sommario: 1. Introduction. – 2. Historical context for the justiciability and enforceability of the right to health by the Inter-American Court of Human Rights. – 3. Recent convictions arising from violations of the right to health by

the Inter-American Court of Human Rights. – 4. The lessons learned from the judgments issued by the Inter-American Court of Human Rights. – 5. Conclusions.

1. Introduction.

Economic, Social, Cultural and Environmental Rights (*Direitos Econômicos, Sociais, Culturais e Ambientais* - DESCAs) are part of the list of human rights that the American signatory States to the American Convention on Human Rights have recognised and committed to implementing, even if progressively. However, the commitment made by the States has received a new meaning with the change in interpretation by the Inter-American Court of Human Rights (IACtHR) regarding its justiciability and enforceability.

In this scenario, some of the States under the jurisdiction of the IACtHR have been condemned for violations of the right to health, based on the application of Article 26 of the American Convention on Human Rights. This study aims to answer the following question: how has the right to health been dealt with by the Inter-American Court of Human Rights in cases in which a violation of Article 26 has been recognised in the last three years (2024, 2023 and 2022)? The time frame seeks to analyse only the most recent cases and verify the evolution of understanding in relation to the Chilean conviction in 2018. To this end, the research will be constructed and elaborated using the inductive approach method, the analytical procedural method, as well as the bibliographical technique. An analysis will be made of the reasons behind the published decisions, but without ignoring the historical context which preceded the judgements selected.

To select the cases, it used the search tool provided by the Supreme Court of Justice of the Nation of Mexico (<https://corteidh.scjn.gob.mx/buscador/busqueda#>). The search was carried out on 6th September 2024 in two stages. The first used the filter "*Artículos de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*" (Articles of the American Convention on Human Rights) to select the cases, delimiting by "*Artículo 26. Desarrollo Progressivo*" (Article 26. Progressive Development), "*Derechos económicos, sociales y culturales*" (Economic, Social and Cultural Rights) and "*Derecho a la salud*" (Right to Health), reaching 104 results (paragraphs) from a total of 6 different judgments. In a second step, the search was carried out using the "*Temas Relevantes*" (Relevant Topics) filter, delimiting by "DESCAs" and "*Derecho a la salud*" (Right to health), reaching 267 results (paragraphs) from a total of 18 different judgments and 2 advisory opinions. Having said that, it narrowed it down to a universe of 4 cases judged by the IACtHR in 2024, 2023 and 2022, which make up the subject of this article and will be presented below.

The work is divided into three stages: first, a brief history of the justiciability and enforceability of the right to health by the IACtHR, showing what preceded

the decisions analyzed by this research. The second stage presents the cases identified by the search. Finally, the aim is to extract some lessons in relation to the right to health from the convictions resulting from the application of Article 26 of the American Convention. This work seeks to show how the IACtHR has assessed the responsibility of States and interpreted the normative provision in the construction of its jurisprudence on the theme.

2. Historical context for the justiciability and enforceability of the right to health by the Inter-American Court of Human Rights.

The main instrument of the Human Rights Protection System at the regional level in the Americas is the American Convention on Human Rights, which was signed in November 1969 and entered into force on July 18, 1978, following the deposit of the eleventh instrument of ratification by an OAS Member State¹.

In order to protect human rights on the American continent, the Convention created two institutions competent to hear complaints of human rights violations: the Inter-American Commission on Human Rights (IACHR) and the Inter-American Court of Human Rights (IACtHR). On May 22, 1979, the States Parties to the American Convention elected the first judges to make up the IACtHR, which began its work at the end of June 1979.

Although the text of the Convention has remained unchanged since its formulation, the first case in which an American state was condemned for directly violating a right that is included in the Economic, Social, Cultural and Environmental Rights (DESCA), under Article 26 of the American Convention, was the Lagos del Campo v. Peru case (IACtHR, 2017). The judgment is a milestone for recognizing the direct justiciability and immediate enforceability of DESCA:

Los jueces Ferrer Mac-Gregor y Caldas emitieron votos respaldando el avance jurisprudencial hacia la justiciabilidad directa de los DESC. Asimismo, desarrollaron argumentos para defender la relación existente entre el derecho de asociación del artículo 16 de la Convención Americana y el derecho de asociación en materia laboral, consagrado en artículo 26 del mismo texto, a la luz de lo dispuesto en el artículo 45.c de la Carta de la OEA.

En particular, el juez Ferrer Mac-Gregor reiteró que la interpretación evolutiva del artículo 26 abre paso a la “justiciabilidad plena y directa de los derechos económicos, sociales,

¹ Twenty-five American nations have ratified or acceded to the Convention: Argentina, Barbados, Bolivia, Brazil, Colombia, Costa Rica, Chile, Dominica, Ecuador, El Salvador, Grenada, Guatemala, Haiti, Honduras, Jamaica, Mexico, Nicaragua, Panama, Paraguay, Peru, Dominican Republic, Suriname, Trinidad and Tobago, Uruguay and Venezuela. Trinidad and Tobago denounced the American Convention on Human Rights on May 26, 1998, as did Venezuela, which denounced the Convention on September 10, 2012.

culturales y ambientales”, y a la protección de derechos no establecidos expresamente en la Convención – consagrados en el artículo 19.6 –, además de que se refiere – por primera vez – a la protección de la libertad de asociación en materia laboral – sin ligarla obligatoriamente a los derechos y protecciones existentes en materia sindical –, en la medida en que se aborda, por primera vez, el estudio de la violación del ya mencionado artículo 26 bajo el marco del artículo 29, dando lugar al nacimiento de una obligación en cabeza del Tribunal de remitirse a la Carta de la OEA para alcanzar la efectividad plena de todos los DESC. El juez Caldas precisó el alcance que el principio iura novit curia tiene en estos casos controvertidos donde cientos de derechos no se involucraron en la litis desde el informe de admisibilidad emitido por la Comisión Interamericana (Vera, 2018, p. 227)².

However, regarding the right to health, it cannot ignore the existence of previous convictions in which the violation by States was recognized indirectly, cases in which protection occurred through Civil and Political Rights, such as the right to life and personal integrity (Maas; Bosa, 2023, p. 7). An example of this is the case of *Ximenes Lopes v. Brazil* (IACtHR, 2006, p. 55-56), which dealt with the state's responsibility for the death of a victim admitted to a psychiatric clinic. The victim, who was mentally disabled, was tortured and murdered in the custody of the state, which failed to provide the necessary medical care to protect his health, violating his right to life and personal integrity (enshrined in articles 4 and 5 of the Convention), once the Brazilian State's duty to regulate and supervise medical care was recognized.

Another judgment that demonstrates the IACtHR's historical understanding of indirect violations is the case of *Artavia Murillo v. Costa Rica* (IACtHR, 2012, p. 43-49), in which the State was held responsible for the effects caused to a group of people by the general ban against the practice of *in vitro* fertilization. The practice was authorized and regulated between 1995 and 2000, but the regulations were declared unconstitutional by the country's Constitutional Chamber, prohibiting the procedure. The IACtHR held that this position

² “Judges Ferrer Mac-Gregor and Caldas cast votes supporting the jurisprudential advance towards the direct justiciability of DESCAs. They also developed arguments to defend the relationship between the right of association in Article 16 of the American Convention and the right of association in labor matters, enshrined in Article 26 of the same text, in light of the provisions of Article 45.c of the OAS Charter.

In particular, Judge Ferrer Mac-Gregor reiterated that the evolving interpretation of Article 26 opens the way to the ‘full and direct justiciability of Economic, Social, Cultural and Environmental Rights’, and to the protection of rights not expressly set out in the Convention - enshrined in Article 19.6 -, in addition to the fact that it refers - for the first time - to the protection of freedom of association in labor matters - without obligatorily linking it to existing rights and protections in trade union matters -, insofar as it addresses, for the first time, the study of the violation of the aforementioned Article 26 within the framework of Article 29, giving rise to the birth of an obligation on the Court to refer to the OAS Charter in order to achieve the full effectiveness of all DESCAs. Judge Caldas clarified the scope of the principle *iura novit curia* in these controversial cases where hundreds of rights have not been involved in the dispute since the admissibility report issued by the Inter-American Commission” [free translation].

violated the right to private and family life, personal integrity in relation to autonomy of will, sexual health and the right to enjoy the benefits of scientific and technological progress, expressing the duty of the State to regulate and supervise the provision of health services for the effective protection of the rights to life and personal integrity (IACtHR, 2012, p. 47).

It should be noted that jurists still differ on the systemic integration of instruments other than the American Convention in order to extract an interpretation that recognizes an obligation to signatory States, as observed by Narváez and Ramírez (2017, p.309-310), who are concerned about the lack of consent or even possible opposition to this incorporation. Others, such as Piovesan and Borges (2019, p. 10-12), believe that this reference to elements external to the American Convention is positive in terms of allowing for greater protection of the human rights it guarantees and contributes to harmonizing international law with the formation of a true international *corpus iuris*.

The fact is that the change in the jurisprudence of the IACtHR was significant with the judgment of Lagos del Campo v. Peru (IACtHR, 2017). This case relates to the dismissal of Mr. Alfredo Lagos del Campo on July 1, 1989. Peruvian legislation required that serious misconduct attributed to an employee be duly substantiated, and the Court of Appeals classified the dismissal as "legal and justified". The behaviour was his response to an interview given by the victim as president-elect of the General Assembly of the Electoral Committee of the Industrial Community of the company Ceper-Pirelli, where he worked (IACtHR, 2017, p. 26-27).

Subsequently, Mr. Lagos del Campo filed several appeals, all of which were denied or declared inadmissible. As a result, Mr. Lagos del Campo was unable to access the social security benefits that depended on his employment. The IACtHR found, in this scenario, that the State did not adopt the appropriate measures to protect the worker's right, even if the violation of the right was due to the action of a third party, because his right was not protected (he did not re-establish his job, nor did he receive any compensation or the corresponding benefits, losing his job, the possibility of receiving a pension and exercising his rights as a workers' representative). Finally, the IACtHR declared a violation of the rights to job stability and freedom of association, interpreting Article 26 in relation to Articles 1.1, 13, 8 and 16 of the American Convention (IACtHR, 2017, p. 69).

Although it does not deal with the right to health, which is the subject of this paper, its importance stems from the change in jurisprudence seen in this judgment, which held a State signatory to the American Convention directly responsible for the application of article 26. Respect for this provision involves various rules of the OAS Charter that derive from it, such as the Protocol of San Salvador (which establishes the content of the DESCAs), in other words, a

set of rights that can be inferred depending on the argumentative technique used (Vera, 2018, p. 192-193). Since the 2017 decision mentioned above, other judgments have corroborated the understanding that ensures greater protection for the DESCAs.

It was the following year, in 2018, that the IACtHR recognized for the first time the violation of the right to health and its viability for direct justiciability based on Article 26 of the American Convention, understanding it as a subjective right. In this case, the Inter-American Court upheld health as an interdependent and indivisible human right, disregarding any distinction between individual and collective rights. This is the case of *Poblete Vilches et al. v. Chile* (IACtHR, 2018), in which the Court was confronted with the clinical negligence of the service provided to the victim, Mr. Poblete Vilches, during the time he was treated in a public hospital in Chile, where he did not receive the emergency care he needed, which resulted in his death. The case resulted in recognition of the interdependence and justiciability of the right to health:

[...] del contenido del artículo 26 se desprenden dos tipos de obligaciones. Por un lado, la adopción de medidas generales de manera progresiva y por otro lado la adopción de medidas de carácter inmediato. Respecto de las primeras, a las cuales hizo referencia el Estado en el presente caso, la realización progresiva significa que los Estados partes tienen la obligación concreta y constante de avanzar lo más expedita y eficazmente posible hacia la plena efectividad de los DESCAs durante su periodo de implementación, dichas obligaciones se privan de contenido específico, lo cual tampoco implica que los Estados puedan aplazar indefinidamente la adopción de medidas para hacer efectivos los derechos en cuestión, máxime luego de casi cuarenta años de la entrada en vigor del tratado interamericano. Asimismo, se impone por tanto, la obligación de no regresividad frente a la realización de los derechos alcanzados. Respecto de las obligaciones de carácter inmediato, éstas consisten en adoptar medidas eficaces, a fin de garantizar el acceso sin discriminación a las prestaciones reconocidas para cada derecho. Dichas medidas deben ser adecuadas, deliberadas y concretas en aras de la plena realización de tales derechos. En virtud de lo anterior, las obligaciones convencionales de respeto y garantía, así como de adopción de medidas de derecho interno (artículos 1.1 y 2), resultan fundamentales para alcanzar su efectividad³ (IACtHR, 2018, p. 33-34).

³ “[...] the content of Article 26 gives rise to two types of obligations. On the one hand, the adoption of general measures in a progressive manner and, on the other hand, the adoption of measures of an immediate nature. With regard to the former, to which the State referred in the present case, progressive realization means that the States Parties have a concrete and constant obligation to advance as expeditiously and effectively as possible towards the full effectiveness of the DESCAs during their implementation period, These obligations have no specific content, which does not imply that States can indefinitely delay the adoption of measures to make the rights in question effective, especially after almost forty years since the entry into force of the inter-American treaty. As such, the obligation of non-return to the realization of the rights achieved is imposed. Regarding the obligations of an immediate nature, these consist of adopting effective measures to guarantee access without discrimination to the services recognized for each right. These measures must be appropriate, deliberate and concrete in order to achieve the full realization of these rights. In view of the above, the

[...] *del contenido del artículo 26 se desprenden dos tipos de obligaciones. Por un lado, la adopción de medidas generales de manera progresiva y por otro lado la adopción de medidas de carácter inmediato. Respecto de las primeras, a las cuales hizo referencia el Estado en el presente caso, la realización progresiva significa que los Estados partes tienen la obligación concreta y constante de avanzar lo más expedita y eficazmente posible hacia la plena efectividad de los DESCAs durante su periodo de implementación, dichas obligaciones se priven de contenido específico, lo cual tampoco implica que los Estados puedan aplazar indefinidamente la adopción de medidas para hacer efectivos los derechos en cuestión, máxime luego de casi cuarenta años de la entrada en vigor del tratado interamericano. Asimismo, se impone por tanto, la obligación de no regresividad frente a la realización de los derechos alcanzados. Respecto de las obligaciones de carácter inmediato, éstas consisten en adoptar medidas eficaces, a fin de garantizar el acceso sin discriminación a las prestaciones reconocidas para cada derecho. Dichas medidas deben ser adecuadas, deliberadas y concretas en aras de la plena realización de tales derechos. En virtud de lo anterior, las obligaciones convencionales de respeto y garantía, así como de adopción de medidas de derecho interno (artículos 1.1 y 2), resultan fundamentales para alcanzar su efectividad*⁴ (IACtHR, 2018, p. 33-34).

Next, it will look at the cases involving the violation of article 26 due to the right to health in the last three years (2024, 2023 and 2022), according to the object of the research.

conventional obligations of respect and guarantee, as well as the adoption of domestic law measures (Articles 1.1 and 2), are fundamental to achieving their effectiveness” [Free translation].

⁴ “[...] the content of Article 26 gives rise to two types of obligations. On the one hand, the adoption of general measures in a progressive manner and, on the other hand, the adoption of measures of an immediate nature. With regard to the former, to which the State referred in the present case, progressive realization means that the States Parties have a concrete and constant obligation to advance as expeditiously and effectively as possible towards the full effectiveness of the DESCAs during their implementation period, These obligations have no specific content, which does not imply that States can indefinitely delay the adoption of measures to make the rights in question effective, especially after almost forty years since the entry into force of the inter-American treaty. As such, the obligation of non-return to the realization of the rights achieved is imposed. Regarding the obligations of an immediate nature, these consist of adopting effective measures to guarantee access without discrimination to the services recognized for each right. These measures must be appropriate, deliberate and concrete in order to achieve the full realization of these rights. In view of the above, the conventional obligations of respect and guarantee, as well as the adoption of domestic law measures (Articles 1.1 and 2), are fundamental to achieving their effectiveness” [Free translation].

3. Recent convictions arising from violations of the right to health by the Inter-American Court of Human Rights.

As stated in the introduction, this research was based on an examination of the most recent cases involving the right to health in the jurisdiction of the IACtHR, more precisely with the condemnation of States subject to its jurisdiction based on the application of article 26 of the American Convention in the last 3 years (2024, 2023 and 2022). To select the cases, it used the search tool provided by the Supreme Court of Justice of Mexico, which was consulted on the website <https://corteidh.scjn.gob.mx/buscador/busqueda#> on 09/06/2024. The result identified four cases, which will be discussed below.

The first of these was the case of Valencia Campos et al. v. Bolivia (IACtHR, 2022b), which dealt with serious human rights violations that occurred during a police operation in December 2001. The case involved arbitrary detentions, torture and other cruel treatment, including sexual violence, during a nighttime search and seizure procedure, actions committed by state agents that affected 26 victims, including children and women. The facts that gave rise to the lawsuit stemmed from a robbery of a cash-in-transit truck in La Paz, resulting in the death of two police officers, an incident that led the Bolivian police to illegally carry out search and seizure operations in four homes, four days after the incident. During these actions, 17 people were detained and subjected to physical and psychological violence. In addition, they were presented to the media as guilty before any formal judicial process.

The victims' right to health was an important point of the decision, which highlighted the case of a victim who suffered an abortion due to sexual violence suffered during her detention and did not receive proper medical care, which characterized a violation of the right to health. Another victim died due to a lack of adequate medical care after suffering a Cerebral Vascular Accident, also constituting a violation of the right to life and health. The IACtHR pointed out that: “[...] *el Estado tiene el deber, como garante de la salud de las personas bajo su custodia, de proporcionar a los detenidos revisión médica regular y atención y tratamiento médicos adecuados cuando así se requiera*”⁵ (IACtHR, 2022b, p. 71). The judgment, in addition to recognizing the violation of rights by acts of torture, violating the right to physical integrity, liberty, dignity and due process of law, also condemned the violation of the right to health enshrined in Article 26 in relation to Article 1.1 (IACtHR, 2022b, p. 100).

Another judgment taken from the research was the case of Brítez Arce et al. v. Argentina (IACtHR, 2022a). The case involves the responsibility of the Argentine State for the death of Cristina Brítez Arce in 1992, when she was more than 40 weeks pregnant. Cristina was admitted to the Sardá Maternity Hospital with various complaints related to her state of health and, after being

⁵ “[...] the State has the duty, as guarantor of the health of persons in its custody, to provide detainees with regular medical review and adequate medical care and treatment when required” [free translation].

diagnosed with fetal death, she underwent an induced childbirth. A few hours later, she died (IACtHR, 2022a, p. 9). The Court concluded that Cristina Brítez Arce was a victim of obstetric violence (gender-based violence that occurs during access to health services in the context of pregnancy, childbirth or the postpartum period). The victim did not receive adequate medical care, nor was she informed about treatment alternatives and their implications. This scenario exposed her to risks that culminated in her death (IACtHR, 2022a, p. 25-26). The judgment highlighted the State's obligation to guarantee adequate and specialized health services for pregnant women, in order to prevent maternal mortality (IACtHR, 2022a, p. 20). The Argentine State's failure to provide adequate treatment and exposure to obstetric violence constituted a serious violation of human rights, especially with regard to the right to health, among other violations found in the case (IACtHR, 2022a, p. 37). The case is an important milestone in Inter-American jurisprudence for explicitly recognizing obstetric violence as a human rights violation.

The third case is *Rodríguez Pacheco et al. v. Venezuela* (IACtHR, 2023b). The victim, Balbina Rodríguez Pacheco, underwent a caesarean section and, due to medical failures and inadequate decisions, developed severe complications that resulted in several subsequent surgical interventions. These interventions left her with permanent disabilities, affecting her quality of life and reducing her ability to work. The victim did not receive adequate treatment and suffered violations of her rights to health and human dignity, that configures another case of obstetric violence. The victim initiated a series of lawsuits in the legal system seeking justice and redress for her situation, including criminal proceedings and disciplinary complaints against the doctors involved. However, due to the time that has passed, the statute of limitations has expired (IACtHR, 2023b, p. 11-30).

The IACtHR has clarified that states must provide adequate health policies with trained personnel to provide adequate care in childbirth, with policies aimed at preventing maternal mortality through prenatal and postpartum care, as well as legal and administrative instruments to properly document cases of maternal mortality (IACtHR, 2023b, p. 36). Likewise, the State has the obligation to establish effective mechanisms to investigate the cases in which obstetric violence by non-state agents is noted, as well as to take due diligence and to provide the victim with redress beyond fair and effective means of compensation, because the lack of access to an adequate complaint and redress mechanism impacts on the right to health and personal integrity. It also recognized the duty to adopt legislative and other measures to prevent violations by private companies (IACtHR, 2023b, p. 38).

Finally, the last judgment is the case of *La Oroya Population vs. Peru* (IACtHR, 2023a), which examines the responsibility of the Peruvian State in relation to

violations of the rights of the inhabitants of the city of La Oroya, affected by environmental pollution caused by a metallurgical plant operated since 1922, in the Complejo Metalúrgico de La Oroya (CMLO), nationalized in 1974 and subsequently acquired in 1997 by the company Doe Run Peru. Its activity was focused on smelting and refining polymetallic concentrates with a high content of lead, copper, zinc, silver, gold, bismuth, selenium, tellurium, cadmium, antimony, indium and arsenic (IACtHR, 2023a, p. 27-28).

The local inhabitants expressed their concern after a series of studies and reports indicated alarming levels of atmospheric and soil pollution in La Oroya, with concentrations of metals far above the safe limits established by environmental guidelines (IACtHR, 2023a, p. 31-34). The affected community, especially the segment most vulnerable to environmental contamination, such as children, pregnant women and the elderly, had their right to health and a healthy environment violated by the situation (IACtHR, 2023a, p. 89-90).

These high levels of pollution were associated with a significant increase in respiratory diseases, neurological problems, problems with the bone, kidney and cardiovascular systems, among other negative impacts on the health of the local population, and the IACtHR recognized the existence of scientific evidence that pointed to the relationship between mere exposure to high levels of contaminants and significant health risks. The Peruvian authorities failed to adopt adequate and effective measures to mitigate the risks and protect public health, which created a situation of significant risk of contracting the diseases and developing illnesses. They also failed to take sufficient action to control the effects of atmospheric contamination and the absence of adequate medical care. These factors led to the attribution of responsibility for the violation of the right to health (IACtHR, 2023a, p. 83-84).

The IACtHR also pointed out that the absence of scientific certainty about the effects of environmental contamination is not enough to remove the State's duty under the precautionary principle to prevent the violation of people's rights in cases where there are plausible indicators that the activity could cause serious and irreversible damage to the environment (IACtHR, 2023a, p. 80-81). This omission has led to a continuous deterioration of living and health conditions in the region.

Therefore, the Court has emphasized (IACtHR, 2023a, p. 100-101) that the right to health requires the State to adopt reasonable and adequate measures to ensure that the population has access to a healthy environment. This includes the implementation of public policies to control and reduce pollution, as well as the adoption of preventive and corrective measures to protect the health of those affected. In addition, the Court emphasized that the Peruvian State had an obligation to protect the health of the inhabitants of La Oroya, which included regulating, supervising and overseeing industrial activities, implementing measures to mitigate environmental risks and guaranteeing access to adequate

health services for those affected. The State's inaction and lack of an adequate response amounted to a serious violation of human rights.

In the last section of this article, it will demonstrate the important contributions made by the judgments. It should be noted that the reasonings provide significant support to guide American States in meeting the minimum standards of protection necessary to prevent further violations of the right to health.

4. The lessons learned from the judgments issued by the Inter-American Court of Human Rights.

The discussion on the indivisibility and interdependence of human rights, for equal attention to be paid about the application of DESCAs in relation to Civil and Political Rights, has been going on since the middle of the last century (Trindade, 1994, p. 42-44). Overcoming this understanding for a more effective protection of those rights is still in progress, since the aforementioned decisions did not have unanimous verdicts, and the majority position that provides for the justiciability of these rights is very recent (since 2017) and has been built over years with dissenting votes that have been gaining support until forming the current majority, but which remains “[...] *un conflicto genuino respecto a como interpretar el artículo 26 de la Convención*”⁶ (Vera, 2020, p. 233).

The cases of Brítez (IACtHR, 2022a, p. 15-16) and Rodríguez Pacheco (IACtHR, 2023b, p. 39-40) confirm the understanding that Civil and Political Rights are inseparable from DESCAs, since both categories must be understood in an integral and global way as human rights, without hierarchies between them and applicable before the competent authorities. Their recognition and enjoyment are guided by the principles of universality, indivisibility, interdependence and interrelation, which is why the right to health (taken from Article 26, which derives from Articles 34.i, 34.l and 45.h of the OAS Charter) also includes the right to sexual and reproductive health as a human right, as set out in General Comment No. 22 of the Committee on Economic, Social and Cultural Rights (United Nations, 2016). Health is thus understood not only as the absence of disease or infirmity, but as a complete state of physical, mental and social well-being (IACtHR, 2022a, p. 17).

It is also important to highlight the speech of Ramírez (2003, p. 139), who points out that “[...] *las obligaciones generales contenidas en los artículos 1 y 2 abarcan todos los derechos abarcados por el tratado, no apenas aquellos que figuran en el capítulo IP*”⁷. Vera, in turn, reinforces that “[...] *debería ser prevalente una interpretación que intenta otorgar*

⁶ “[...] a genuine conflict regarding how to interpret article 26 of the Convention” [free translation].

⁷ “[...] the general obligations contained in Articles 1 and 2 cover all the rights covered by the treaty, not just those in Chapter IP” [free translation].

*primacía al valor normativo de las relaciones entre los artículos 1.1 e 2 con el artículo 26, asumiendo que el Protocolo de San Salvador no puede restar valor normativo a dicho artículo 26 si expresamente no se planteó tal objetivo*⁸ (Vera, 2018, p. 233).

In any case, the IACtHR's understanding of its jurisdiction goes beyond the analysis of compliance with the obligations of progressive development and non-regression, entering the right to health and discussing the DESCAs in an individualized way (such as the right to health). Thus, in the *Brítez* case, for example, it takes the view that the right to health during pregnancy, childbirth and the postpartum period must satisfy the elements of availability, acceptability, quality and accessibility⁹. Regarding the last element, the IACtHR

⁸ “[...] an interpretation should prevail that tries to give primacy to the normative value of the relationship between articles 1.1 and 2 with article 26, assuming that the Protocol of San Salvador cannot give normative value to said article 26 if it expressly did not set itself such an objective” [free translation].

⁹ In order to better explain what each element represents, the IACtHR in the *Poblete Vilches* case take up the lessons:

“En vista de ello, esta Corte estima que para efectos de las prestaciones médicas de urgencia, los Estados deben garantizar, al menos, los siguientes estándares:

a) Respecto a la calidad, se debe contar con la infraestructura adecuada y necesaria para satisfacer las necesidades básicas y urgentes. Esto incluye cualquier tipo de herramienta o soporte vital, así como también disponer de recurso humano calificado para responder ante urgencias médicas.

b) Respecto a la accesibilidad, los establecimientos, bienes y servicios de emergencias de salud deben ser accesibles a todas las personas. La accesibilidad entendida desde las dimensiones superpuestas de no discriminación, accesibilidad física, accesibilidad económica y acceso a la información. Proveyendo de esta forma un sistema de salud inclusivo basado en los derechos humanos.

c) Respecto a la disponibilidad, se debe contar con un número suficiente de establecimientos, bienes y servicios públicos de salud, así como de programas integrales de salud. La coordinación entre establecimientos del sistema resulta relevante para cubrir de manera integrada las necesidades básicas de la población.

d) Respecto de la aceptabilidad, los establecimientos y servicios de salud deberán respetar la ética médica y los criterios culturalmente apropiados. Además, deberán incluir una perspectiva de género, así como de las condiciones del ciclo de vida del paciente. El paciente debe ser informado sobre su diagnóstico y tratamiento, y frente a ello respetar su voluntad [...]” (IACtHR, 2018, p. 40)

“In view of this, this Court considers that, for the purposes of emergency medical services, States must guarantee at least the following standards:

a) Regarding to quality, there must be adequate infrastructure to meet basic and urgent needs. This includes any type of tool or life support, as well as having a qualified human resource to respond to medical emergencies.

b) Regarding to accessibility, emergency health facilities, goods and services must be accessible to all people. Accessibility is understood from the overlapping dimensions of non-discrimination, physical accessibility, economic accessibility and access to information. Thus, providing an inclusive health system based on human rights.

c) Regarding to availability, there must be a sufficient number of public health facilities, assets and services, as well as comprehensive health programs. Coordination between the system's facilities is important to cover the basic needs of the population in an integrated manner.

d) Regarding to acceptability, health facilities and services must respect medical ethics and culturally appropriate criteria. In addition, they must include a gender perspective, as well as the conditions of the patient's life cycle. The patient must be informed about their diagnosis and treatment, and their will must be respected [...]” [free translation].

includes accessibility to information, which includes the right to seek, receive and disseminate information related to sexual and reproductive health, as well as to receive information about one's state of health (IACtHR, 2022a, p. 21).

It is important to note that the doctrine has long been defending the possibility of adopting measures to give full effect to the DESCAs, such as Abramovich and Rossi (2007, p. 40-42), who argue that the literal interpretation of article 26 allows the conclusion that it is not announcing mere programmatic objectives, but rather rights. Progressivity means that these rights can be achieved gradually, but it still imposes an obligation on the State to implement them in order to gradually improve the conditions for their exercise and enjoyment and, above all, not to go back on the achievements already secured. The task then is to understand which rights are allowed to be interfered with under the OAS Charter, what the scope of the progressive development clause is and how state obligations in relation to these rights operate (Vera, 2018, p. 190). It should be noted that the recent jurisprudence of the IACtHR has constantly understood the direct justiciability and immediate enforceability of Article 26 of the American Convention, including for the right to health.

This can be seen in the Valencia Campos judgment (IACtHR, 2022b, p. 70-71), which clearly establishes that the right to health has immediate enforceability and a progressive nature. Because of its immediate enforceability, the Court mentions that States must adopt effective measures to guarantee access without discrimination until the full effectiveness of the DESCAs is achieved. It also confirms a progressive realization, a concrete and constant obligation to move as quickly and effectively as possible towards full effectiveness, to the extent of the resources available, whether through legislation or other appropriate means. The decision is clear that there is an obligation not to go backwards.

Not only does the case prohibit retrogression, but it also shows that States have a duty to provide health care, as it guarantees the right of people in their custody. This means, according to the decision, providing people deprived of their liberty with regular medical check-ups and adequate medical care and treatment (IACtHR, 2022b, p. 71).

The strength of the right to health is also related to the right to non-discrimination, since the jurisprudence which is the object of this study shows special attention to vulnerable groups. Thus, people deprived of their liberty and pregnant women, for example, demand state action that considers their vulnerability when assessing the State's duty to protect them. For this reason, in *Brítez*, the decision highlights the fact that obstetric violence is gender-based violence, as can be seen in the justification:

75. Este Tribunal se ha pronunciado de forma específica sobre la violencia ejercida durante el embarazo, el parto y después del parto en el acceso a los servicios de salud, y ha sostenido

que constituye una violación de derechos humanos y una forma de violencia basada en género denominada violencia obstétrica, la cual “abarca todas las situaciones de tratamiento irrespetuoso, abusivo, negligente, o de denegación de tratamiento, durante el embarazo y la etapa previa, y durante el parto o postparto, en centros de salud públicos o privados”.

76. Sobre este asunto, en virtud de lo dispuesto en el artículo 7 de la Convención de Belém do Pará, la Corte recuerda que los Estados tienen el deber de prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres, para lo cual deben abstenerse de incurrir en actos constitutivos de violencia de género, incluidos aquellos que ocurran durante el acceso a servicios de salud reproductiva.

[...] 77. Conforme a lo anterior, la Corte encuentra que a la luz de la Convención de Belém do Pará, las mujeres tienen derecho a vivir una vida libre de violencia obstétrica y los Estados están en la obligación de prevenirla, sancionarla y abstenerse de practicarla, así como de velar porque sus agentes actúen en consecuencia, tomando en consideración la especial vulnerabilidad que implica encontrarse en embarazo y en periodo posparto¹⁰ (IACtHR, 2022a, p. 22).

This understanding is reinforced in the Rodríguez Pacheco case (IACtHR, 2023b, p. 35). Therefore, the case law analyzed highlights that obstetric violence is gender-based violence, and that it is expressed, although not exclusively, in the dehumanized, disrespectful, abusive or negligent treatment of women.

Added to this understanding is the Valencia Campos case (IACtHR, 2022b, p. 72), in which obstetric violence against female victims is aggravated by the situation of vulnerability caused by the fact that the victim is in state custody. The decision considers that, in respect of the principle of equality and non-discrimination, prenatal care and emergency obstetric care must be provided to women in detention in a manner equivalent to that available outside prison, as these women are under the total control of the prison authorities. It is an obligation of the state to prevent irreparable damage to the rights to physical and mental health, personal integrity and life of these women. About the measures imposed to ensure the realization of the right to health:

¹⁰ “75. This Court has ruled specifically on violence during pregnancy, childbirth and after childbirth in access to health services, and has held that it constitutes a violation of human rights and a form of gender-based violence called obstetric violence, which ‘encompasses all situations of irresponsible, abusive, negligent treatment, or denial of treatment, during pregnancy and the previous stage, and during childbirth or postpartum, in public or private health centers’.

76. On this subject, by virtue of Article 7 of the Convention of Belém do Pará, the Court recalls that States have the duty to prevent, punish and eradicate violence against women, to which end they must refrain from engaging in acts constituting gender violence, including those that occur during access to reproductive health services.

[...] 77. In line with the above, the Court finds that, in light of the Convention of Belém do Pará, women have the right to live a life free of obstetric violence and States are obliged to prevent it, sanction it and refrain from practicing it, as well as to ensure that their agents act accordingly, taking into account the special vulnerability involved in being pregnant and in the postpartum period” [free translation].

*Percebe-se que a Corte IDH reconhece em suas sentenças relacionadas ao direito à saúde o dever dos Estados em realizar prestações positivas e negativas a fim de concretizar tal direito. Evidencia-se que alguns dos pontos elencados pelas decisões possuem uma finalidade positiva prestativa a qual se reverte em um caráter negativo de não repetição*¹¹ (Maas; Bosa, 2023, p. 474).

However, the protection of States also includes preventing third parties from unduly interfering in the enjoyment of the rights to life and personal integrity, which are particularly violated when a person is undergoing health treatment. The example of the Rodriguez Pacheco case (IACtHR, 2023b, p. 41) shows that States must regulate and supervise all health care provided to people covered by their jurisdiction, regardless of whether the provider is public or private. State action is essential to ensure minimum quality standards through the normative frameworks that regulate the provision of the service, preventing violations, as well as supervising and overseeing its provision.

Regarding the relationship between health and the environment, there is also an immediate demand for the application of Article 26, which requires States to ensure the interrelationship and indivisibility between Civil and Political Rights and Economic, Social, Cultural and Environmental Rights. In other words, the right to life and personal integrity are interrelated with the right to health, and the latter relates to the right to an environment with the conditions necessary for a healthy life, since contamination of the soil, water and air seriously alters the preconditions for human health. The IACtHR has established that the State's duty to respect the right to health implies refraining from polluting the environment and the obligation to protect and ensure people's access to essential health services (IACtHR, 2023a, p. 54).

The responsibility of the State recognized by the decision is such that, once the significant risk to people's health is recognized, and they are exposed to contamination, the State has the duty to prevent environmental contamination so that it is not necessary to demonstrate the direct causality of the illnesses caused by exposure to contaminants, but it is sufficient to infer that the State allowed the existence of levels of contamination that put the population at significant risk (IACtHR, 2023a, p. 80). The decision in the case of La Oroya Population is significant because it highlights the responsibility of States to protect the right to health and to properly manage environmental risks.

Finally, in the four judgments recognizing the violation of the right to health directly by the content of Article 26 of the American Convention, it is important

¹¹ “In its decisions on the right to health, the IACtHR recognizes the duty of States to provide positive and negative services in order to make this right a reality. Some of the points listed in the decisions have a positive benefit purpose which is reversed into a negative non-repetition purpose” [free translation].

to note that the decisions were not unanimous. In all the recent cases mentioned in the last three years, judges Patricia Pérez Goldberg and Humberto Antonio Sierra Porto dissented about the Article 26. The latter expresses his disagreement with the justiciability and autonomy of the DESCAs through Article 26, having repeatedly expressed his position since the Lagos del Campo case, as he said in his vote in the Rodríguez Pacheco case (IACtHR, 2023b, p. 69-70). He states that "there are logical and legal inconsistencies" in the majority position taken by the IACtHR, which contradicts the Vienna Convention on the Rights of Treaties, changes the nature of the progressive obligation and ignores the will of the States expressed in the Protocol of San Salvador, undermining the legitimacy of the Court.

The judge Goldberg, by her turn, has also registered her dissent since the Guevara Díaz case, pointing out the lack of competence of the IACtHR to declare the autonomous violation of the DESCAs (IACtHR, 2023b, p. 75-78). The judge believes that it is impossible to artificially expand the Court's jurisdiction, understanding that the lack of direct justiciability of the DESCAs does not imply ignoring their existence, their importance and their interdependent and indivisible nature with Civil and Political Rights, and does not deny the need for their protection. For the judge, it is the national Courts, in accordance with their respective competences, that exercise the interpretation and justiciability of the DESCAs in their legal system, even if they incorporate the provisions of international law, and the IACtHR is only responsible for judging compliance with the obligations of progressive development and non-regression (in other words, without analyzing the DESCAs individually).

5. Conclusions.

Considering all the above, the jurisprudence of the IACtHR underwent a change of position in 2017, reaching the issue of health in 2018. However, this situation did not occur spontaneously that year, but over the course of dissenting votes and a long doctrinal construction that culminated in the recognition of the universality, indivisibility, interdependence and interrelationship of human rights (Civil and Political Rights and Economic, Social, Cultural and Environmental Rights). The understanding of the direct justiciability of the right to health and its immediate enforceability now prevails. However, this understanding is not completely settled, and it is the majority position of the current composition of the IACtHR (five of seven judges). This situation highlights the risk that a change in composition could affect the dominant jurisprudence that has led to the above in the selected cases.

With the construction of the notion of the direct justiciability of the right to health and its immediate enforceability, the judgments provide an interpretation that allows them to go beyond judging compliance with the obligations of progressive development and non-regression, analysing the DESCAs

individually with an inter-American *corpus iuris* for the promotion of advances in this protection. Thus, in establishing standards of protection for the human right to health of all individuals under its jurisdiction, the IACtHR has issued judgments delimiting the scope of this right.

The result of this last point is that the violation of the right to health also includes the right to sexual and reproductive health as a human right, as well as the recognition of obstetric violence as a serious violation of human rights from a gender perspective. Likewise, greater attention has been paid to the duty of protection of States and, consequently, their accountability, in the face of violations against groups in situations of vulnerability, such as in the case of people deprived of their liberty, children, women, pregnant women, among others. Equally, the jurisprudence shows the notion of four elements for fulfilling the right to health: availability, acceptability, quality and accessibility, making possible to require States to provide positive and negative services to make this right a reality. This duty of protection also requires preventive actions against third parties, and it is the responsibility of the States to regulate, supervise and monitor compliance.

The right to health has been shown to be connected to the right to a healthy environment, in such a way that preventing environmental contamination and properly managing environmental risks are crucial to ensuring the conditions necessary for a healthy life. For the purposes of establishing a violation of human rights, the onus on the State to ensure these conditions is so great that it is not necessary to demonstrate the direct causality of the illnesses that resulted from exposure to contaminants, it is sufficient to infer that the State allowed the existence of levels of contamination that put the population at significant risk. All of this shows how the IACtHR has upheld the right to health, building a jurisprudence that moves towards the construction of minimum standards of protection, even for the DESCA, with the progress shown in its judgments.

References.

ABRAMOVICH, Víctor; ROSSI, Julieta. La tutela de los derecho económicos, sociales y culturales. **Estudios Socio-Jurídicos**, Bogotá, n. 9, 2007.

INTER-AMERICANA COURT OF HUMAN RIGHTS. **Case of Artavia Murillo et al (*in vitro* Fertilization) v. Costa Rica**: judgment of November 28, 2012 (preliminary objections, merits, reparations and costs). São José, 2012.

INTER-AMERICANA COURT OF HUMAN RIGHTS. **Case of Brítez Arce et al v. Argentina**: judgment of November 16, 2022 (merits, reparations and costs). São José, 2022a.

INTER-AMERICANA COURT OF HUMAN RIGHTS. **Case of La Oroya Population v. Peru**: judgment of November 27, 2023 (preliminary objections, merits, reparations and costs). São José, 2023a.

INTER-AMERICANA COURT OF HUMAN RIGHTS. **Case of Lagos del Campo v. Peru**: judgment of August 31, 2017 (preliminary objections, merits, reparations and costs). São José, 2017.

INTER-AMERICANA COURT OF HUMAN RIGHTS. **Case of Poblete Vilches et al v. Chile**: judgment of March 8, 2018 (merits, reparations and costs). São José, 2018.

INTER-AMERICANA COURT OF HUMAN RIGHTS. **Case of Rodríguez Pacheco et al v. Venezuela**: judgment of September 1, 2023 (preliminary objections, merits, reparations and costs). São José, 2023b.

INTER-AMERICANA COURT OF HUMAN RIGHTS. **Case of Valencia Campos et al v. Bolivia**: judgment of October 18, 2022 (preliminary objection, merits, reparations and costs). São José, 2022b.

INTER-AMERICANA COURT OF HUMAN RIGHTS. **Case of Ximenes Lopes v. Brazil**: judgment of July 4, 2006. São José, 2006.

MAAS, Rosana Helena; BOSA, Anderson Carlos. A judicialização autônoma do direito à saúde e o seu duplo caráter prestacional: a efetividade das decisões da Corte IDH. In: TORRES PETRY, Alexandre; CYRILLO, Carolina; DANIVEVICZ, Rosane Beatriz J. (Orgs.). **Educação Jurídica**: orientação acadêmica e construção do conhecimento. Porto Alegre: OAB/RS, 2023, p. 456-479.

MAAS, Rosana Helena; BOSA, Anderson Carlos. A justiciabilidade do direito à saúde na Corte Interamericana de Direitos Humanos: uma breve análise jurisprudencial. **Direitos Humanos e Democracia**, Editora Ijuí, year 11, n. 21, jan./jun. 2023.

NARVÁEZ, Carlos Enrique Arévalo; RAMÍREZ, Paola Andrea Patarroyo. Treaties over time and human rights: a case law analysis of the Inter-American Court of Human Rights. **Anuario Colombiano de Derecho Internacional**, v. 10, 2017, p. 309-310

PIOVESAN, Flávia; BORGES, Bruno Barbosa. O diálogo inevitável interamericano e a construção do *ius constitutionale commune*. **Direitos Fundamentais & Democracia**, v. 24, n. 3, 2019, p. 10-12.

RAMÍREZ, Sergio García. Protección jurisdiccional internacional de los derechos económicos, sociales y culturales. **Cuestiones Constitucionales**, n. 9, jul./dec. 2003.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. La Protección Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales. In: CRUZ, Rodolfo Cerdas; LOAIZA, Rafael Nieto. **Estudios Básicos de Derechos Humanos**. São José, IIDH, 1994.

UNITED NATIONS. Committee on Economic, Social and Cultural Rights. **General Comment No. 22 (2016) on the right to sexual and reproductive health** (article 12 of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights). Geneva, 2016. Available on: <https://digitallibrary.un.org/record/832961?v=pdf>. Accessed: 26 sep. 2024.

VERA, Óscar Parra. La justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales en el Sistema Interamericano a la luz del artículo 26 de la Convención Americana. El sentido y la promesa del caso Lagos del Campo. In: FERRER MAC-GREGOR, Eduardo; MORALES ANTONIAZZI, Mariela; FLORES PANTOJA, Rogelio. **Inclusión, Ius Commune y justiciabilidad de los DESCAs en la jurisprudencia interamericana: el caso Lagos del Campo y los nuevos desafíos**. Querétaro: Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, 2018, p. 174-234.

Le recenti riforme normative in tema di interruzione volontaria di gravidanza nell'Unione Europea.

di Sabrina Esposito*

Abstract IT: L'interruzione volontaria di gravidanza rappresenta un tema di persistente rilievo nel dibattito etico, giuridico e sociale, acquisendo una connotazione ancora più rilevante nel contesto attuale. Nel 2024, la questione è oggetto di incisive riflessioni sia a livello nazionale che sovranazionale, come attestano recenti sviluppi normativi e giurisprudenziali. Tra questi si annoverano la legge italiana n. 56/2024, che all'art. 44 prevede l'inserimento di enti del terzo settore con consolidata esperienza in ambito materno all'interno dei consultori, la riforma costituzionale francese in materia di IVG, e la Risoluzione del Parlamento europeo dell'11 aprile 2024. Questi sviluppi normativi contemporanei non sono che l'ultimo tassello di un mosaico più ampio, che comprende altre importanti innovazioni normative e giurisprudenziali degli ultimi anni, come la legge organica spagnola n. 1/2023, il decreto ungherese del 12 settembre 2022 e la sentenza K1/20 del Tribunale Costituzionale polacco. In tale contesto, l'IVG si configura come una questione di primaria attualità, richiedendo un'approfondita analisi giuridica che contempi le molteplici e spesso confliggenti istanze in gioco.

Abstract EN: The voluntary termination of pregnancy is undoubtedly a topic of persistent relevance within the ethical, legal and social debate, significantly increased in the current context. The issue is being carefully debated at both national and supranational level in 2024, as recent legislative and judicial developments underline. Among these, there are Italy's Law No 56/2024, which in the Article 44 states the inclusion of third sector bodies, with solid experience in maternal care within family counselling centres; the French Constitutional Reform on abortion; the European Parliament Resolution of April 11, 2024. These acts are just the latest steps in a wider framework which includes other significant legal and judicial innovations in recent years, such as Spain's Organic

* Dottoressa in Giurisprudenza, Università degli studi di Salerno.

law No 1/2023, Hungary's Decree of September 12, 2022 and the K1/20 Polish Court's ruling. In this context, abortion emerges as a matter of primary relevance, requiring a thorough legal analysis that takes into account the multiplicity of instances, often conflicting, involved.

Sommario: 1. La Spagna e la Ley Orgánica n. 1/2023. – 2. La riforma costituzionale francese sull'IVG. – 3. La Risoluzione del Parlamento europeo dell'11 aprile 2024 per l'inclusione del dritto all'aborto nella Carta dei diritti fondamentali dell'UE.

1. La Spagna e la Ley Orgánica n. 1/2023.

In Spagna, con l'approvazione della *Ley Orgánica* n. 2 del 2010¹, vi è stato un notevole progresso nell'ambito normativo dell'interruzione della gravidanza. Si tratta di una disciplina attesa da quasi 3 lustri, ossia da quando il nuovo codice penale spagnolo, approvato con la Legge organica 10/1995², introducendo nuove disposizioni relative al reato di aborto (artt. 144-146), manteneva invariato l'art. 417-*bis* del vecchio codice penale, laddove vi erano elencati i casi di esclusione del reato di aborto.

In realtà, prima di tale legge, non esisteva una disciplina organica della materia, ma un divieto generale, con alcune indicazioni di particolari fattispecie di reato, oltre qualche eccezione al principio generale che consentiva l'IVG. In particolare, le eccezioni riguardavano:

- l'aborto terapeutico: nell'ipotesi di gravidanza con grave rischio per la vita o la salute fisica/mentale della gestante; previo parere preventivo di uno specialista, differente dal medico che avrebbe effettuato o diretto l'operazione di interruzione;
 - l'aborto etico: nel caso di gravidanza causata da una violenza carnale, purché vi fosse stata una denuncia e l'aborto fosse stato praticato entro le prime 12 settimane di gestazione;
 - l'aborto eugenetico: nell'ipotesi di presunzione che il feto potesse nascere con gravi malformazioni fisiche o psichiche, fondata sul parere preventivo di due specialisti di un istituto sanitario autorizzato, differente da quello in cui sarebbe avvenuta l'interruzione di gravidanza e nei limiti delle 22 settimane di gestazione.
- La legge organica n. 2/2010, con l'abrogazione dell'art. 417-*bis* del vecchio codice penale, ha cercato di riformare l'IVG, con l'inserimento della stessa nella

¹ Agenzia Statale Bollettino Ufficiale dello Stato, *Ley Orgánica* n. 2 del 3 marzo 2010, *Ley Orgánica de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo*, Jefatura del Estado «BOE» n. 55, 4 marzo 2010.

² Agenzia Statale Bollettino Ufficiale dello Stato, *Ley Orgánica n.10 del 23 noviembre, del Código Penal*, Jefatura del Estado «BOE» n. 281, 24 novembre 1995.

più generica tutela dei diritti fondamentali della salute sessuale e riproduttiva della donna; fissandone, allo stesso tempo, gli obblighi dei pubblici poteri (art. 1).

In particolare, i pubblici poteri, oltre a garantire tutte le prestazioni previste dalla legge, hanno l'obbligo di vigilare sul rispetto del principio di uguaglianza in merito all'accesso a tutte le prestazioni e i servizi garantiti dal sistema sanitario nazionale, in modo da evitare ogni possibile discriminazione.

Importanti novità sono state previste dalla legge del 2010 in merito ai termini di interruzione di gravidanza. Infatti, a parte alcuni importanti requisiti previsti dalla normativa precedente - operazione praticata solo da un medico specialista, o sotto la sua direzione, in un centro sanitario autorizzato, pubblico o privato, e con il consenso espresso per iscritto dalla donna - la legge organica n. 2/2010 ha introdotto il principio generale della legalità dell'interruzione della gravidanza entro le prime 14 settimane di gestazione, su richiesta della donna (c.d. "aborto su richiesta"), in qualsiasi circostanza e senza alcuna motivazione, purché vi siano due fondamentali requisiti (art. 14)³:

1) la donna deve essere stata informata sui diritti, le prestazioni e gli aiuti pubblici di assistenza alla maternità, in modo da poter esprimere il proprio consenso informato;

2) devono essere trascorsi almeno tre giorni tra il ricevimento delle suddette informazioni e la realizzazione dell'intervento chirurgico.

Inoltre, trascorse le prime 14 settimane di gestazione, la legge consente l'interruzione di gravidanza, per ragioni mediche, in tre circostanze (art. 15)⁴:

1) entro 22 settimane, in caso di "grave rischio per la vita o la salute della gestante", attestato dal parere preventivo di un medico specialista, quest'ultimo diverso da colui che effettua o dirige l'operazione. Si potrà prescindere da tale parere solo in casi di urgenza, dovuti a rischio per la vita della gestante;

2) entro 22 settimane, in caso di "rischio di gravi anomalie nel feto", attestato da un parere preventivo di due specialisti, diversi da coloro che effettuano o dirigono l'operazione;

3) senza limiti di tempo, nel caso in cui "si scoprono anomalie nel feto incompatibili con la vita", in base a un parere preventivo emesso da un medico specialista, diverso da colui che effettua l'operazione, oppure quando "si scopra nel feto una malattia estremamente grave e incurabile al momento della diagnosi", come confermato da un apposito comitato clinico; quest'ultimo formato da una equipe pluridisciplinare composta da due medici specialisti in ginecologia e ostetricia o esperti in diagnostica prenatale e da un pediatra (art. 16).

³ M. SOGOS, *L'Interruzione Volontaria di Gravidanza in Spagna - Lo studio dell'attuale dibattito sull'aborto volontario attraverso l'analisi del discorso della stampa spagnola*, in *AG - About Gender*, 3, 5, 2014, 199 ss.

⁴ *Ibidem*.

Infine, dopo le 22 settimane di gestazione non vi è alcuna possibilità di abortire nemmeno al sopraggiungere di gravi rischi per la salute della donna, ma, se è possibile, bisogna provvedere ad una nascita prematura del bimbo al fine di garantirne la sopravvivenza.

Tra i punti più controversi della legge in questione vi è quello relativo al consenso informato per le ragazze minorenni, laddove le gestanti di età compresa tra i 16 e i 17 anni potranno esprimere autonomamente il loro consenso, senza l'intervento dei genitori. Inoltre, è intervenuta la modifica all'art 145 del codice penale, sostituito dal nuovo art. 145-*bis* che ha predisposto l'eliminazione delle pene detentive per le donne che praticino l'aborto al di fuori dei casi consentiti dalla legge, passibili solo di una sanzione pecuniaria⁵.

In linea generale, il diritto all'aborto è considerato dalla dottrina spagnola come un aspetto dell'esercizio del diritto all'integrità psico/fisica, per cui la stessa legge trova fondamento nei diritti di intimità, integrità e libero sviluppo della personalità. Dottrina e giurisprudenza viaggiano sulla stessa strada, in quanto anche il Tribunale costituzionale spagnolo già nel 1985, si era pronunciato, affermando che il diritto di abortire per motivi di salute o anomalie del feto si basasse sui diritti fondamentali dell'individuo⁶.

Malgrado, in teoria, la legge spagnola risultasse all'avanguardia, nella pratica purtroppo presentava notevoli lacune, essendo abbastanza diffusa l'obiezione di coscienza che obbligava la maggior parte delle donne a far riferimento a strutture private per l'IVG, con grandi differenze tra le diverse regioni spagnole⁷. A tal proposito è intervenuta una nuova disciplina che, con l'approvazione il 28 febbraio del 2023 della *Ley Orgánica* n. 1⁸ - fortemente voluta dalla Ministra per le Pari Opportunità Irene Montero e attraverso il consenso di una maggioranza di 185 voti favorevoli, 154 contrari e 3 astenuti - ha modificato la precedente legge del 2010. La nuova legge ha come obiettivo principale di garantire l'aborto,

⁵ CAMERA DEI DEPUTATI- XVI LEGISLATURA LEGISLAZIONE STRANIERA, *Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo*, *Rassegna dell'attività legislativa e istituzionale di paesi stranieri*, n. 2 marzo/aprile 2010, 43 ss.

⁶ Tribunal constitucional, sent, 11.4.1985, n. 53, che depenalizza l'aborto nell'ordinamento spagnolo in *Questione giustizia*, 1985, n. 3, e in *Foro it.*, IV, 1985. Il Tribunale nella sentenza ha affermato che il diritto di abortire per motivi legati alla salute, alle anomalie fetali e allo stupro si basa su veri e propri diritti fondamentali, ovvero all'integrità, al libero sviluppo della personalità, all'intimità, all'onore, alla salute e alla vita. G. ROLLA, *I ricorsi preventivi di legittimità costituzionale in Spagna* (a proposito della sentenza 11 aprile 1985 del Tribunale costituzionale spagnolo in materia di aborto), in *Questione giustizia*, 1985, 691 ss. Inoltre, si sottolinea che una maternità imposta violerebbe tali diritti fondamentali. M.P. IANDICCO, *L'aborto al vaglio dei giudici costituzionali in Italia e Spagna*, in *Forum di Quad. Cost.*, 2012, 3 ss.

⁷ M. SOGOS, *op. cit.*, 200 ss.

⁸ Agenzia Statale Bollettino Ufficiale dello Stato, *Ley Orgánica 1/2023, de 28 de febrero, por la que se modifica la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo*, *Jefatura del Estado BOE* n. 51, de 01/03/2023.

in modo gratuito, presso tutti gli ospedali pubblici della Spagna, al fine di contrastare l'elevato numero di obiettori di coscienza presenti nei reparti di ginecologia.

In realtà, non vi è stata alcuna modifica nella suddivisione in settimane dell'aborto libero nelle prime 14 settimane o altre modifiche nell'ambito delle 22 settimane ed oltre; ma la novità della nuova legge spagnola riguarda per l'appunto l'organizzazione del sistema sanitario pubblico. Infatti, tutti gli ospedali spagnoli sono obbligati a garantire il diritto di aborto, così come le comunità autonome sono tenute ad organizzare le proprie risorse in modo tale da prestare il servizio di IVG in modo omogeneo sull'intero territorio, anche con l'affidamento a strutture private. Inoltre, è lasciata alla donna la libertà di scelta tra l'aborto farmacologico e quello chirurgico, entrambi da garantirsi presso qualsiasi centro.

La nuova legge si presenta molto rigorosa nei confronti degli obiettori di coscienza, in quanto il medico che si dichiara obiettore di coscienza è inserito in un apposito registro presente in ogni regione spagnola; di conseguenza, egli non potrà praticare l'IVG in strutture private né tantomeno partecipare ai comitati clinici che prendono decisioni sulle interruzioni di gravidanza al di là delle 22 settimane di gestazione. Tale novità è stata introdotta anche per garantire una presenza costante di personale disponibile a praticare l'IVG su richiesta.

Un'altra novità della riforma spagnola del 2023 riguarda l'abbassamento dell'età per accedere all'IVG senza il consenso dei genitori a partire dai 16 anni; oltre all'eliminazione del periodo obbligatorio di 3 giorni di riflessione da parte di tutte le donne in procinto di abortire; le informazioni utili sui sostegni nell'ipotesi di prosecuzione della gravidanza, forniti esclusivamente su richiesta esplicita dell'interessata; infine, la disponibilità gratuita per le donne della pillola del giorno dopo presso i centri sanitari autorizzati⁹.

Dopo l'approvazione della nuova legge, di fondamentale importanza è stata la sentenza n. 22 del 9 maggio 2023 da parte del Tribunale costituzionale spagnolo¹⁰.

Infatti, attraverso la "nota informativa" n. 32/2023, "*El pleno del tc afirma que la constitución reconoce a la mujer el derecho a decidir libremente sobre la continuación del embarazo dentro de las primeras catorce semanas de gestación*", il Tribunale costituzionale spagnolo ha portato a conoscenza pubblicamente il resoconto della sentenza n. 22/2023, che ha rigettato il ricorso contro la legge organica n. 2/2010, in merito all'IVG.

⁹ L. FROSINA, *Le nuove frontiere dei diritti in Spagna. Tra autodeterminazione individuale e uguaglianza sostanziale*, in *NOMOS - Le attualità del diritto*, 1, 2023, 8 ss.; G. ARRUEGO, *El vigente régimen jurídico de la interrupción voluntaria del embarazo en España*, in *BioLaw Journal - Rivista di Bio Diritto*, 1, 2023, 4 ss.

¹⁰ Corte Costituzionale, *Tribunale costituzionale, sentenza del 9 maggio 2023, che riconosce il diritto costituzionale della donna all'autodeterminazione nella decisione di interrompere la gravidanza*, Servizio Studi Area di Diritto Comparato, 10 maggio, 2023.

La Sessione Plenaria della Corte Costituzionale ha approvato a maggioranza la sentenza, opponendosi completamente al ricorso di incostituzionalità presentato da settantuno deputati del Partito Popolare, contro la legge organica 2/2010, del 3 marzo, sulla salute sessuale e riproduttiva e l'IVG, dopo l'entrata in vigore della legge organica n. 1/2023, del 28 febbraio.

Questa legge ha consentito, per la prima volta nel Paese, l'interruzione volontaria dell'attività gravidanza per libera decisione della donna entro le prime quattordici settimane di gestazione, introducendo il cosiddetto "sistema delle scadenze", in vigore nella maggior parte dei paesi dell'Unione Europea. Questo sistema ha sostituito il precedente "sistema ad indicazioni", in cui l'IVG era consentita solo nei casi di rischio per la vita o la salute della donna incinta, di stupro, o in caso di malformazioni gravi fisiche o psichiche nel feto.

In particolare, il Gruppo parlamentare popolare denunciava l'illegittimità del transito da un sistema d'indicazioni ad un altro in merito all'aborto, in termini temporali; la riduzione dell'età del consenso della donna a 16 anni; la "scarna" informazione preventiva alla donna per la prestazione del consenso all'aborto, oltre che la disciplina relativa all'obiezione di coscienza del personale sanitario. Sebbene la disciplina sull'interruzione di gravidanza sia stata rielaborata dopo la legge n. 2/2010 (oggetto del giudizio) ad opera delle successive leggi n. 11/2015 e n. 1/2023, il *plenum* non ha predisposto l'estinzione del processo per la sopravvenuta perdita dell'oggetto in questione, fuorché per quel che concerne la normativa sul consenso delle minorenni¹¹.

Il ricorso è stato fondato sui termini di interruzione della gravidanza: quattordicesima settimana, senza la necessità di motivare la richiesta di aborto, e ventiduesima settimana nell'ipotesi di pericolo per la salute della donna o per malformazioni fisiche/psichiche nel feto, laddove il limite è annullato nel caso di gravi malformazioni incompatibile con la vita.

Il Tribunale costituzionale spagnolo ha affermato che il "*sistema de plazos*" risulta legittimo, in quanto comporta l'individuazione di un ragionevole ambito di autodeterminazione della gestante, utile a rendere effettivo il fondamentale diritto all'integrità fisica e morale (art. 15 Cost.), in combinato disposto con il diritto alla dignità umana e con il diritto al libero sviluppo della personalità (art. 10, comma 1, Cost.). Sulla base di tali diritti costituzionali, il legislatore è tenuto a rispettare e a riconoscere un'adeguata sfera di libertà, in modo tale che la donna sia in grado di decidere autonomamente e senza alcuna coercizione, se continuare o meno la sua gravidanza, tenendo conto anche di circostanze straordinarie che potrebbero avere una particolare incidenza sui diritti della gestante.

¹¹ Le donne potevano prestare il consenso in modo autonomo a partire dai 16 anni, tranne per casi particolari, ove sussistesse l'obbligo di conoscenza di un genitore; nel 2015 però è stato introdotto l'obbligo del consenso di entrambi i genitori, requisito abrogato poi nel 2023.

A tal proposito, il *plenum* ha evidenziato come i pubblici poteri hanno l'obbligo positivo di garantire l'efficacia dei diritti fondamentali; di conseguenza, l'obbligo delle amministrazioni pubbliche di assicurare la prestazione sanitaria dell'IVG. In tal senso, qualsiasi limitazione dei diritti della donna, fondata su determinati eventi in grado di influenzarne il suo percorso, deve essere sempre interpretata in maniera più favorevole all'efficacia dei relativi diritti.

In aggiunta, il Tribunale spagnolo, in merito all'obiezione di coscienza - riconosciuta solo in casi eccezionali - ha disposto che essa deve essere interpretata in modo restrittivo e in maniera compatibile con il diritto della donna ad accedere alla prestazione sanitaria dell'IVG. Da tutto ciò risulta che l'esercizio dell'obiezione di coscienza è relativo esclusivamente al personale sanitario che effettua gli interventi clinici diretti, mentre non è ammesso per coloro che svolgono mansioni di supporto ausiliario, amministrativo e strumentale.

La sentenza in esame evidenzia il ruolo rilevante dell'integrazione della "prospettiva di genere" nelle politiche sanitarie e socioeducative relative alla salute sessuale e riproduttiva; esso rappresenta un approccio metodologico e di principio nell'interpretazione delle norme giuridiche teso a promuovere il valore costituzionale di uguaglianza tra uomo e donna.

In merito alla sentenza in esame, vi sono stati quattro giudici costituzionali - Enrique Arnaldo Alcubilla, Ricardo Enríquez Sancho, César Tolosa Tribiño e Concepción Espejel Jorquera - dissenzienti. Essi hanno ritenuto che la maggioranza abbia superato i limiti del sindacato di legittimità, per i seguenti motivi: il ricorso doveva essere innanzitutto dichiarato estinto; la maggioranza si è sostituita al costituente, in quanto ha riconosciuto un nuovo diritto costituzionale della gestante all'autodeterminazione nell'ambito della decisione di interruzione della gravidanza; non avrebbe neanche dovuto giudicare sulla legittimità di un cd. "modello legale", ma sulla disciplina in concreto adottata. In realtà, la maggioranza, basandosi su una - mal interpretata, *sic*- interpretazione evolutiva, avrebbe superato i limiti previsti anche dalla prima sentenza spagnola in materia di aborto - STC 53/1985 - secondo la quale la tutela del nascituro (bene giuridico costituzionalmente protetto dal diritto alla vita) non può prevalere, in modo assoluto, sui diritti della madre; lo stesso vale per il contrario, ossia lo Stato è obbligato a stabilire un sistema legale per la difesa della vita del nascituro.

La sentenza del Tribunale costituzionale tiene conto dell'importante impatto esistenziale che hanno la gravidanza e il parto per il corpo e la psiche delle donne, nonché per i loro diritti costituzionali; di conseguenza, lo Stato è tenuto a rispettare tutti i casi in cui vi è la necessaria tutela della vita prenatale.

La Corte ritiene che il "sistema delle scadenze" sia conforme alla Costituzione, in quanto riconosce la ragionevole portata di autodeterminazione che richiede alla donna incinta l'effettività del suo diritto fondamentale all'integrità fisica e

morale, in connessione con la sua diritto alla dignità e al libero sviluppo della propria personalità.

In definitiva, la sentenza n. 22/2023 ha sottolineato il riconoscimento del diritto all'aborto quale "atto di autodeterminazione" delle donne, con riferimento al loro diritto alla dignità, all'integrità fisica e morale.

Dunque, l'ordinamento giuridico spagnolo attuale si fa garante del diritto all'autodeterminazione della donna, un valore assoluto che va difeso sempre, anche quando non deriva da un originario percorso di libertà, per mancanza di tempo e di strumenti, utili a ponderare sufficientemente le proprie scelte. La stessa autodeterminazione - come un bene giuridico funzionale all'ampliamento della sfera di libertà di ciascun individuo - sulla base dell'imputabilità di ciascun'azione alla sfera della propria volontà, e sulla responsabilità personale, rappresenta un bene giuridico primario, che va tutelato, con il relativo rovescio della medaglia che tende ad imporre la rinuncia ad un totale e compiuto esercizio di libertà.

2. La riforma costituzionale francese sull'IVG.

La Francia è, a livello mondiale, il primo Stato in assoluto ad aver inserito esplicitamente nella Costituzione il diritto all'IVG. Infatti, il 4 marzo 2024, il *Congrès du Parlement* francese ha approvato, con ampia maggioranza - 780 voti favorevoli e 72 contrari - una legge costituzionale che ha previsto l'inserimento nell'art. 34 della Costituzione, della disposizione seguente: "*la legge determina le condizioni alle quali si esercita la libertà garantita alla donna di ricorrere all'interruzione volontaria della gravidanza*"¹².

Si è trattato di una storica svolta in un periodo in cui, in Europa e nel mondo intero, si assiste a continui passi indietro nella garanzia di effettività del diritto di aborto. Tale modifica ha un elevato significato simbolico e pone la Francia tra gli Stati più garantisti dell'autodeterminazione delle donne.

La spinta iniziale, in Francia, verso la legalizzazione dell'aborto si è avuta in seguito al processo di Bobigny svoltosi tra ottobre e novembre del 1972, che riguardava il giudizio di cinque donne: la minorenni Marie Claire che interruppe la gravidanza a seguito di uno stupro e quattro donne (tra cui la madre della minorenni come complice dell'aborto); La difesa dell'avvocata e attivista Gisèle Halimi, durante il processo dichiarò di essa stata anch'essa artefice di

¹² Il 12 dicembre 2023 il Presidente Macron ha depositato il "*Projet de loi constitutionnelle relatif à la liberté de recourir à l'interruption volontaire de grossesse*", con il parere del Consiglio di Stato del 7 dicembre del 2023. Successivamente il progetto è stato adottato, il 30 gennaio 2024, dall'Assemblée Nationale e, il 28 febbraio 2024, dal Senato. Di conseguenza, ai sensi dell'art. 90 della Costituzione francese, il Presidente della Repubblica ha convocato, con decreto del 29 febbraio 2024, il Parlamento in seduta comune (al Congresso), il quale, il 4 marzo del 2024, ha approvato con larga maggioranza il progetto di legge sull'aborto.

interruzione di due gravidanze infrangendo così la legge, tutto ciò comportò grande scalpore, contribuendo alla depenalizzazione dell'IVG. L'avvocata insieme alla scrittrice Simone de Beauvoir anch'essa autrice di un aborto trasformarono il giudizio in un processo politico in materia di aborto, contrastando la legge del 1920; quest'ultima tendeva a penalizzare le donne meno abbienti che, non avendo i mezzi economici necessari per recarsi all'estero (Svizzera o Gran Bretagna) per poter interrompere la gravidanza indesiderata, erano costrette a ricorrere all'aborto clandestino in Francia attraverso misere condizioni sanitarie. Il processo di Bobigny ebbe una forte risonanza e "*l'affaire Marie Claire*", attraverso la stampa, portò la giovane donna alla ribalta come una sorta di eroina liberatrice delle donne. La giovane Marie Claire, alla fine del processo, venne assolta in quanto condizionata da "*contraintes d'ordre moral, social, familial, auxquelles elle n'avait pu résister*" mentre la madre, complice dell'aborto, rimase sotto accusa insieme a due colleghe e alla responsabile dell'intervento clandestino. Le donne accusate vennero difese dall'avvocata Gisèle Halimi che chiamò in qualità di testimoni per la difesa grandi personalità, tra cui il Premio Nobel per la medicina Jacques Monod, Simone de Beauvoir e l'allora Ministra della salute Simone Veil; questi ultimi furono concordi nel definire la legge che vietava l'interruzione di gravidanza troppo arcaica e contraria ai diritti delle donne. Il giudizio si concluse con una condanna, anche se vi fu la sospensione della pena; il pubblico ministero fece scadere il termine di prescrizione, per cui, alla fine tutte le donne accusate vennero di fatto assolte¹³.

Tale vicenda fu fondamentale per la depenalizzazione del reato di aborto. Infatti, a seguito di ciò, l'IVG venne legalizzata in Francia, per la prima volta, nel 1975, con l'approvazione della legge ordinaria n.75-17 del 17 gennaio 1975, la cd. "*Loi Veil*" dal nome della Ministra proponente, che fu la prima a depenalizzare il reato di aborto previsto dall'art. 317 del codice penale dell'epoca¹⁴. In realtà, molto simile all'attuale normativa italiana, la suddetta legge, almeno nella sua iniziale formulazione, sembrava una "normativa di compromesso"¹⁵ per equilibrare il diritto alla vita e alla salute della madre, i diritti del nascituro e il diritto del personale sanitario relativi alla propria sensibilità etica. In effetti, la liceità dell'IVG era subordinata a determinate condizioni: l'obbligo di effettuare l'aborto in una struttura sanitaria, in quanto l'IVG poteva avvenire in base all'esito di due consulti specialistici, l'uno di natura medica e l'altro di natura psico-sociale; l'aborto era consentito entro le prime 10 settimane di gravidanza e con il consenso scritto della donna. La legge del 1975 garantiva, inoltre, ai

¹³ G. HALIMI, *Le procès de Bobigny: Choisir la cause des femmes*, Paris, 2006, 157 ss.

¹⁴ L'art. 317 c.p. stabiliva la pena di reclusione e il pagamento di un'ammenda per chiunque si sottoponesse, praticasse o contribuisse al reato di aborto, prevedendo la pena aggiuntiva dell'interdizione all'esercizio della professione per i medici responsabili delle condotte illegali in merito.

¹⁵ M. MATHIEU, *L'avortement en France: du droit formel aux limites concrètes à l'autonomie des femmes*, in *Droit et Société*, 111, 2022, 339 ss.

medici il cd. “*droit de réserve*”, ossia un diritto che consentiva a tutto il personale sanitario di rifiutarsi di operare pratiche abortive¹⁶.

La legittimazione dell’aborto, in tale periodo, non rappresentò “*libertà delle scelte sessuali e procreative delle donne in funzione della loro autodeterminazione, né tutela piena ed effettiva della loro salute, ma semmai una limitata liberalizzazione dall’aborto clandestino*”¹⁷, limitando l’atto a natura eccezionale. Per tale motivo, dopo questa sperimentale legge utile a verificare l’impatto demografico della relativa applicazione¹⁸, la disciplina sull’aborto iniziò leggermente a cambiare, ma fu nel 1982, con la *Loi Roudy*, che si ebbe un importante intervento, con la previsione della rimborsabilità delle spese mediche sostenute per l’aborto¹⁹. Più tardi, nel 2001, con la legge n. 2001-588 del 4 luglio 2001, si ampliò il termine per l’accesso all’IVG dalla decima alla dodicesima settimana (sino a 14 settimane nel 2022), si rese facoltativo il colloquio psico-sociale funzionale al rilascio del consenso alla pratica abortiva, si stabilì che l’accesso all’aborto dovesse essere consentito, gratuitamente e in anonimato, anche alle donne straniere, fu prevista per le donne minorenni una deroga alla regola del consenso da parte degli esercenti la potestà genitoriale qualora ciò fosse stato ritenuto controproducente, infine si stabilì che l’IVG potesse essere effettuata anche in studi medici e strutture convenzionate diverse dalle strutture ospedaliere²⁰. Nel 2010, fu introdotto l’obbligo per i sanitari di comunicare prontamente alle donne intenzionate ad interrompere la gravidanza la propria scelta di obiezione, indirizzandole verso altri medici favorevoli a tale interruzione²¹. Nel 2014, con la legge n. 2014-873 del 4 agosto, fu abolito il requisito dello “stato di necessità” utile per accedere alla pratica abortiva, decretando, in maniera definitiva, l’inutilità di eventuali condizioni riguardo alla volontà espressa per giustificare l’accesso all’IVG. Infine, nel 2016, con la legge n. 2016-41 del 26 gennaio, fu abolito il periodo di riflessione di una settimana tra la domanda di interruzione volontaria e il consenso scritto, sostituito da una breve pausa di riflessione di 48 ore.

Con il tempo sono state rilevate diverse criticità che hanno spinto il legislatore francese ad intervenire nuovamente nella disciplina dell’IVG. A tal uopo, il 2 marzo 2022 è stata adottata la legge n. 2022-295, al fine di rafforzare la tutela e l’esercizio del diritto all’aborto nell’ordinamento francese. In particolare, il

¹⁶ M. FASAN, *L’interruzione volontaria di gravidanza in Francia. Verso la definitiva costituzionalizzazione del diritto all’aborto*, in *Biolaw Journal. Rivista di biodiritto*, 1, 2023, 422.

¹⁷ E. OLIVITO, *L’ultima parola e la prima. “Per il desiderio di chi [non] sono rimasta incinta? Per il desiderio di chi [non] sto abortendo?”*, in *NOMOS- Le attualità del diritto*, 2, 2022, 3.

¹⁸ M. MATHIEU, *op. cit.*, 345 ss.

¹⁹ La copertura economica totale delle spese sostenute per l’aborto fu prevista solo nel 2013, a seguito dell’adozione della legge n. 2012-1404 del 17 dicembre 2012.

²⁰ L. MARGUET, *Les lois sur l’avortement (1975-2013): une auto-nomie procréative en trompe-l’œil?*, in *La Revue des droits de l’homme*, 5, 2014, 3 ss.

²¹ Ordinanza n. 2010-177 del 23 febbraio 2010.

legislatore, intervenendo sugli aspetti che rendono problematica l'effettività del diritto di aborto, ha: allungato il termine per l'accesso all'IVG, legittimandola sino alla 14esima settimana; confermato la possibilità di ricorrere all'aborto terapeutico entro il termine delle prime 7 settimane di gravidanza (art.2, comma 2); abilitato le ostetriche ad effettuare aborti strumentali sino alla 12esima settimana (art. 2, comma 1); rimosso il periodo di riflessione dei due giorni intercorsi tra il colloquio psico-sociale facoltativo e l'IVG (art. 3). Inoltre, la legge ha previsto una sanzione per i farmacisti che si oppongono alla vendita di prodotti contraccettivi di urgenza (art. 5); è stata prevista la realizzazione dei report per il Parlamento relativi all'efficacia dei nuovi strumenti introdotti (art. 7) ed è stata imposta alle aziende sanitarie regionali di pubblicare una lista dei professionisti e strutture che consentono la realizzazione dell'IVG, per poter agevolare le donne (art. 4)²².

Quelli sin qui esposti sono stati interventi normativi che hanno esteso e agevolato l'accesso all'aborto, dando origine a più elevati margini di autodeterminazione per la donna, ma non sufficienti ad assicurare una totale effettività al diritto di aborto. Ed è proprio in tale contesto che viene a collocarsi la neonata legge costituzionale approvata qualche mese fa, con l'obiettivo di riportare, in modo formale, nell'ambito della tutela costituzionale il diritto all'aborto, di fronte alla temuta possibilità che anche in Francia si trovasse spazio per le manovre revisioniste, che, sfruttando la tutela del concepito, si ritrovano oggi in Italia e non solo.

In Francia, il diritto all'IVG è stato elevato a diritto costituzionale al fine di rendere più ostica la relativa abrogazione, poiché non basterebbe più una semplice legge ordinaria per poterlo abrogare o limitare, bensì una legge costituzionale con un *iter* più complesso e una maggioranza qualificata.

Per la Francia, l'inserimento del diritto all'IVG nella sua Costituzione ha un valore simbolico per il mondo intero, sulla scia dello scalpore che ha suscitato la sentenza *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization* del 24 giugno 2022, laddove la Corte Suprema degli Stati Uniti ha abolito il diritto federale all'aborto e ha consentito ai singoli Stati americani di vietarlo o limitarlo. In altri termini, la sentenza *Dobbs* non condanna il diritto all'aborto, ma semplicemente aderisce alla teoria della cd. "Costituzione neutrale"²³, non favorendo né tantomeno condannando il diritto all'aborto, ma lasciando la decisione al "processo democratico", sottraendo all'interpretazione delle Corti e affidata al dibattito parlamentare statale. Tale interpretazione però sembra aderire ad una concezione meramente formale, soltanto procedurale, di democrazia, che la svuota di contenuto. Oltre allo specifico diritto all'IVG, cercare di interpretare soltanto a livello procedurale e non sostanziale il contenuto della Costituzione

²² L. MARGUET, *La loi n° 2022-295 du 2 mars 2022 visant à renforcer le droit à l'avortement: un renforcement en demi-teinte*, in *La Revue des droits de l'homme*, 19 aprile 2022, 1 ss.

²³ L. RONCHETTI, *La decostituzionalizzazione in chiave populista sul corpo delle donne: è la decisione Dobbs a essere "egregiously wrong from the start"*, in *Costituzionalismo.it*, 1, 2022, 25 ss.

rappresenta purtroppo un passo indietro, che tende a privilegiare una democrazia formale – legata solo alle procedure – rispetto ad una democrazia più sostanziale, non certo priva di contenuti.

Tutto ciò porta a comprendere come l’inserimento esplicito nella Costituzione francese del diritto di aborto non rappresenta solo un riconoscimento simbolico, ma significa anche cristallizzare una “conquista storica”, laddove il diritto in esame è riconosciuto come diritto fondamentale all’interno della società. Infatti, si tratta di un intervento normativo non solo di estremo valore simbolico, ma che ha il potere di garantire il massimo livello di tutela costituzionale all’IVG, in quanto la stessa garanzia dell’accesso libero ed effettivo alla suddetta pratica “*diventa il parametro attraverso cui valutare la legittimità costituzionale degli interventi in materia, offrendo così alle donne francesi la possibilità di esercitare pienamente il proprio diritto ad autodeterminarsi liberamente nelle proprie decisioni procreative*”, avendo il merito di richiamare il “*costituzionalismo contemporaneo al suo ruolo tradizionale, garantendo una corretta limitazione dei poteri al fine di tutelare il diritto fondamentale della donna ad esercitare pienamente la propria volontà in tema di aborto*”²⁴. Quanto affermato non riguarda solo l’effettiva applicazione della legge sull’aborto, ma anche “*il valore costituzionale di una libertà femminile intesa come responsabile competenza morale della donna*”, che non va eluso o invalidato per la sua opposizione al valore costituzionale della tutela della vita o della libertà di coscienza del personale sanitario²⁵.

La recente riforma francese ha sollevato diversi dubbi da parte di coloro che temono che l’inserimento nella Costituzione potrebbe essere interpretato come un’insussistenza di un diritto di aborto in mancanza dell’esplicita previsione costituzionale, sottolineando come la novella costituzionale richiami comunque la legge. Tuttavia, non vi è alcun dubbio che la Francia, con tale riforma, abbia scosso il mondo, mandando un forte segnale a tutti i Paesi ed imponendo una dovuta riflessione anche all’Unione Europea, tenendo presente che il Parlamento europeo, già dopo la sentenza Dobbs, ha approvato il 7 luglio 2022 una Risoluzione per l’inserimento del diritto all’aborto nella Carta dei diritti fondamentali dell’UE²⁶.

²⁴ M. FASAN, *op. cit.*, 433.

²⁵ M.L. BOCCIA – R. TATAFIORE, *Cancelliamo l’aborto dal codice penale*, in *Democrazia e diritto*, 2, 1993, 240.

²⁶ Risoluzione del Parlamento europeo del 7 luglio 2022 sulla decisione della Corte suprema statunitense di abolire il diritto all’aborto negli Stati Uniti e la necessità di tutelare il diritto all’aborto e la salute delle donne nell’UE, cfr. RSP n. 2022/2742.

3. La Risoluzione del Parlamento europeo dell'11 aprile 2024 per l'inclusione del dritto all'aborto nella Carta dei diritti fondamentali dell'UE.

Gli interventi dell'UE nel variegato e multidisciplinare settore delle scienze biomediche, pur rivelando il progressivo interesse per i molteplici temi al centro del dibattito bio-giuridico, evidenzia la persistenza di insormontabili distanze tra i diversi Stati membri su questioni eticamente sensibili come l'IVG. In realtà, la presenza dei differenti approcci culturali, che denota un pluralismo di posizioni all'interno del vecchio continente "unito nella diversità", ha sempre ostacolato l'adozione di una normativa comune ed uniforme a livello sovranazionale, di natura vincolante, idonea a risolvere i casi relativi all'inizio della esistenza umana, in riferimento al diritto all'aborto. La permanenza dei numerosi impedimenti all'introduzione di fonti del diritto derivato ha condotto il Parlamento europeo a svolgere un'attività di indirizzo e di "*moral suasion*" nei confronti degli Stati membri, avvalendosi delle Risoluzioni e delle Raccomandazioni, al fine di spingerli a adottare, in totale autonomia, idonee discipline legislative interne per tutelare i diritti della donna²⁷.

Le prime istanze del Parlamento europeo sul tema del diritto all'aborto, quale diritto inalienabile della salute delle donne, furono presentate il 9 giugno 2022 con una Risoluzione che ribadiva la necessità di tutelare la volontà di interruzione della gravidanza da parte delle donne, domandando agli Stati membri di moderare le limitazioni all'accesso alle relative cure, a partire dalla diminuzione dell'elevato numero di medici e personale sanitario obiettori di coscienza²⁸.

Nello stesso periodo, la Corte Suprema degli Stati Uniti decise di annullare la protezione garantita, concedendo a ogni Stato di poter limitare o vietare l'aborto. Sulla scia di tale decisione, a luglio 2022, i deputati europei, esprimendo la loro preoccupazione per un probabile aumento del flusso di denaro atto a finanziare gruppi anti-genere e pro-life nel mondo, hanno cercato di esortare gli Stati membri a depenalizzare l'aborto, a combattere ed eliminare le restanti restrizioni giuridiche, finanziarie, sociali e pratiche.

In particolare, gli Stati dell'UE avrebbero dovuto garantire l'accesso a servizi di aborto sicuri, legali e gratuiti, a servizi di assistenza sanitaria prenatale e materna, alla pianificazione familiare volontaria, a servizi adatti ai giovani, senza alcuna discriminazione. A tal uopo la Commissione europea e gli Stati membri avrebbero dovuto intensificare il loro sostegno politico per la difesa dei diritti umani e dei prestatori di assistenza sanitaria che lavorano per il progresso della salute sessuale e riproduttiva e dei relativi diritti.

²⁷ L. CHIEFFI, *Brevi note su Europa e il Biodiritto*, in *BioLaw Journal-Rivista di BioDiritto*, 1, 2023, 49 ss.

²⁸ Risoluzione del Parlamento europeo del 9 giugno 2022 sulle minacce al diritto all'aborto nel mondo: la possibile revoca del diritto all'aborto negli Stati Uniti da parte della Corte suprema n. [2022/2665 \(RSP\)](#).

In tale frangente, il Parlamento europeo ha condannato fermamente la Polonia e l'Ungheria. Il primo Stato, in merito alla sentenza pronunciata, il 22 ottobre 2020 (K1/20), dal Tribunale Costituzionale polacco, a cui ha fatto seguito una legge di uguale tenore restrittivo, che impone un divieto assoluto di interruzione volontaria della gravidanza, mettendo a repentaglio la salute sessuale e riproduttiva delle donne, anche in considerazione delle possibili conseguenze di aborti clandestini a cui sarebbero costrette. La Polonia, infatti, ha legittimato l'aborto nei soli casi in cui la gravidanza comporti un grave rischio per la vita o per la salute della donna oppure qualora vi sia il sospetto che la gravidanza sia risultata da un atto criminoso, così da rendere ancora più restrittiva la legge polacca, che già era piuttosto restrittiva sulla possibilità di accedere all'IVG. In realtà, in Polonia, il tema dell'aborto è molto combattuto, un terreno dove si scontrano diritti del nascituro, benessere psico/fisico della donna ed effetti delle politiche riproduttive sulla dinamica demografica nazionale, diventati l'indicatore di misurare dei rapporti di potere, sotto l'aspetto simbolico e materiale, oltre che per dimostrare una capacità di *leadership* sulla società²⁹.

L'autoritaria disciplina polacca in tema di aborto, oltre ad inasprire il declino democratico, porta con sé una serie di problemi di difficile soluzione pratica: mentre alcune donne polacche si recano all'estero per poter abortire clandestinamente, purtroppo altre donne ricorrono a mezzi non sicuri per poter interrompere la gravidanza, ponendo così in pericolo la loro vita; in modo frequente, le donne sono addirittura costrette a portare avanti la gravidanza senza il loro consenso, anche nell'ipotesi di gravi o mortali malformazioni del feto. Di conseguenza, oggi il numero di donne che si recano all'estero per la pratica abortiva è molto elevato e tale da generare il cd. "turismo abortivo". A tal proposito, è scoppiata di recente la polemica tra Polonia e Repubblica Ceca, una delle destinazioni più gettonate, in quanto nella Repubblica Ceca l'aborto è legale sino alla 12sima settimana. In modo specifico, venendo a conoscenza della stesura di una nuova disciplina orientata a descrivere, in modo dettagliato, l'effettiva situazione esistente nella Repubblica Ceca per far fronte al probabile aumento di richieste di aborto, l'ambasciata polacca a Praga ha accusato quest'ultima di voler intromettersi in problemi interni alla Polonia, istigando le donne polacche ad infrangere la nuova legge³⁰.

In effetti, l'inasprimento della legislazione polacca sull'aborto rappresenta non solo il crollo sistemico dello Stato di diritto, ma anche dell'acquisizione del controllo politico sulla magistratura; considerando la persistenza di una maggioranza qualificata per poter alterare l'ordinamento costituzionale formale,

²⁹ J. SAWICKI, *Il divieto quasi totale dell'aborto in Polonia: una disputa ideologica senza fine*, in NOMOS – *Le attualità del diritto*, 2, 2022, 2.

³⁰ L. LEO, *Gli effetti collaterali della sentenza Dobbs v. Jackson sullo scenario europeo. Verso l'isolamento della Polonia?*, in "Amministrazione in cammino", in *Riv. Dir. Publ.*, 25 ottobre 2023, 9 ss.

il Governo, con la sua maggioranza, ha incominciato ad avvalersi del controllo quasi totale sul Tribunale costituzionale, assoggettando così la Costituzione a nuove interpretazioni, molto dubbie a livello di conciliabilità con il suo “spirito” originario e suscettibili di mettersi in evidente contrasto con i valori di libertà e democrazia e con la precedente giurisprudenza europea in materia³¹.

In linea generale, l’Unione Europea ha sempre condannato fermamente la violazione dei diritti sessuali e riproduttivi, invitando tutti gli Stati membri a garantire, in tempi rapidi e in maniera totale, l’accesso ai servizi di aborto sicuri, legali e gratuiti per tutte le donne³². Così anche la reazione europea alla drastica sentenza del 2020 del Tribunale costituzionale polacco giunse nel giro di poche settimane, prevedendo un’adeguata Risoluzione, il Parlamento europeo ha affermato che la sentenza polacca avrebbe messo a rischio la salute e la vita delle donne³³.

Nel caso dell’Ungheria, la realizzazione dell’IVG, già ampiamente messa in discussione dalla modifica della Legge fondamentale ungherese del 2011, è stata resa ancor più complessa dall’adozione del decreto ministeriale del 12 settembre 2022, che stabilisce l’obbligo della donna di ascoltare il battito del feto prima di eventualmente procedere all’aborto, con il mero scopo di dissuadere la donna *in extremis* nella sua scelta di abortire³⁴.

In tale contesto giuridico, ove la garanzia di un effettivo esercizio del diritto all’IVG sembra molto fragile e mutevole dinanzi alle richieste promosse da alcune espressioni del potere politico, la posizione assunta dall’ordinamento francese in tema di aborto è risulta particolare interessante per il Parlamento europeo. Non a caso, dopo la decisione della Francia di inserire nella Costituzione il diritto all’aborto, si è avuta una scossa all’interno dell’Unione Europea, inserendo il diritto all’IVG nella Carta dei diritti fondamentali dell’UE. A tal proposito, a Strasburgo, l’11 aprile 2024, con 336 voti favorevoli, 163 voti contrari e 39 astenuti, è stata adottata una Risoluzione non vincolante, che invita

³¹ J. SAWICKI, *Tenendo alto lo scontro con l’Unione europea, l’esecutivo cerca di far dimenticare il passo falso compiuto in autunno sull’aborto*, in *NOMOS - Le attualità del diritto*, 1, 2021, 2 ss.

³² Con Risoluzione del 3 luglio 2002 sulla salute e i diritti sessuali e riproduttivi, il Parlamento Europeo si è pronunciato a favore dell’aborto legale, sicuro e accessibile a tutte le donne nell’intento di salvaguardare la loro salute e i loro diritti in materia di riproduzione, richiedendo agli Stati membri e a quelli entranti di intraprendere misure concrete per rendere l’interruzione volontaria di gravidanza un diritto legalizzato, per diffondere e distribuire presidi come la pillola del giorno dopo, per promuovere l’educazione sessuale nelle scuole e rendere i metodi contraccettivi accessibili anche ai minori anche in assenza del consenso dei genitori. Con Risoluzione n. 1607 del 2008 in materia di “Accesso all’aborto sicuro e legale in Europa”, l’Assemblea parlamentare del Consiglio d’Europa ha espresso forte preoccupazione in relazione a tutti gli ordinamenti in cui le limitazioni *ex lege* o gli ostacoli di fatto complicano l’accesso alla procedura di interruzione volontaria della gravidanza.

³³ Risoluzione del Parlamento europeo del 26 novembre 2020 sul divieto di fatto del diritto all’aborto in Polonia, n. 2020/2876 (RSP).

³⁴ P. DE PASQUALE, *Il diritto di aborto... o l’aborto di un diritto?*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 3, 2022, 7 ss.

il Consiglio europeo ad avviare le procedure di revisione dei trattati per inserire nella Carta dei diritti fondamentali dell'UE l'assistenza sanitaria sessuale e riproduttiva e il diritto all'aborto sicuro e legale³⁵.

Va evidenziato come il risultato della suddetta Risoluzione è solo parziale, in quanto per la sua piena applicazione, ossia per cambiare la Carta dei diritti fondamentali dell'UE, vi è la necessità del voto unanime da parte di tutti i Paesi dell'UE. A tal uopo, il Parlamento europeo ha esortato Stati quali Polonia, Ungheria, Malta, Slovacchia ed Italia, ad abrogare le leggi che vietano o tendono a limitare fortemente il diritto all'aborto.

In particolare, con tale Risoluzione, il Parlamento europeo, dopo aver ribadito lo stato attuale di tutela e di implementazione dei diritti alla salute sessuale e riproduttiva, sia a livello internazionale e sia a livello nazionale, e lo status di diritti umani fondamentali che l'Unione europea si impegna a promuovere e a tutelare, afferma la necessità di modifica dell'art. 3 della Carta dei diritti fondamentali dell'UE nel seguente modo:

Diritto all'integrità della persona e all'autonomia del corpo

2bis. Ogni persona ha diritto all'autonomia del corpo e all'accesso libero, informato, pieno e universale alla salute sessuale e riproduttiva e relativi diritti, come pure a tutti i servizi di assistenza sanitaria correlati, senza discriminazioni, compreso l'accesso a un aborto sicuro e legale.

Inoltre, con tale Risoluzione, il Parlamento europeo condanna duramente il deterioramento che, in termini di tutela, riguardano i diritti delle donne a livello mondiale e negli Stati membri dell'UE, soprattutto i diritti alla salute sessuale e riproduttiva (punto 4), e rende nota la sua preoccupazione per l'aumento dei finanziamenti per gruppi anti-genere e anti-scelta, invitando la Commissione a impedire che simili realtà ricevano finanziamenti europei, avvalendosi di tutti i mezzi a sua disposizione (punto 5).

Per poter garantire una maggiore tutela ai diritti alla salute sessuale e riproduttiva, tra cui il diritto all'aborto, la Risoluzione invita gli Stati membri a depenalizzare totalmente l'aborto, sulla base delle linee-guida 2022 dell'OMS, con esplicito riferimento all'abrogazione delle disposizioni legislative di Polonia e Malta, al fine di garantire l'accesso all'aborto (punto 6). In tal senso, il documento tende a sollecitare gli Stati membri per garantire l'assistenza ad un aborto sicuro, legale e gratuito, con servizi che permettano di realizzare una pianificazione prenatale e familiare, la contraccezione e i servizi di prevenzione e trattamento di malattie sessualmente trasmissibili come l'HIV (punto 7),

³⁵ Risoluzione del Parlamento europeo sull'inclusione del diritto all'aborto nella Carta dei diritti fondamentali dell'UE, n. 2024/2655 (RSP).

condannando la pratica di taluni medici e strutture sanitarie del diniego di accesso all'aborto, in base alla clausola di "coscienza" (punto 8).

Il Parlamento europeo, inoltre, esorta gli Stati membri e i governi locali a garantire l'accesso totale ai servizi nell'ambito della salute sessuale e riproduttiva (punto 9), cercando di aumentare la spesa e gli aiuti diretti a favore delle strutture di assistenza (punto 10), oltre a garantire, già durante gli studi universitari, a medici e operatori sanitari una formazione obbligatoria su metodi e procedure di aborto (punto 11).

Con tale Risoluzione, gli Stati membri sono sollecitati al fine di eliminare tutti gli ostacoli giuridici, finanziari e sociali e le relative restrizioni all'aborto, con particolare attenzione alle misure che potrebbero colpire, in maniera sproporzionata, le donne più povere, le donne soggette a razzializzazione e quelle appartenenti a famiglie monoparentali (punto 12).

Infine, dopo aver evidenziato il fondamentale ruolo delle organizzazioni della società civile per quel che concerne la protezione e la promozione dei diritti sulla salute sessuale e riproduttiva e l'importanza di tutelare e rafforzare tali realtà, il Parlamento europeo ha invitato l'UE a sostenere il riconoscimento del diritto all'aborto quale priorità anche delle istituzioni internazionali e in altri consessi multilaterali quali il Consiglio d'Europa e le Nazioni Unite (punti 13-14).

A questo punto la svolta storica francese del 4 marzo 2024 e la Risoluzione del Parlamento europeo dell'11 aprile 2024 potrebbero essere l'apripista per nuove decisioni, utili a garantire il diritto di aborto sicuro e legale anche al di là dei confini europei. Al di là di tutto ciò, l'incognita futura più grande resta sempre quella legata ad una reale e concreta applicazione delle misure suddette su un campo che purtroppo non è di competenza dell'UE ma dei singoli Stati membri.

Esiste uno statuto costituzionale del minore? Osservazioni sul tema della dinamicità della tutela costituzionale del minore fra riconoscimento delle vulnerabilità e promozione dei diritti.

di Caterina Di Costanzo*

Abstract IT: Il contributo analizza le modalità fondamentali di tutela costituzionale del minore partendo dal quesito incentrato sulla possibilità di identificare l'esistenza di uno statuto costituzionale del minore. L'analisi prende le mosse dalla individuazione dei caratteri di vulnerabilità della condizione minorile e procede verificando le caratteristiche di un possibile statuto costituzionale del minore all'interno di due ambiti interessanti ai fini dell'analisi, quello concernente le condizioni di partecipazione del minore alle associazioni sportive e quello concernente la promozione dei diritti del minore disabile nel settore dell'istruzione.

L'attuazione della tutela costituzionale del minore pare emergere in questi ambiti come caratterizzata strutturalmente da dinamicità e relazionalità e incentrata, da un lato, sul riconoscimento di vulnerabilità specifiche, e dall'altro, sulla necessità di realizzare, ove possibile, una vera e propria promozione dei diritti.

Abstract EN: This paper is aimed at analyzing the fundamental methods of constitutional protection of minors starting from the question focused on the possibility of identifying the existence of a constitutional 'statute' of minors. The analysis starts from the identification of the characteristics of vulnerability of the minor's condition and proceeds by verifying the characteristics of a possible constitutional 'statute' of minors within two interesting areas, that concerning the conditions of participation of the minor in sport associations and the one concerning the promotion of the rights of disabled minors in the education sector.

The implementation of constitutional protection of minors seems to emerge in these areas as structurally characterized by dynamism and relationality and

* Docente a contratto presso l'Università degli studi di Firenze.

focused, on the one hand, on the recognition of specific vulnerabilities, and on the other, on the need to achieve a real promotion of rights.

Sommario: 1. Introduzione. – 2. Uno statuto costituzionale del minore: quali le caratteristiche? – 3. L’attuazione costituzionale della tutela del minore: il diritto allo sport e all’istruzione. – 4. Considerazioni conclusive.

1. Introduzione.

Alcune attuali domande che stanno alla base della trattazione del tema della tutela costituzionale del minore riguardano l’esistenza o meno di uno statuto costituzionale del minore, quali ne siano le caratteristiche e da cosa possa differire tale statuto rispetto alla tutela delle altre vulnerabilità.

La tutela costituzionale del minore emerge, infatti, come strumento fondamentale di protezione di un soggetto la cui condizione di vulnerabilità costituisce una caratteristica strutturale, anche se temporanea, su cui si possono innestare ulteriori fattori di vulnerabilità.

Il tema della definizione delle vulnerabilità e delle tutele specifiche che possono essere approntate rispetto alle singole condizioni rappresenta sicuramente una questione di grande attualità considerando alcuni fattori fondamentali, quali i cambiamenti demografici in atto, le trasformazioni socio-economiche in corso e l’accelerazione delle innovazioni tecnologiche che comportano rischi diversamente declinati di volta e in volta e che possono incidere sulle singole situazioni di vulnerabilità richiedendo che siano predisposte tutele adeguate e efficaci¹.

A partire dalla giurisprudenza costituzionale², possiamo affermare che le condizioni di vulnerabilità possono essere delineate al di là di quelle che sono le

¹ Sul tema, si vedano G. GORGONI, *La vulnerabilità del soggetto giuridico. una prospettiva ricoeuriana*, in *Rivista di filosofia del diritto*, 1, 2021; V. LORUBBIO, *Vulnerabilità come condizione universale dell’ecosistema: una prospettiva comparativa europea*, in *Federalismi*, 22, 2021.

² Cfr. paragrafo 2.2 del considerato in diritto della sentenza n. 242 del 2019 della Corte costituzionale sul noto caso Cappato che riprende quanto affermato nella precedente ordinanza n. 207 del 2018. Nel paragrafo 5 del considerato in diritto, la Corte costituzionale afferma l’esigenza di evitare che “la sottrazione pura e semplice di tale condotta alla sfera di operatività della norma incriminatrice dia luogo a intollerabili vuoti di tutela per i valori protetti, generando il pericolo di abusi ‘per la vita di persone in situazioni di vulnerabilità’”.

Nella successiva sentenza n. 50 del 2022, la Corte, dichiarando inammissibile la richiesta di referendum abrogativo della fattispecie dell’omicidio del consenziente, di cui all’art. 579 c.p., ha individuato la *ratio* di tale micro-sistema normativo nell’esigenza costituzionale di proteggere, non solo le persone strutturalmente più fragili, ma qualsiasi soggetto da condotte

astratte categorizzazioni poichè possono riguardare tutte le persone in via transitoria e/o, anche, sulla base di situazioni specifiche.

Tuttavia la domanda di fondo ci pare permanga: la tutela del minore è differente, solo per fare alcuni esempi, da quella dell'anziano, del disabile, della donna incinta? E come incidono le singole condizioni di fragilità all'interno delle macro categorie menzionate?

Un primo aspetto da considerare è dato dal fatto che il fondamento costituzionale degli strumenti a protezione delle vulnerabilità possa essere rappresentato dal principio di uguaglianza sostanziale unitamente al dovere di solidarietà, di cui agli artt. 2 e 3 della nostra Costituzione, che richiedono, ove possibile, la più ampia personalizzazione degli interventi sulla base delle condizioni che caratterizzano la specifica vulnerabilità.

In Costituzione non è possibile rintracciare un riferimento alla soggettività e alla capacità di autodeterminazione del minore per ragioni di tipo storico-culturale. Come noto, una specifica sensibilità per i figli nati fuori dal matrimonio e per la protezione della maternità anche come tutela indiretta dei figli è stata sviluppata a partire dai lavori della Costituente³.

Mentre alcuni autorevoli esponenti della Costituente avevano affermato che l'inserimento della tutela dei minori in Costituzione non fosse appropriata perché si trattava di norme pertinenti l'ordinamento civile⁴ soprattutto le costituenti avevano intuito l'importanza di inserire in Costituzione il principio della speciale protezione dell'infanzia e della gioventù che in qualche modo rinvia alla necessità di predisporre tutele specifiche e adeguate alla protezione della persona in formazione⁵.

autodistruttive che possono essere non sufficientemente ponderate o frutto di una decisione assunta, per motivi anche contingenti, in condizioni di vulnerabilità.

³ Sia consentito rinviare per questo aspetto a C. DI COSTANZO, *La tutela costituzionale del minore: identità, salute e relazioni*, Torino, 2023, 17 ss.

⁴ Nella discussione dell'ordine del giorno di Vittorio Emanuele Orlando, respinto poi a larga maggioranza, e teso a eliminare dal progetto di Costituzione tutti gli articoli del Titolo II relativo ai rapporti etico-sociali, Orlando insisteva per l'espunzione degli artt. da 23 a 29 del Progetto "sia perché mancano di effettivo contenuto normativo [...], sia perché invadono campi riservati alla competenza legislativa ed attualmente regolati dai Codici, cioè da leggi costituenti un sistema che non si può alterare in una sua parte senza compromettere la certezza del diritto". Cfr. pag. 3239 del resoconto della seduta di mercoledì 23 aprile 1947.

⁵ La relatrice Angelina Merlin aveva affermato la necessità di inserire in Costituzione un riferimento a una tutela specifica a favore dei minori, individuando in un meccanismo di tutela mediata e a cascata dei diritti dei figli a partire dalla protezione prioritaria e immediata da garantire alla donna, in quanto madre, una modalità adeguata per proteggere l'infanzia. Cfr. III Sottocommissione, pag. 34 del resoconto sommario della seduta di venerdì 13 settembre 1946 sull'art. 23 del progetto di Costituzione, nella quale Angelina Merlin dichiara: "Affermato il principio della protezione della madre, saranno tutelati anche i figli, compresi gli illegittimi, i quali, per il solo fatto di essere nati, hanno diritto alla vita. Ritiene che, senza arrivare ad una esplicita dichiarazione del genere nella Costituzione, si debba garantire la vita di tutti i bambini, siano essi legittimi che illegittimi".

Dunque, se passiamo in rassegna il testo costituzionale vediamo che il minore viene menzionato, secondo formulazioni diverse, negli articoli 30, 31, comma 2⁶, 37, comma 3, Cost.⁷.

Il minore viene menzionato in Costituzione come figlio che, anche se nato fuori dal matrimonio, è titolare del diritto al mantenimento, all'istruzione ed educazione, come lavoratore, che ha diritto alla parità di retribuzione rispetto al lavoratore maggiorenne, come soggetto meritevole di protezione speciale durante l'infanzia e la gioventù rispetto al quale istituti e organismi pubblici debbono apprestare interventi idonei e adeguati soprattutto quando si verifica una incapacità nell'esercizio delle funzioni genitoriali.

2. Uno statuto costituzionale del minore: quali le caratteristiche?

La domanda che ha originato il presente contributo riguarda sostanzialmente la possibilità di individuare un vero e proprio statuto costituzionale del minore distinguibile in senso specifico rispetto alla tutela di altre condizioni di vulnerabilità⁸.

Noi crediamo che emergano nel testo costituzionale e nella giurisprudenza costituzionale i tratti salienti di questo statuto costituzionale come insieme di norme che definiscono il nucleo di un precipuo ambito di tutela costituzionale e ne dettano le finalità e i principi fondamentali di protezione delle soggettività coinvolte.

Riteniamo che le caratteristiche principali di questo statuto facciano riferimento alla pienezza della tutela, alla dinamicità e alla relazionalità della tutela della persona minore di età.

Il primo carattere, di ordine più generale, è quello della pienezza della tutela.

⁶ M. BESSONE, *Art. 30-Art. 31*, in *Commentario della Costituzione*, a cura di G. BRANCA, Zanichelli-Società editrice del Foro italiano, Bologna-Roma, 1976.

Sull'art. 30 Cost. si vedano E. LAMARQUE, *Art. 30*, in R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Torino, 2006; L. CALIFANO, *La famiglia e i figli nella Costituzione italiana*, in R. NANIA, P. RIDOLA (a cura di), *I diritti costituzionali*, Torino, III, 2006; G. MATUCCI, *Articolo 30*, in F. CLEMENTI, L. CUOCOLO, F. ROSA, G. E. VIGEVANI (a cura di), *La Costituzione italiana. Commento articolo per articolo*, vol. I, Bologna, 2018; V. CRISAFULLI, L. PALADIN, S. BARTOLE, R. BIN, *Commentario breve alla Costituzione. Art. 30*, Padova, 2008; A. D'ALOIA, A. ROMANO, *I figli e la responsabilità genitoriale nella Costituzione (art. 30)*, in G.F. BASIN, G. BONILINI, P. CENDON, M. CONFORTINI, *Codice commentato dei minori e dei soggetti deboli*, Torino, 2011.

Cfr. anche L. CASSETTI, *Art. 31*, in R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Torino, I, 2006.

⁷ Cfr. A. MINERVINI, *Minorenni e scatti d'anzianità (Nota a Cass. sez. un. 22 ottobre 1980 n. 5678)*, in *Rivista di diritto del lavoro*, 4, 1980; R. SCOGNAMIGLIO, *La tutela giuridica del lavoro giovanile*, in *Il Diritto del lavoro*, 2, 1979; L. SILVAGNA, *Sul diritto dei minorenni alla parità salariale*, in *Il Diritto del lavoro*, 6, 1978.

⁸ Sul tema si veda G. MATUCCI, *Lo statuto costituzionale del minore d'età*, Padova, 2015.

Alcuni autorevoli studiosi hanno correttamente affermato che dal punto di vista costituzionale il minore non può identificarsi con l'incapace⁹.

Questo perché la capacità di agire ha giocato nel passato un ruolo fondamentale rispetto alle persone incapaci e alla loro dimensione patrimoniale ma lo stesso non lo si può dire in relazione alla espressione dei diritti dei minori rispetto ai quali rileva soprattutto, nella tutela delle libertà costituzionali, l'apprezzamento nel caso concreto della capacità naturale rapportata alla natura degli atti e delle azioni di volta in volta da compiere. Il minore, quindi, risulta essere destinatario, ove non siano necessari interventi specifici di protezione, di una tutela costituzionale generica piena, in quanto titolare di tutti quei diritti per l'esercizio dei quali non sia espressamente prevista una loro esclusione (come, ad esempio, è stabilito dall'art. 48, comma 1, Cost. per il diritto di voto)¹⁰.

Il secondo carattere è quello della dinamicità della tutela connessa alla evolutività della condizione del minore.

La protezione speciale dell'infanzia e della gioventù - (oggi si direbbe, più semplicemente, adolescenza) - menzionata nell'art. 31, comma 2, Cost. fa riferimento a due categorie fondamentali rispetto alle quali possono essere strutturate modalità differenti di intervento e tutela.

L'infanzia e la gioventù costituiscono le due macrofasi che il legislatore dovrebbe tenere in considerazione nell'adozione delle misure di tutela dei minorenni nei vari ambiti.

Da questa prima categorizzazione emerge la dinamicità della tutela del minore che è strettamente connessa alla caratteristica prima della condizione della minore età che, anche in ambito costituzionale, è quella dell'evolutività.

Il minore è un soggetto, titolare di tutti i diritti che possono essere esercitati sulla base della sua capacità naturale, che è caratterizzato precipuamente dal fatto di essere una persona "in via di formazione"¹¹.

⁹ Su questo si veda cfr. P. BARILE, *Le libertà nella Costituzione. Lezioni*, Padova 1966, p. 31, dove si legge che: "il principio della capacità delle persone senza limiti di età è la regola generale del diritto pubblico; restando per altro salva l'effettiva capacità naturale: per grandi linee può dirsi infatti che sui diritti di libertà l'età non spiega, di regola, alcuna influenza". Cfr. anche A. PACE, *Problematica delle libertà costituzionali. Parte generale*, Padova, 2003, 311; P. CARETTI, G. TARLI BARBIERI, *Diritti fondamentali. Libertà e diritti sociali*, Torino, 2017, 105 ss.

Cfr. Francesco Donato Busnelli che afferma che la protezione costituzionale dei minori "non si risolve integralmente nel dogma codicistico dell'incapacità legale di agire", cfr. F.D. BUSNELLI, *Immagini vecchie e nuove della tutela della salute del minore*, in A. BUCCELLI (a cura di), *Identità e salute del minore. Problematiche attuali*, Pisa 2021, 14. Si veda anche F. GIARDINA, *La condizione giuridica del minore*, Napoli, 1984, 189; P. STANZIONE, *Capacità e minore età nella problematica della persona umana*, Napoli, 1975, 263, 317, 332 ss.

¹⁰ Su questo aspetto sia consentito rinviare a C. DI COSTANZO. *La persona minore di età nell'ordinamento costituzionale: alcuni spunti su capacità e diritti del minore*, in *Bioetica. Rivista interdisciplinare*, 2024, n. 1, 81 ss.

¹¹ In questo senso, Aldo Moro in Assemblea costituente aveva affermato con parole molto significative che "una costituzione non può esprimere [...] il suo riconoscimento dell'autonomia umana se non attribuendo il diritto all'uomo in fieri di diventare uomo nella pienezza della sua umanità". Cfr. la relazione in Assemblea costituente dell'On. Aldo Moro sui *Principi dei rapporti sociali*.

E' un carattere che viene valorizzato già a partire dalla prima sentenza della Corte costituzionale sull'adozione del 1981 in cui lo sviluppo progressivo della personalità del minore costituisce uno dei principi più importanti al fine di valutare l'adeguatezza degli interventi a lui diretti¹².

Quindi il secondo carattere, di ordine specifico, che ci sentiamo di dire contraddistingua la tutela costituzionale del minore rispetto a altre vulnerabilità è quello della dinamicità della tutela che deve fondarsi sul carattere di evolutività positiva di svolgimento della sua personalità.

Il terzo carattere, come ampiamente notato da alcuni osservatori, è quello della relazionalità della tutela¹³.

Ossia il minore assume uno specifico status, figlio, lavoratore, persona meritevole di speciale protezione, rispetto alle comunità in cui è inserito per il quale le relazioni giocano un ruolo fondamentale nell'ottica della garanzia dei suoi diritti e dello sviluppo della sua personalità.

La giurisprudenza costituzionale in materia di diritto al nome, sulla possibilità di identificarsi sia con il cognome materno che con quello paterno, e in materia di adozione, sia in casi particolari che nel caso dell'adozione legittimante, conferma questi principi affermando la necessità di preservare l'identità personale e promuovere la completezza delle relazioni del minore.

In materia di identità anagrafica e diritto al nome, la giurisprudenza costituzionale ha riscritto la disciplina esistente a partire dalla nota ordinanza n. 176 del 1988¹⁴.

Trascorsi diciotto anni, la Corte costituzionale evidenzia che "l'attuale sistema di attribuzione del cognome è retaggio di una concezione patriarcale della famiglia, la quale affonda le proprie radici nel diritto di famiglia romanistico, e

¹² Cfr. il par. n. 5 del considerato in diritto della sentenza n. 11 del 1981 dove si legge che le norme costituzionali – artt. 2 e 30 Cost. – “riconoscendo come fine preminente lo svolgimento della personalità in tutte le sedi proprie, assumono a valore primario la promozione della personalità del soggetto umano in formazione e la sua educazione nel luogo a ciò più idoneo: da ravvisare in primissima istanza nella famiglia di origine, e, soltanto in caso di incapacità di questa, in una famiglia sostitutiva. L'art. 30, secondo comma, della Costituzione, prevede infatti il dovere del legislatore e dell'autorità pubblica in generale di predisporre quegli interventi che pongano rimedio nel modo più efficace al mancato svolgimento dei loro compiti da parte dei genitori di sangue: e cioè alle funzioni connesse al dovere – diritto di mantenere, istruire ed educare i figli”.

¹³ Cfr. J. TOBIN, *Understanding children's rights: a vision beyond vulnerability*, in *Nordic journal of international law*, 84, 2015; C. DI COSTANZO, *La tutela del minore fra ricerca della verità biologica e garanzia costituzionale dei suoi "preminenti" interessi*, in A. BUCELLI (a cura di) *Identità e salute del minore. Problematiche attuali*, Pisa, 2021.

¹⁴ La Corte costituzionale rileva in questa ordinanza che “sarebbe possibile, e probabilmente consentaneo all'evoluzione della coscienza sociale, sostituire la regola vigente in ordine alla determinazione del nome distintivo dei membri della famiglia costituita dal matrimonio con un criterio diverso, più rispettoso dell'autonomia dei coniugi, il quale concili i due principi sanciti dall'art. 29 della Costituzione, anziché avvalersi dell'autorizzazione a limitare l'uno in funzione dell'altro”.

di una tramontata potestà maritale, non più coerente con i principi dell'ordinamento e con il valore costituzionale dell'uguaglianza tra uomo e donna"¹⁵.

Infine, prende atto che, a “distanza di molti anni [dalle citate] pronunce, un ‘criterio diverso, più rispettoso dell'autonomia dei coniugi’, non [era] ancora stato introdotto”¹⁶, pertanto, “in attesa di un indifferibile intervento legislativo, destinato a disciplinare organicamente la materia, secondo criteri finalmente consoni al principio di parità”, la Corte ha dichiarato l'illegittimità costituzionale della norma, nella parte in cui non consente “ai coniugi, di comune accordo, di trasmettere ai figli, al momento della nascita, anche il cognome materno”.

Più recentemente è stato affermato nella sentenza 131 del 2022, in linea con la costante giurisprudenza¹⁷, che “Il cognome, insieme con il prenome, rappresenta il nucleo dell'identità giuridica e sociale della persona: le conferisce identificabilità, nei rapporti di diritto pubblico, come di diritto privato, e incarna la rappresentazione sintetica della personalità individuale, che nel tempo si arricchisce progressivamente di significati”¹⁸.

L'identità familiare del figlio si compone infatti delle relazioni e delle connessioni che il figlio mantiene nei confronti sia del ramo paterno che di quello materno. In questo senso, “La selezione, fra i dati preesistenti all'attribuzione del cognome, della sola linea parentale paterna, oscura unilateralmente il rapporto genitoriale con la madre. A fronte del riconoscimento contemporaneo del figlio, il segno dell'unione fra i due genitori si traduce in una disparità di trattamento rispetto alla rappresentazione della radice materna. L'automatismo imposto reca il sigillo di una disuguaglianza fra i genitori, che si riverbera e si imprime sull'identità del figlio, così determinando la contestuale violazione degli artt. 2 e 3 Cost.”¹⁹.

Nell'ambito dell'adozione, inoltre, pensiamo al principio di promozione delle relazioni del minore affermato in riferimento all'adozione in casi particolari per quanto concerne i rapporti fra minore e i parenti dell'adottante (sentenza della Corte costituzionale n. 79 del 2022)²⁰ e al principio di continuità relazionale per

¹⁵ Cfr. sentenza n. 61 del 2006, ripresa dalla successiva ordinanza n. 145 del 2007.

¹⁶ Cfr. sentenza della Corte costituzionale n. 286 del 2016.

¹⁷ Cfr. sentenza della Corte costituzionale n. 297 del 1996, sentenza n. 268 del 2002, sentenza n. 120 del 2001, sentenza n. 286 del 2016, sentenza n. 13 del 1994, sentenza n. 297 del 1996, sentenza n. 120 del 2001, sentenza n. 268 del 2002.

¹⁸ Cfr. paragrafo 9 del considerato in diritto della sentenza della Corte costituzionale n. 131 del 2022.

¹⁹ Cfr. paragrafo 10.1 del considerato in diritto della sentenza n. 131 del 2022.

²⁰ Si veda il par. n. 7.1.1 del considerato in diritto della sentenza dove si legge: “A questo nucleo di previsioni riformate, che accentuano il rilievo personalistico delle relazioni familiari, si aggiungono, poi, gli ulteriori effetti che, a partire dalle relazioni parentali, si diramano nell'intero sistema giuridico e concorrono alla tutela del figlio e alla costruzione dell'identità del minore”; il par. n. 8.2 del considerato in diritto: “La norma censurata priva, in tal modo, il minore della rete di tutele personali e patrimoniali scaturite dal riconoscimento giuridico dei legami parentali, che il legislatore della riforma della filiazione, in attuazione degli artt. 3, 30 e 31 Cost., ha voluto garantire a tutti i figli a parità di condizioni,

quanto concerne l'adozione legittimante in riferimento ai rapporti fra minore e famiglia biologica (sentenza della Corte costituzionale n. 183 del 2023)²¹.

Infine, occorre ricordare che viene inserito un meccanismo di tutela che fa riferimento al fatto che sia evitato un effetto moltiplicatore (dei nomi ma anche, nel caso, delle relazioni) quando non sia strettamente funzionale alla tutela dell'interesse del minore²².

Questo meccanismo di chiusura può richiedere, a tutela dell'interesse del minore, una valutazione in concreto da parte del giudice competente finalizzata a indagare se la moltiplicazione dei nomi - e, nel caso, delle relazioni - possa avere un potenziale significato positivo per il minore e non abbia, nella situazione specifica, un impatto negativo sulla crescita e sullo sviluppo della persona minore di età.

L'interesse del minore, in questo caso, viene impiegato al fine di escludere meccanismi automatici e presuntivi e verificare nel caso concreto l'efficacia delle misure adottate a tutela dell'identità del minore²³.

perché tutti i minori possano crescere in un ambiente solido e protetto da vincoli familiari, a partire da quelli più vicini, con i fratelli e con i nonni. Al contempo, la disciplina censurata lede il minore nell'identità che gli deriva dall'inserimento nell'ambiente familiare del genitore adottivo e, dunque, dall'appartenenza a quella nuova rete di relazioni, che di fatto vanno a costruire stabilmente la sua identità"; il par. n. 8.3 del considerato in diritto dove si legge: "Si tratta, in sostanza, di bambini o ragazzi per i quali la nuova rete di rapporti familiari non è certo un privilegio, quanto piuttosto costituisce, oltre che un consolidamento della tutela rispetto a situazioni peculiari e delicate, il doveroso riconoscimento giuridico di relazioni, che hanno una notevole incidenza sulla crescita e sulla formazione di tali minori e che non possono essere negate, se non a costo di incidere sulla loro identità".

²¹ Cfr. il paragrafo 8.2 del considerato in diritto della sentenza n. 183 del 2023 dove si legge: "La tutela dell'identità del minore si associa al riconoscimento dell'importanza che rivestono, da un lato, la consapevolezza delle proprie radici e, da un altro lato, la possibile continuità delle relazioni socio-affettive con figure che hanno rivestito un ruolo positivo nel suo processo di crescita". Occorre segnalare qui che la legge n. 173 del 2015 ha introdotto il comma 5-bis all'art.4 della legge n. 184 del 1983, inserendo il principio comunemente definito della "continuità affettiva".

²² Cfr. il paragrafo 15.1 del considerato in diritto della sentenza n. 131 del 2022 dove si legge che "In primo luogo, si rende necessario un intervento finalizzato a impedire che l'attribuzione del cognome di entrambi i genitori comporti, nel succedersi delle generazioni, un meccanismo moltiplicatore che sarebbe lesivo della funzione identitaria del cognome. Simile intervento si dimostra impellente, ove si consideri che, a partire dal 2006, varie fonti normative hanno contribuito al diffondersi di doppi cognomi".

²³ Sull'interesse del minore, si vedano C. INGENITO, *L'ordinanza della Cassazione civile n. 230/2023: un'occasione per riflettere sul principio del superiore interesse del minore rispetto alla tutela degli orfani di femminicidio*, in *Rivista di diritti comparati*, 2, 2023; C. INGENITO, *La tutela dei legami di parentela nell'adozione in casi particolari: Note a margine della sentenza della Corte Costituzionale n. 79/2022*, in *Rivista di biodiritto*, 1, 2023; M. DOGLIOTTI, [Protezione dei minori, diritto interno, giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo](#), in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 2, 2023; M.C. ERRIGO, *Garantire le relazioni familiari. La decisione della Corte costituzionale n. 79/2022*, in *Osservatorio costituzionale*, 3, 2022; L. LEO, "Omnia vincit amor": *adozione monogenitoriale e interesse del minore (Nota a Corte cost. n. 252 del 2021)*, in *dirittifondamentali.it*, 1, 2022.

3. L'attuazione della tutela costituzionale del minore: il diritto allo sport e all'istruzione.

Rispetto all'attuazione di una tutela costituzionale piena ed efficace del minore, che includa la garanzia del suo progressivo sviluppo e la caratteristica precipua della protezione delle sue relazioni significative, possiamo menzionare due ambiti specifici che vengono in rilievo, quello delle condizioni di partecipazione del minore alle associazioni sportive e quello della promozione del diritto all'istruzione del minore disabile.

La recente riforma delle disposizioni in materia di sport ha inciso profondamente sulla condizione degli atleti minorenni²⁴ adeguando maggiormente la disciplina esistente al dettato costituzionale.

Sono stati, infatti, rimossi i vincoli che legavano anche gli atleti minorenni al proprio club (cd. "vincolo sportivo") impedendone il trasferimento senza il consenso della società. E' stato, poi, stabilito che, a partire dal quattordicesimo anno di età, il minore debba espressamente acconsentire al proprio tesseramento.

Lo sport svolge, come da tempo riconosciuto, un ruolo fondamentale nella realizzazione del benessere e dello sviluppo psicofisico dei giovani ed è espressamente qualificato quale insostituibile strumento di svolgimento della personalità del minore attraverso il riconoscimento del "valore educativo, sociale e di promozione del benessere psicofisico dell'attività sportiva in tutte le sue forme" di cui all'art. 33 Cost., ultimo comma²⁵.

La legge n. 107 del 2015 ha indicato, inoltre, tra gli obiettivi formativi prioritari delle istituzioni scolastiche, il "potenziamento delle discipline motorie", lo "sviluppo di comportamenti ispirati a uno stile di vita sano, con particolare riferimento all'alimentazione, all'educazione fisica e allo sport", l'"attenzione alla tutela del diritto allo studio degli studenti praticanti attività sportiva agonistica"²⁶.

Da ultimo, infatti, anche il d.lgs. 28 febbraio 2021, n. 36, menziona, tra i propri obiettivi, quello di "riconoscere e garantire il diritto alla pratica sportiva dei minori, anche attraverso il potenziamento delle strutture e delle attività scolastiche"²⁷.

²⁴ Cfr. A. LANGELLA, *Capacità del minore e tesseramento sportivo*, in *Diritto dello sport*, 1, 2023; F. RENDE, *Riforma dell'ordinamento sportivo e protezione dell'interesse del minore*, in *Rivista di diritto sportivo*, 1, 2021.

²⁵ La legge costituzionale 26 settembre 2023, n. 1, ha disposto (con l'art. 1, comma 1) la modifica dell'art. 33 Cost. con l'introduzione di un settimo comma finale che sancisce che "La Repubblica riconosce il valore educativo, sociale e di promozione del benessere psicofisico dell'attività sportiva in tutte le sue forme".

²⁶ Cfr. art. 1, comma 7, lett. g, del decreto legislativo n. 36 del 2021.

²⁷ Cfr. art. 3, comma 2, lett. e, del decreto legislativo n. 36 del 2021.

Come auspicato unitariamente a livello generale e nonostante la strenua opposizione dei rappresentanti delle associazioni sportive dilettantistiche, l'art. 31 del d.lgs. n. 36 del 2021, recante "Attuazione dell'articolo 5 della legge 8 agosto 2019, n. 86, recante riordino e riforma delle disposizioni in materia di enti sportivi professionistici e dilettantistici, nonché di lavoro sportivo", ha espressamente disposto l'abolizione del vincolo sportivo entro il 1° luglio 2023²⁸.

Il [decreto legge 22 giugno 2023, n. 75](#), convertito con modificazioni dalla [l. 10 agosto 2023, n. 112](#), ha poi disposto (con l'art. 41, comma 1) che "A decorrere dal 1° luglio 2023, anche al fine di tutelare i vivai giovanili e i relativi investimenti operati dalle associazioni e società sportive dilettantistiche, l'[articolo 31, comma 1, del decreto legislativo 28 febbraio 2021, n. 36](#), non si applica agli atleti che non hanno rapporti di lavoro di natura professionistica, per i quali le federazioni sportive nazionali e le discipline sportive associate possono prevedere un tesseramento soggetto a vincolo per una durata massima di due anni".

Occorre ricordare che l'art. 7, comma 2-*bis*, dello Statuto della FIGC, approvato dalla Giunta Nazionale del C.O.N.I. con la deliberazione n. 404 del 2 dicembre 2020, aveva stabilito che "a decorrere dalla stagione sportiva 2020/2021, la durata massima del vincolo sportivo per il giovane o giovane dilettante non può eccedere una stagione sportiva, rinnovabile, e comunque cessa alla fine della stagione sportiva nella quale lo stesso compie il 16° anno di età; dalla stagione sportiva successiva a quella nella quale il giovane dilettante compie il 16° anno di età e fino alla stagione sportiva nella quale lo stesso, non professionista, compie il 25° anno di età, la durata del vincolo non può eccedere otto stagioni sportive".

La riforma sembra, sostanzialmente, superare l'approccio "paternalistico" che tratta il minore quale oggetto di protezione e non come persona titolare di propri e autonomi diritti da promuovere in maniera adeguata.

²⁸ È utile qui ricordare che l'adolescente, compiuto il quattordicesimo anno di età, poteva essere tesserato come "giovane dilettante" da una squadra militante nella Lega Nazionale Dilettanti ed essere schierato nelle gare dei relativi campionati, percependo anche somme di denaro.

Per tale categoria di tesserati, l'art. 92, comma 2 delle NOIF della FIGC espressamente prevedeva l'obbligo di "partecipare, salvo impedimenti per motivo di studio, di lavoro o di salute alle attività addestrative ed agonistiche predisposte dalle società per il loro perfezionamento tecnico, astenendosi dallo svolgere attività incompatibili anche di natura sportiva".

A partire dal quattordicesimo anno di età, però, l'atleta poteva essere tesserato come "giovane dilettante" e, secondo quanto previsto dalle NOIF, assumeva un vincolo fino al termine della stagione in cui avesse compiuto il venticinquesimo anno di età.

In questo senso, occorre sottolineare che la pratica sportiva all'interno della federazione è chiamata ad assecondare - come prescritto dall'art. 16, comma 1, del d.lgs. n. 36/2021 – le capacità, inclinazioni naturali e *aspirazioni* del minore²⁹. Il riconoscimento del minore come persona non significa, invero, soltanto protezione, ma anche promozione, ossia garanzia caratterizzata da una linea progressiva, in connessione con la capacità di discernimento, di sempre maggiori spazi di autonomia nella scelta delle attività da condurre e degli interessi da coltivare.

Nella prospettiva della gradualità e progressività della tutela approntata dal legislatore, appare, in proposito, emblematica la previsione di un diritto di opposizione, riconosciuto a partire dal dodicesimo anno di età, a fronte di iniziative dei genitori che non rispecchino le inclinazioni dei figli.

Sulla base di questa normativa, l'esplicito riferimento alla necessità che la domanda di tesseramento risponda alle capacità, inclinazioni naturali ed aspirazioni del minore ci farebbe propendere per interpretare questa indicazione come la possibilità del minore di opporsi a proposte sportive non confacenti alla sua natura e alle sue inclinazioni³⁰.

Un secondo ambito che crediamo emerga quale settore di interesse ai fini dell'analisi di una attuazione efficace e costituzionalmente orientata della tutela del minore può essere individuato quale quello pertinente all'istruzione del minore disabile³¹.

L'affermazione del diritto all'istruzione del disabile - consacrato nell'art. 38 Cost. e tutelato anche a livello internazionale dall'art. 24 della Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti delle persone con disabilità - non afferra a una mera previsione programmatica, ma possiede un contenuto concreto e reale, che

²⁹ L'art. 16, ai primi due commi, stabilisce che “1. La richiesta di tesseramento del minore deve essere presentata tenendo conto delle capacità, delle inclinazioni naturali e delle aspirazioni del minore. Essa può essere compiuta disgiuntamente da ciascun genitore nel rispetto della responsabilità genitoriale. Si applicano, in caso di disaccordo o di esercizio difforme dalle decisioni concordate, le disposizioni dell'[articolo 316 del codice civile](#). In caso di separazione, scioglimento, cessazione degli effetti civili, annullamento, nullità del matrimonio e nei procedimenti relativi ai figli nati fuori dal matrimonio, si applicano le disposizioni di cui agli [articoli 337-bis e seguenti del codice civile](#). 2. Il minore che abbia compiuto i 14 anni di età non può essere tesserato se non presta personalmente il proprio assenso”. L'art. 7 del decreto legislativo 5 ottobre 2022, n. 163, “Disposizioni integrative e correttive del decreto legislativo 28 febbraio 2021, n. 36, in attuazione dell'articolo 5 della legge 8 agosto 2019, n. 86, recante riordino e riforma delle disposizioni in materia di enti sportivi professionistici e dilettantistici, nonché di lavoro sportivo”, ha disposto la modifica dell'art. 16 in parola portando l'età del consenso da 12 a 14 anni.

³⁰ La disposizione codicistica di riferimento rimane l'art. 337ter, terzo comma secondo periodo, del codice civile dove si legge “[...] La responsabilità genitoriale è esercitata da entrambi i genitori. Le decisioni di maggiore interesse per i figli relative all'istruzione, all'educazione, alla salute e alla scelta della residenza abituale del minore sono assunte di comune accordo tenendo conto delle capacità, dell'inclinazione naturale e delle aspirazioni dei figli [...]”.

³¹ F. GASPARI, *Diritto all'istruzione del disabile, servizio di trasporto scolastico e limiti della sussidiarietà orizzontale*, in *Diritto e politica dei trasporti*, 2, 2021; C. COLAPIETRO, *I diritti delle persone con disabilità nella giurisprudenza della Corte costituzionale: il “nuovo” diritto alla socializzazione*, in *dirittifondamentali.it*, 2, 2020.

spetta al legislatore riempire predisponendo gli strumenti idonei alla realizzazione e attuazione di tale diritto, la cui natura fondamentale impone alla discrezionalità del legislatore il limite invalicabile del rispetto di un nucleo indefettibile di garanzie per gli interessati, tra le quali rientra il servizio di trasporto scolastico e assistenza, che, per lo studente disabile, costituisce componente essenziale ad assicurare l'effettività del medesimo diritto³².

In attuazione dell'art. 38, terzo comma, Cost., la legge quadro n. 104 del 1992, all'art. 12 comma 2, attribuisce al disabile il diritto soggettivo all'educazione e all'istruzione a partire dalla scuola materna fino all'università.

Viene in rilievo, inoltre, il corpus normativo recato dal decreto legislativo 13 aprile 2017, n. 66, recante appunto un organico insieme di norme per la promozione dell'inclusione scolastica degli studenti con disabilità anche alla luce delle previsioni della Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti delle persone con disabilità³³.

La partecipazione del disabile al processo educativo che si sviluppa nelle relazioni con insegnanti e compagni costituisce un rilevante fattore di socializzazione e può contribuire in modo decisivo a stimolare le potenzialità della persona disabile conferendogli strumenti di affronto dello svantaggio che altrimenti costituirebbe in molti casi un ostacolo insormontabile³⁴.

La possibilità di partecipare alla comunità scolastica rappresenta infatti quel fondamentale determinante di una tutela costituzionale piena che possa fondarsi sulla promozione delle relazioni del minore e sullo sviluppo progressivo della sua personalità che assume un significato ancora più pregnante se riferito ai diritti del minore disabile.

In vista della tutela di questo diritto alle relazioni e alla socializzazione, occorre evidenziare che la giurisprudenza costituzionale è intervenuta affermando che le scelte allocative di risorse determinate attraverso i semplici valori numerici contenuti nelle leggi di bilancio e nei relativi allegati sono suscettibili di sindacato in quanto rientranti nella tabella complessiva dei principi costituzionali³⁵.

Del resto, come già menzionato, la Corte costituzionale ha evidenziato la natura fondamentale del diritto in oggetto che richiede al legislatore l'onere di riempire quella situazione soggettiva di contenuti concreti, attraverso la predisposizione degli strumenti idonei alla sua realizzazione ed attuazione³⁶.

³² Si veda sentenza della Corte costituzionale n. 275 del 2016; cfr. sentenza n. 80 del 2010.

³³ Il decreto è stato modificato sostanzialmente dal decreto legislativo 7 agosto 2019, n. 96, "Disposizioni integrative e correttive al decreto legislativo 13 aprile 2017, n. 66, recante Norme per la promozione dell'inclusione scolastica degli studenti con disabilità, a norma dell'articolo 1, commi 180 e 181, lettera c), della legge 13 luglio 2015, n. 107".

³⁴ Cfr. sentenza della Corte costituzionale n. 80 del 2010 e n. 215 del 1987.

³⁵ Cfr. sentenze della Corte costituzionale n. 10 del 2016 e n. 260 del 1990.

³⁶ Cfr. sentenza della Corte costituzionale n. 215 del 1987.

In linea con la giurisprudenza costituzionale, anche la giurisprudenza amministrativa osserva che “se anche non è configurabile un diritto incondizionato all'assistenza ‘ottimale’ (essendo i diritti sociali a prestazione diritti finanziariamente condizionati), esiste, pur sempre, un nocciolo duro di garanzie atto ad impedire che il diritto allo studio di questi soggetti possa essere semplicemente nominale, sacrificato sull'altare delle disponibilità finanziarie”³⁷. In questa prospettiva, la giurisprudenza amministrativa ha confermato anche recentemente l'inderogabilità delle norme per l'inclusione scolastica introdotte con il decreto legislativo 13 aprile 2017, n. 66, riferibili ad esigenze uniformi su tutto il territorio nazionale, e con cui è stato ridefinito il sistema organizzativo preposto all'integrazione nel sistema di istruzione scolastica di soggetti con disabilità, attraverso l'istituzione dei gruppi di lavoro “multilivello”³⁸.

La stessa giurisprudenza amministrativa ha sottolineato la natura a cascata dei vincoli, di fonte primaria e secondaria, diretti a garantire un diritto fondamentale mettendo in evidenza che “il provvedimento del dirigente scolastico sia un atto del tutto vincolato alle risultanze della documentazione dei competenti organi sanitari e scolastici (P.E.I., P.E.D., verbale del G.L.I.S.) e dunque un atto dovuto. Non può escludersi un margine di apprezzamento da parte del dirigente, per ragioni obiettive che non possono consistere, tuttavia, nella indisponibilità di insegnanti di sostegno e di risorse economiche.

Ragioni obiettive che possono consistere nella manifesta irragionevolezza, erroneità, contraddittorietà della suddetta documentazione, o nella possibilità che a fronte di due o più alunni disabili nella stessa classe, sia concretamente sufficiente un unico insegnante di sostegno per tutti”³⁹.

4. Considerazioni conclusive.

A partire dalle osservazioni sviluppate sul tema della tutela costituzionale del minore è possibile rispondere affermativamente alla domanda che ha dato origine al contributo, ossia il quesito sull'esistenza o meno nel nostro ordinamento di uno statuto costituzionale del minore.

Tale statuto costituzionale è caratterizzato da alcuni elementi che concorrono a delineare la tutela nel minore nel nostro ordinamento costituzionale fra riconoscimento delle vulnerabilità e promozione dei diritti.

³⁷ Cfr. Cons. giust. amm. Sicilia, 21 novembre 2018, n. 788.

³⁸ Cfr. Cons. Stato, sez. VI, 3 maggio 2023, n. 4473.

³⁹ Cfr. Cons. giust. amm. Sicilia, 21 novembre 2018, n. 788. Recente giurisprudenza amministrativa ha affermato che “residua in capo all'Amministrazione comunale un irriducibile margine di apprezzamento discrezionale da esercitarsi con prudente equilibrio a mente del rango fondamentale dei diritti sottesi alle misure di inclusione scolastica: le concrete modalità di conformazione della prestazione risentono, da un lato, del limite complessivo delle risorse disponibili (beninteso, limite operante rispetto all'insieme complessivo delle misure richieste) e, dall'altro, delle specifiche modalità attuative nonché degli standard qualitativi previsti da menzionato Accordo in sede di Conferenza unificata” (Cfr. Consiglio di Stato, n. 7089 del 12 agosto 2024).

Innanzitutto, è stato evidenziato che la tutela del minore, ove non siano necessari interventi specifici di protezione, è caratterizzata da pienezza, ossia i diritti previsti in Costituzione sono riferibili al minore là dove non sia espressamente esclusa la sua titolarità a partire dalla natura delle azioni oggetto del diritto (ad esempio, il diritto di voto).

In questo senso, la capacità di agire non può costituire una bussola di orientamento nell'ambito della tutela costituzionale del minore.

In secondo luogo, la tutela del minore è caratterizzata dalla dinamicità connessa alla strutturale evolutività che caratterizza sostanzialmente il minore quale "essere in formazione".

In questa ottica, il principio di pieno sviluppo della persona costituisce il carattere teleologico fondamentale per individuare gli strumenti di tutela della persona minore di età.

Tale principio di progressivo e graduale sviluppo della persona umana costituisce il parametro finalistico principale per valutare le azioni da mettere in atto quando viene richiesta una tutela specifica del minore.

In terzo luogo, la tutela del minore deve tenere in considerazione la necessità di salvaguardare e promuovere le principali e significative relazioni del minore.

La relazionalità della tutela è emersa costantemente e recentemente nella giurisprudenza costituzionale e richiede una valutazione nel concreto dell'adeguatezza delle relazioni rispetto alla finalità di garantire il pieno sviluppo della personalità del singolo minore nei casi che vengono in rilievo.

Questi caratteri qualificanti un possibile statuto costituzionale del minore sono stati poi passati in rassegna in alcuni ambiti interessanti riguardanti la partecipazione del minore allo sport, in particolare in riferimento alla recente riforma del codice dello sport, e la garanzia del diritto del minore disabile all'istruzione.

Nel primo ambito di analisi è stata evidenziata la pienezza della tutela del minore tesserato che, a seguito della riforma dello sport, assume una serie di prerogative e facoltà che prima del d.lgs. n. 36 del 2021 non possedeva.

Innanzitutto, la rimozione del cd. vincolo sportivo e, quindi, la facoltà di sottoscrivere, compiuti i quattordici anni, su base annuale, il tesseramento con la associazione o società di appartenenza.

In questo senso, assistiamo a una promozione dell'autodeterminazione del minore nei confronti della associazione o società di appartenenza con la quale può negoziare, assistito dai propri genitori, su base annuale le condizioni di appartenenza.

Un secondo aspetto di promozione dell'autodeterminazione del minore concerne il rapporto di questi con i propri genitori.

Dopo la riforma dello sport, si può dire che emerge un diritto di veto del minore nei confronti delle scelte operate dai genitori o dagli esercenti la responsabilità

genitoriale se queste non rispettano e non assecondano le aspirazioni e le inclinazioni del minore stesso.

Nel secondo ambito di interesse per l'attuazione della tutela costituzionale del minore, fra il polo della protezione e quello della promozione dei suoi diritti, emerge senza dubbio la tutela del diritto all'istruzione del minore disabile.

Si tratta di una attuazione interessante del dettato costituzionale poiché, oltre alla pedissequa applicazione dell'art. 38, comma 3, Cost., rintracciamo alcuni aspetti ulteriori che la riconducono allo statuto costituzionale del minore, così come delineato in questo contributo.

L'inclusione del disabile minorenni in tutti gli ambiti di vita sociale e familiare cui può accedere costituisce lo strumento fondamentale di contribuzione alla sua crescita e al suo sviluppo progressivo.

In particolare, l'ambiente scolastico gioca un ruolo fondamentale poiché la partecipazione alla comunità scolastica consente al minore disabile lo sviluppo di quelle relazioni, con insegnanti e compagni, che costituiscono un fattore fondamentale per la sua evoluzione.

In questo ambito la pienezza della tutela viene rimarcata dal fatto che la fruizione di servizi strumentali rispetto alla garanzia del diritto all'istruzione, quali quello di assistenza e trasporto dello studente disabile, non può dipendere, nelle parole della Corte costituzionale, "da scelte finanziarie che la Regione può compiere con semplici operazioni numeriche, senza alcun onere di motivazione in ordine alla scala di valori che con le risorse del bilancio si intende sorreggere".

Questo 'diritto alle relazioni', che nel caso del diritto all'istruzione del minore disabile, pare catalizzare intorno a sé tutte le altre possibilità di tutela, è stato riconosciuto da tempo dalla Corte costituzionale e la socializzazione/inclusione scolastica costituisce il nucleo essenziale di un diritto che, in quanto tale, deve essere garantito da tutte le istituzioni operanti sul territorio nazionale.

Sia nei rapporti fra livelli di governo (centrale e locale) che fra fonti normative di diverso grado (di tipo primario e secondario), questo diritto opera una funzione di razionalizzazione assumendo una centralità inedita e intervenendo nel coordinamento fra attività differenti, collegate al trasporto del minore disabile, alla sua assistenza scolastica sino all'istruzione vera e propria, che devono essere finalizzate alla superiore garanzia di questa opportunità insostituibile e innegabile di sviluppo pieno e progressivo di relazioni all'interno della comunità scolastica.

Informed Consent Form and the Right to Information in Legal Relationships Between Doctor and Patient.

di Rosa Garcia Silvano*

Abstract IT: Questo studio si propone di indagare, utilizzando il metodo della ricerca bibliografica e l'analisi dottrinale e giurisprudenziale, come il Modulo di Consenso Informato possa essere considerato un'espressione del diritto all'informazione garantito ai consumatori nella relazione giuridica tra medico e paziente. A tal fine, verrà inizialmente dimostrata la rilevanza del diritto all'informazione nell'ambito del Codice di Protezione del Consumatore brasiliano, per poi caratterizzare la relazione medico-paziente come soggetta alle norme del Codice di Protezione del Consumatore, correlando la garanzia dell'informazione sancita dalla legge con la necessità che i pazienti siano informati sui loro trattamenti o procedure. Infine, verrà analizzata l'ipotesi proposta riguardante il Modulo di Consenso Informato.

Abstract EN: This study aims to investigate, using the bibliographic research method and doctrinal and jurisprudential analysis, how the Informed Consent Form can be considered an expression of the right to information guaranteed to consumers in the legal relationship between doctor and patient. To this end, it will initially demonstrate the relevance of the right to information within the scope of the Brazilian Consumer Protection Code, and then characterize the doctor-patient relationship as one subject to the norms of the Consumer Protection Code, correlating the guarantee of information enshrined by the law with the need for patients to be informed about their treatments or procedures. Finally, the proposed hypothesis concerning the Informed Consent Form will be analyzed.

* Master's student in Socio-environmental Law and Sustainability in the Postgraduate Program in Law (PPGD) at the Pontifical Catholic University of Paraná (PUCPR).

Sommario: 1. Introduction. – 2. The Right to Information in the Consumer Protection Code. – 3. The Doctor-Patient Relationship as a Consumer Relationship. – 4. The Patient's Right to Information. – 5. The Informed Consent Form as an Expression of the Right to Information. – 6. Final Considerations.

1. Introduction.

The doctor-patient relationship has been evolving for centuries. Since antiquity, medicine was initially practiced in connection with religious cults, and it is now highly developed technologically and entirely tied to the field of science. Over the course of this relationship's evolution, the doctor has ceased to be seen as an authority wielding the power to save lives and has come to be recognized as a supplier in a consumer relationship.

The right to information, in turn, is one of the fundamental pillars of consumer relationships, ensuring consumers access to clear, precise, and adequate information about products and services. In the context of the doctor-patient relationship, the issue of information takes on even greater relevance, as it concerns health, self-determination, and the well-being of individuals. This leads to the discussion about whether the Informed Consent Form can be considered an expression of the right to information in consumer relationships between doctor and patient.

This article aims to analyze, in doctrine and jurisprudence, the relationship between doctors and patients, to establish it as a consumer relationship and, based on this conclusion, investigate whether the Informed Consent Form can be considered an expression of the right to information guaranteed by Article 6(III) of the Brazilian Consumer Protection Code.

The topic is important and timely as it seeks to harmonize the legal and ethical norms that, based on the right to information, must regulate the legal relationships between medical professionals and their patients.

2. The Right to Information in the Consumer Protection Code.

The Brazilian Consumer Protection Code provides in its Article 6(III) that the right to clear and adequate information is one of the basic rights of consumers. In addition to the provisions in the Consumer Protection Code, the right to information is also enshrined in the Brazilian Constitution, being explicitly listed among the fundamental rights in Article 5(XIV), which states that "*access to*

*information is assured to all, and confidentiality of the source is protected when necessary for professional practice*¹.

In the Brazilian legal framework - and, by extension, in consumer relations - information has a dual aspect: the consumer's right to be informed and the supplier's duty to provide information. Minister Humberto Martins explains this duality as follows: *"When consumers receive information about a product or service, they will decide whether or not to purchase it. If the information is complete, clear, and efficient, the consumer will make an informed choice, but if the information is partial, ambiguous, or false, the consumer's right to make an informed choice is violated. Since the consumer has the right to information, the supplier, in turn, has the duty to inform, which is essential for operating in the market and respecting the consumer's basic right to be informed"*²³.

Thus, information emerges as a key factor in consumer choices, and it must be provided clearly even at the pre-contractual stage. The importance of respecting this right, and of fulfilling the corresponding duty, lies in the presumption of consumer vulnerability. Therefore, suppliers, who hold all the knowledge about their product or service, must present it fully to potential consumers.

There is an intrinsic connection between the right to information and good faith in contractual relations, as well as with the duty of loyalty, as demonstrated by Minister Nancy Andrichi: *"Beyond being a basic right of consumers, proper information disclosure is also a reflection of the loyalty inherent to good faith and is the foundation from which it is possible to determine the alignment between the offered service and what is actually provided"*⁴.

Judith Martins Costa teaches that the duty to inform is embedded within the duty of loyalty and is often confused with veracity. However, it goes beyond mere truthfulness, as it means *"contributing positively to the interests of others, and, in the case of society, to the common interest"*⁵.

Paulo Luiz Netto Lôbo clarifies that the duty to inform in consumer relations must meet three criteria: adequacy, sufficiency, and veracity: *"Adequacy pertains to the methods and content of the information. The means of communication must be compatible with the product or service in question and with the typical consumer. The signs used (images, words, sounds) must be clear and precise to encourage understanding. (...) Sufficiency relates to the completeness and thoroughness of the information. Prior to the advent of consumer law, it was common for information to be omitted, incomplete, or intentionally misleading, especially concerning unfavorable data about a product or service. For example, the lack of information about the expiration date of a food product creates the false impression that it can still be*

¹ Brasil, *Constituição da República Federativa do Brasil*, Brasília, 1988.

² H. MARTINS, *O Dever de Informar e o Direito à Informação*, 2020, available at the following link <https://www.conjur.com.br/2020-fev-19/dever-informar-direito-informacao-parte>.

³ All quotations from Brazilian authorities in this article have been translated from Portuguese to English by the author, who assumes full responsibility for the translated content.

⁴ Brasil, Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial 988595 SP 2007/0217038-3, Relatora: Ministra Nancy Andrichi, Julgamento: 19/11/2009, Publicação: DJe 09/12/2010.

⁵ J. M. COSTA, *A Boa-Fé no Direito Privado: Critérios para a sua Aplicação*, São Paulo, 2018, 594.

*consumed, whereas sufficient information would allow the consumer to choose the most recently manufactured product. A widely reported example is the tobacco industry's concealment of information regarding the health risks of smoking. (...). Veracity is the third major requirement of the duty to inform. Information is considered truthful when it accurately reflects the characteristics of the product or service, including correct details about composition, content, price, warranties, and risks. Partially truthful or false advertising is considered deceptive, and consumer law pays special attention to its consequences*⁶.

Thus, adequacy relates to the manner in which the information is conveyed and must align with the product or service offered. Sufficiency, on the other hand, pertains to the quantity and quality of the information, which cannot be withheld from the consumer. Lastly, veracity, as expected, concerns the degree of fidelity between the information provided to the consumer and reality.

By combining the three requirements presented by Netto Lôbo with Judith Martins Costa's teaching that information goes beyond mere veracity, it is evident that the right to information is extremely broad and of great importance to the consumer.

In this light, the Consumer Protection Code emphasizes the importance of enforcing this basic right, not only in Article 6(III) but also in Articles 4(IV), 8, 9, 12, 14, 18, 19, 20, 30, 31, 36, 37, 39(VII), 43, 46, 52, 54(§3), 72, and 73.

Information, therefore, can be affirmed as one of the foundational elements of Consumer Law and, not by chance, it is listed as one of the principles of the Brazilian National Policy on Consumer Relations⁷. Following this idea, Minister Herman Benjamin states: “One of the basic rights of consumers—perhaps the most fundamental of all, hence its express provision in Article 5(XIV) of the 1988 Constitution—is the right to adequate and clear information about different products and services, with correct specification of quantity, characteristics, composition, quality, and price (Article 6(III) of the CDC). It is, without exaggeration, one of the cornerstones of the microsystem and modern society, which also includes protection against misleading and abusive advertising” (CDC, Articles 6(IV) and 37)⁸.

The importance of the right to information is such that its violation - either by providing insufficient or inadequate information - leads to liability without the need to prove fault on the part of all involved in the supply chain⁹. Similarly,

⁶ P. L. N. LÔBO, *A Informação como Direito Fundamental do Consumidor*, in C. L. MARQUES, B. MIRAGEM (ed.), *Direito do Consumidor, proteção da confiança e práticas comerciais*, São Paulo, 2011.

⁷ Article 4, IV of the Consumer Protection Code.

⁸ Brasil Superior Tribunal de Justiça. AgRg no AgRg no REsp 1.261.824/SP. Relator Ministro Herman Benjamin. Data de Julgamento: 14.02.2012, Segunda Turma. Data de Publicação: DJe 09.05.2013.

⁹ “Article 12: The manufacturer, producer, builder, whether domestic or foreign, and the importer are liable, regardless of fault, for compensating damages caused to consumers by defects resulting from design, manufacture, construction, assembly, formulas, handling, presentation, or packaging of their products, as well as for insufficient

information that fails to meet the criterion of truthfulness is classified as misleading advertising under Article 37 (§§1 and 2) of the CDC.

With the relevance of the right/duty of information in consumer relations established, we now move to the characterization of the doctor-patient relationship as a consumer relationship, and subsequently examine how the right to information is handled in this context.

3. The Doctor-Patient Relationship as a Consumer Relationship.

For centuries, the role of the doctor was shrouded in religious and mystical aura, with health and death attributed to divine will.¹⁰ In this context, there was no concept of medical responsibility, much less a consumer relationship between the doctor and the patient, as the doctor was not even considered a professional but rather a divine agent involved in a religious practice. It was Hippocrates who changed this scenario. Known to this day as the "Father of Medicine" the Greek philosopher and physician abandoned the traditions that viewed medicine as a religious technique and brought the profession closer to biological and natural sciences¹¹. The updated Hippocratic Oath¹² is still recited by all doctors at their graduations.

More recently, in the early 20th century, the doctor became a paternalistic figure, and it was common to have a family doctor, who was called upon in all moments of need. With this perception of the medical professional, a stereotype was created—which can still be observed today—that the doctor is a hero, an authority figure with the power to save lives and, therefore, a specialist who “generated the reciprocal respect, recognition, and reverence from society”¹³. At that time, the doctor-patient relationship was based on trust.

Today, however, this bond has changed. The doctor is no longer the trusted family confidant but rather a service provider, as explained by Maria de Fátima Freire de Sá and Bruno Torquato de Oliveira Naves: “While we may come into contact with doctors who offer us their friendship, affection, and consideration, the fantastic scientific development, the emergence of large hospitals and health centers, and the increasing need to be tied to a health plan have distanced the medical professional from their patient. (...) The current perspective is of a consumerist society, increasingly aware of its rights and more demanding regarding results. The growing specialization of doctors, although necessary, has logically distanced them from the patient. The doctor is no longer the family’s trusted

or inadequate information about their use and risks.” And “Article 14: The service provider is liable, regardless of fault, for compensating damages caused to consumers by defects related to the provision of services, as well as for insufficient or inadequate information about their use and risks.”

¹⁰ R. R. AGUIAR JÚNIOR, *Responsabilidade Civil do Médico*, in S. F. Teixeira (coord.), *Direito & Medicina*, Belo Horizonte, 2000, 135.

¹¹ G. BERGSTEIN, *A Informação na Relação Médico-Paciente*, São Paulo, 2013.

¹² CRM-PR, *Juramento de Hipócrates*, available at the following link <https://www.crmpr.org.br/Juramento-de-Hipocrates-1-53.shtml>.

¹³ T. V. BOMTEMPO, *A Informação: Direito Fundamental do Consumidor na Relação Médico-Paciente*, in *Revista Síntese: Direito Civil e Processual Civil*, 12, 83, 2013, 9-33.

professional but a “specialist” recommended by someone or coincidentally found during a hospital visit, or the one covered by the patient’s health plan”¹⁴.

This conception, however, has sparked intense doctrinal debate and still faces some resistance. In the Brazilian context, the Consumer Protection Code defines a supplier as: “*Art. 3: A supplier is any natural or legal person, public or private, domestic or foreign, as well as unincorporated entities, engaged in the activity of producing, assembling, creating, constructing, transforming, importing, exporting, distributing, or commercializing products or providing services*”¹⁵.

The consumer, in turn, is defined as “any natural or legal person who acquires or uses a product or service as the final recipient.”¹⁶ Thus, it is evident that the doctor, as a service provider in the field of health, fits within the definition of a supplier, and the patient, as the one who uses the service as the final recipient, qualifies as a consumer. With the supplier (doctor), the consumer (patient), and the service (healthcare) in place, it is logical to classify this relationship as a consumer relationship.

The Consumer Protection Code even explicitly mentions liberal professionals, such as doctors and other health professionals, stating in Article 14(§4) that their personal liability will be assessed based on fault.

Conversely, the Medical Ethics Code, in its Chapter I, Article XX, states that “*the personal nature of the physician’s professional performance does not characterize a consumer relationship*”¹⁷.

However, the Federal Council of Medicine, being a federal autarchy, does not have the power to legislate. Therefore, despite the provision in the Medical Ethics Code, Brazilian doctrine and jurisprudence have affirmed that the doctor-patient relationship does constitute a consumer relationship.

As early as 2004, Claudia Lima Marques asserted: “*Today, there is no longer any doubt in our country about the application of the Consumer Protection Code to the services provided by doctors, hospitals, and private clinics, whether in individual or group medicine through health insurance or health plans*”¹⁸.

This remains the position of the doctrinal expert, who in a recent publication¹⁹ questioned whether the consumer’s primary concern in doctor-patient relationships would be (i) a duty of service: performing the treatment; (ii) an ancillary duty: informing the risks of the treatment and allowing the patient to

¹⁴ M. F. F. de Sá, B. T. de O. Naves, *Manual de Biodireito*, 3 ed., Belo Horizonte, 2015, 79-80.

¹⁵ Brasil, Lei n° 8.078, de 11 de setembro de 1990, *Código de Defesa do Consumidor*.

¹⁶ Article 2, *caput*.

¹⁷ Conselho Federal de Medicina, *Recomendação CFM n° 1*, de 21 de janeiro de 2016, Brasília.

¹⁸ C. L. Marques, *A Responsabilidade dos Médicos e do Hospital por Falha no Dever de Informar ao Consumidor*, in *Revista dos Tribunais*, 827, 2004, 11-48.

¹⁹ C. L. Marques, *Direito do Consumidor - 30 anos de CDC*, São Paulo, 2020, 27.

make their choice; (iii) a collateral duty: properly performing the treatment using the most appropriate techniques; or (iv) a combination of all these duties.

The courts have also adopted the stance that the doctor-patient relationship constitutes a consumer relationship and must be governed by the Consumer Protection Code. The Superior Court of Justice has based its decisions on this principle, as illustrated by the following case:

Civil procedural law. Internal appeal in a special appeal. Civil liability. Medical error. Impossibility of third-party claims. Art. 88 of the CDC. STJ summa n. 83. Non-occurrence of arts. 489 and 1.022 of the 2015 c.p.c. decision upheld.

1. According to the Superior Court of Justice's jurisprudence, the Consumer Protection Code applies to medical services, including the impossibility of third-party claims, as provided in Article 88 of the CDC. The STJ Summa n. 83 applies²⁰.

Thus, despite opposing opinions²¹, the doctor-patient relationship should indeed be considered a consumer relationship and, consequently, treated according to the guidelines of the Consumer Protection Code. This approach is even recommended in consumer law²² and medical law manuals²³.

Once the doctor-patient relationship is characterized as a consumer legal relationship, we proceed to analyze the right to information in these relationships.

4. The Patient's Right to Information.

As demonstrated in the previous chapter, the doctor-patient relationship evolved from a paternalistic model to a service provision relationship. One of the factors that motivated this evolution was the growing movement toward humanizing medicine, which no longer treats patients merely as recipients of care but as consumers of medical services. In this regard, Roxana Borges notes: *'In the medical field, efforts have been made to humanize medicine further. One reflection of this effort is the consideration of the patient as a client. The change in terminology is significant. By treating the sick person as a client rather than a patient, they are elevated to the status of a subject, no longer merely someone who passively waits, as the term 'patient' suggests. (...) The client—no longer the patient—decides whether they want the treatment offered by the doctor, and throughout the course of the treatment, they can also decide whether to continue with it'*²⁴.

²⁰ Brasil Superior Tribunal de Justiça. AgInt no AREsp 1630070 SP 2019/0357882-3. Relator: Ministro Antonio Carlos Ferreira. Data de Julgamento: 07/06/2021, Quarta Turma. Data de Publicação: DJe 14/06/2021.

²¹ Notably, prominent names in Medical Law, such as Miguel Kfoury, argue against the applicability of the Consumer Protection Code (CDC) in doctor-patient relationships.

²² J. G. B. FILOMENO, *Direitos do Consumidor*, 15 ed., São Paulo, 2018, 19.

²³ A. V. A. P. SOUZA, *Direito Médico*, São Paulo, 2022, 38.

²⁴ R. C. B. BORGES, *Direito de Morrer Dignamente: Eutanásia, Ortotanásia, Consentimento Informado, Testamento Vital, Análise Constitucional e Penal e Direito Comparado*, in M. C. C. L. SANTOS (ed.), *Biodireito: ciência da vida, os novos desafios*, São Paulo, 2001.

Another important factor in this evolution is the advent of the internet and, in particular, search engines. Access to information has empowered patients, who are no longer passive subjects in their treatment and now have the theoretical knowledge to question their doctors, as Gilberto Bergstein explains: *"In recent decades, from a sociological perspective, a paradigm shift in the doctor-patient relationship has occurred. This is mainly due to the increase in the dissemination of technical information (especially medical information), particularly through the internet. Until a few decades ago, the prevailing model was paternalistic, where the doctor was considered virtually omnipotent—"the holder of truth," a "quasi-deity."* This model evolved into a relationship in which the patient questions the doctor's actions, demanding explanations about the illness, the treatment alternatives to be adopted, and the consequences that may arise²⁵. It is not just the patients who are seeking information; doctors are also being encouraged to share information with their clients about diagnoses, the treatments being applied, and the potential consequences. This behavior is a result of the humanization of medicine and is undoubtedly linked to treating patients with dignity. Still, it also arises as a means for healthcare professionals to avoid legal liability in the face of the increasing trend of healthcare litigation²⁶. Therefore, information becomes a guiding principle in doctor-patient relationships, as evidenced in Brazil by the Medical Ethics Code, which explicitly mentions the duty to inform on two occasions. The first mention is in Title II, which deals with professional responsibility, where Article 13 prohibits doctors from *"failing to clarify the patient about the social, environmental, or professional determinants of their illness"*²⁷.

This article reflects the Federal Council of Medicine's concern that doctors inform their patients of circumstances beyond the diagnosis that may affect their health. Regarding the diagnosis itself, Article 34 states that it is prohibited for doctors to *"fail to inform the patient of the diagnosis, prognosis, risks, and objectives of the treatment, except when direct communication may cause harm, in which case the communication must be made to the patient's legal representative."*²⁸.

It is important to emphasize that there is an exception to the obligation to inform the patient. It does not mean denying the right to information but rather passing it on to a third party—the legal representative—when it is determined that communication may harm the patient. It should be noted that this is the only instance accepted by the Medical Ethics Code in which doctors may refrain

²⁵ G. BERGSTEIN, *A Informação na Relação Médico-Paciente*, São Paulo, 2013, 109.

²⁶ For more information on the high number of claims against doctors in Brazil, see: M. KFOURINE NETO, *A Responsabilidade Civil do Médico*, in *Revista dos Tribunais*, 654, 1990, 57-76.

²⁷ Conselho Federal de Medicina, Resolução CFM nº 2.217, de 27 de setembro de 2018, Brasília.

²⁸ *ibid.*

from informing their patients about the diagnosis. Therefore, what some doctors call a "benevolent lie" is unacceptable.

Thus, it is clear that the medical community recognizes the existence of the patient's right to information. This right is legally protected by Article 6, III of the Consumer Protection Code and by the Constitution, as explained in the second chapter of this article.

However, it is not enough to simply inform. The information must be provided by the doctor in a clear and comprehensive manner, enabling the patient to fully understand the situation and providing them with sufficient resources to make informed decisions about their treatment.²⁹ In this regard, it is relevant to mention Helio Antonio Magno's example concerning the distinction between information and clarification: *"If the doctor tells the patient: 'You need to undergo a CT scan with contrast. Do you agree?'" The patient will likely automatically say yes. This is because they were merely informed about the test. However, if the doctor 'explains' to the patient what a CT scan is, what contrast is, and the adverse effects it may cause, the patient will likely want to discuss the possibility of alternative tests or even not undergo any tests. This is the major difference between 'informing' and 'clarifying'*³⁰.

It is therefore the doctor's responsibility not only to describe the treatment or procedure to the patient but to explain its operation, the pros and cons of its execution, and any potential complications, considering the patient's clinical condition. Only in this way can the patient be said to be fully aware of their situation and able to make an informed decision about undergoing a treatment or procedure.

Only when clarification is provided will the patient's right to information be fulfilled, as Sérgio Cavalieri Filho explains: *"The content of the doctor's duty to inform, according to unanimous doctrine, includes all necessary and sufficient information to fully explain the patient's relevant aspects for deciding whether to undergo the procedure, such as risks, treatment outcomes, success rates, side effects, and other important factors"*³¹.

It is in light of this context that the concept of informed consent is established in the doctor-patient relationship.³² This consent results from the process of qualified and therefore clarified information from the doctor, allowing the patient to consent to the treatment or procedure.

This consent from the patient is rooted in their self-determination, which can only be actualized in a context of knowledge, as Maria Helena Diniz explains: *"An expression of the patient's autonomy principle is informed consent, a voluntary decision-making act based on clear, simple, precise, honest, and intelligible medical information about the diagnosis (with clarification about the illness and its progression), prognosis, side effects of*

²⁹ L. DADALTO, *Testamento Vital*, 6 ed., São Paulo, 2022, 2.

³⁰ H. A. MAGNO, *A Responsabilidade Civil do Médico diante da Autonomia do Paciente*, in A. M. G. e Silva (coord.), *Biodireito e bioética: uma introdução crítica*, Rio de Janeiro, 2005, 327.

³¹ S. C. FILHO, *Programa de Responsabilidade Civil*, São Paulo, 2023.

³² It is important to highlight that the term "informed consent" is not exclusive to doctor-patient relationships, as it is also adopted in other fields.

*treatment, the most appropriate therapy, specifying its goals, duration, consequences, and benefits, the doctor's plan for post-treatment care, any necessary special care, expected discharge date, consequences of refusing treatment, surgery to be performed, potential risks, alternatives to medical practices, and the expected advantages or disadvantages of an action (...)*³³.

Claudia Lima Marques shares this view, emphasizing the close connection between informed consent and the consumer's right to information: *"In other words, without clear and sufficient information, proper clarification, and warnings about the risks of future medical interventions, there is no free and rational consent from the consumer in Brazil. There is a violation of their autonomy, a breach of good faith, and noncompliance with a basic duty of doctors and a fundamental right of consumers: access to information!"*³⁴.

However, in Brazil, there is a noticeable trend among medical clinics and hospitals to reduce the process of clarification through information to a written document called the Informed Consent Form (ICF). The next chapter will examine this document and its validity as an expression of the right to information.

5. The Informed Consent Form as an Expression of the Right to Information.

In recent years, it has become common practice in Brazil to require patients to sign an informed consent form before undergoing exams and surgical procedures. These documents typically specify the purpose of the intervention and its potential consequences. The idea is that the ICF³⁵ serves as documentary proof that the doctor's duty to inform has been fulfilled.

In 2016, the Federal Council of Medicine issued Recommendation 1/2016, which provides guidelines for obtaining informed consent. The directive emphasizes that, although it may be materialized in a written document, informed consent is not an agreement but rather a process of dialogue between the doctor and the patient³⁶. The recommendation advises doctors to set aside time to answer the patient's questions: *"Informed consent should only be given by the patient when they are convinced that the necessary clarifications have been provided regarding the procedure, its risks, benefits, and consequences. In addition to understanding the information, the patient must accept it as truthful and not manipulated. To achieve this, time must be set aside for the patient to ask questions and accept the information. For example, particularly in cases of negative prognoses, the patient may initially experience a denial phase*

³³ M. H. DINIZ, *O Estado Atual do Biodireito*, São Paulo, 2017.

³⁴ C. L. MARQUES, *A Responsabilidade dos Médicos e do Hospital por Falha no Dever de Informar ao Consumidor*, in *Revista dos Tribunais*, 827, 2004, 11-48.

³⁵ The acronym that legal doctrine and the medical community have been using to refer to the Informed Consent Form.

³⁶ Conselho Federal de Medicina, *Recomendação CFM nº 1*, de 21 de janeiro de 2016, Brasília.

*after learning about their situation, making it necessary, whenever possible, to allow time for adaptation*³⁷.

This recommendation aligns with the perspective of bioethics, as explained by Gustavo Borges and Roberta Weirich Mottin: *“According to bioethics, informed consent is a process, not merely the signing of a form. This process results from the trust established between the doctor and the patient, and it may or may not be accompanied by a document called an “informed consent form.” A well-documented medical record that includes the patient’s entire history and details of the procedures performed will also serve as evidence in a potential legal defense*³⁸.

The recommendation continues, explaining that written consent is not always necessary, but if written, the patient should read the document outside the doctor’s office, discuss it with their family, and only then sign and return it to the doctor. The written informed consent, recommended by the directive and referred to as the ICF, must be written in Portuguese and must include the following:

- “a) Justification, objectives, and a succinct, clear, and objective description of the procedure in accessible language for the patient;*
- b) Duration and description of potential discomforts during the procedure;*
- c) Expected benefits, risks, alternative methods, and consequences of not performing the procedure;*
- d) Post-procedure care the patient should take;*
- e) Declaration by the patient that they have been properly informed and clarified about the procedure, with their signature;*
- f) Declaration that the patient is free to refuse the procedure without penalty or prejudice to their care;*
- g) Declaration by the doctor that they have clearly explained the entire procedure;*
- h) Full names of the patient and doctor, as well as the contact information of any relevant team members, so that they can be easily reached by the patient;*
- i) Signature or fingerprint identification of the patient or their legal representative, and the doctor’s signature;*
- j) Two copies, one for the patient and one to be kept in the medical records*³⁹.

It is important to note again that the Federal Council of Medicine does not have legislative power, and this document is only a recommendation, not an administrative requirement.

Despite the Council’s 2016 initiative, experience shows that in many cases, patients are not fully informed, and a generic document is handed to them instead. Regarding such generic forms, Antônio Carlos Efigênia emphasizes: *“(…) it is necessary for information not to be a mere legal formality but to genuinely clarify the*

³⁷ *ibid.*

³⁸ G. BORGES, R. W. MOTTIN, *Responsabilidade Civil por Ausência de Consentimento Informado no Atendimento Médico: Panorama Jurisprudencial do STJ*, in *Revista dos Tribunais*, 64, 2015, 119-143.

³⁹ Conselho Federal de Medicina, *Recomendação CFM nº 1*, de 21 de janeiro de 2016, Brasília.

*consumer's doubts, thus preventing contractual frustration and meeting their legitimate expectations*⁴⁰.

These generic forms, which are mere legal formalities, are referred to in doctrine as “blanket consent,”⁴¹ and a recent ruling by the Superior Court of Justice (STJ) held that these are not valid as informed consent:

Special Appel. Action for moral madame. Surgical procedure performer to trat obstructive sleep apnea syndorm (Osas). Patient's death. Failure to provide jurisdictional assistance. Non-occurence failure to inform about the surgery's risk. Only a generic consent (blande consent) was prodived, which is insufficient to guarantee the fundamental right of the patient's self-determination. The court upholds the reinstatement of damages award. Partial appeal grated⁴².

In this STJ case, the family of a patient who died during elective surgery sought compensation for moral damages from the surgeon and anesthesiologist, alleging that the doctors had failed to inform the patient about the risks of the surgery. It was proven in court that the doctors never informed the patient that his physical condition (obesity and a base-of-tongue hypertrophy) could cause serious complications during the surgery, which ultimately led to his death.

In his decision, the presiding Minister Marco Aurélio Bellizze stated that patients have the right to know the risks of the procedures they will undergo, as guaranteed by Articles 6(III) and 14 of the Consumer Protection Code, Article 15 of the Civil Code, and Article 22 of the Medical Ethics Code. The Minister concluded that a simple generic consent (blanket consent), agreeing to the surgery and its potential risks, does not constitute clear and precise information, thus violating the mentioned legal provisions and warranting compensation.

It is clear, therefore, that a signed form alone is not enough; there must also be an explanation from the doctor about the treatment or procedure. It is not suggested here that all TCLE forms are invalid or without legal effect. In many cases—and this is what should be expected—the signing of the form occurs only as a formalization of an explanation process, and in such cases, the document is fully valid.

The Superior Court of Justice has even provided guidance for doctors to obtain written informed consent from patients: “*A doctor who obtains the patient's signature*

⁴⁰ A. C. EFING, *Fundamentos do Direito das Relações de Consumo*, 5 ed., Curitiba, 2022, 140.

⁴¹ North American doctrine has coined the use of the term for a broad and general consent, where the individual agrees to a wide range of activities or uses of their personal information without specifying each purpose individually.

⁴² Brasil Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 1848862 RN 2018/0268921-9. Relator Ministro Marco Aurélio Bellizze. Data de Julgamento: 05/04/2022 - Terceira Turma. Data de Publicação: DJe 08/04/2022.

*on an informed consent form, thereby alerting them to potential post-operative issues, acts cautiously and in accordance with the principles of good faith*⁴³.

Thus, it is demonstrated that the Informed Consent Form can indeed serve as an expression of the consumer-patient's basic right to information, provided that the requirements for informed consent have been met. In such cases, the TCLE will only be valid as a guarantee of information if it reflects a process of dialogue between the doctor and the patient regarding the risks of the treatment or procedure.

6. Final Considerations.

This study sought to demonstrate the possibility that the Informed Consent Form can be considered an expression of the right to information enshrined in Article 6(III) of the Brazilian Consumer Protection Code in the context of doctor-patient relationships.

To this end, we initially defined the concept of the right to information within Consumer Law, which was presented as a foundational guarantee of consumer relations, without which the consumer would not be able to make informed choices about products or services. As demonstrated, information must be provided clearly to the consumer from the pre-contractual stage, and just as it is a right of consumers, it is a duty of suppliers.

We then demonstrated that, despite doctrinal disagreements, the doctor-patient relationship constitutes a consumer relationship and must be governed by the Consumer Protection Code. At this point, we also presented the evolution of the doctor-patient scenario, which has shifted from a paternalistic relationship to a service provision model.

Considering the doctor-patient relationship as a service provision and categorizing it as a consumer relationship, we emphasized the importance of the duty of information between doctors and patients. We asserted that in such relationships, merely providing information is not enough; there must be sufficient clarification so that the patient can understand their situation and freely make a decision regarding the treatment or procedure to be undertaken.

Finally, we analyzed the validity of the Informed Consent Forms as expressions of the consumer-patient's right to information. We found that the document can be considered a valid expression of the right to information, provided it does not constitute a case of blanket consent, and the process of obtaining consent involves clear and detailed dialogue between the doctor and the patient regarding the risks of the treatment or procedure.

By following the appropriate legal guidelines for the use of the TCLE, medical professionals (especially doctors) and patients who are consumers of their

⁴³ Brasil Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 1.180.815/MG. Relatora Ministra Nancy Andrighi. Data de Julgamento: 19/08/2010 - Terceira Turma. Data de Publicação: DJe 26/8/2010.

services will likely reduce conflict and litigation, making it essential to adjust professional practices to comply with legal norms on this matter.

Medical and hospital liability insurance: present and future challenges from the perspective of comparative law - Brazilian and US legal systems.

di Carolina Martins Uscocovich e Miguel Kfourì Neto *

Abstract IT: Gli operatori sanitari e le istituzioni ospedaliere svolgono attività a rischio, sia morale che materiale, che possono essere perseguite in caso di errori nell'assistenza e conseguenti danni. Per tale motivo, le compagnie assicurative offrono assicurazioni di responsabilità civile, al fine di proteggere il professionista e l'ospedale, mirando a soddisfare qualsiasi condanna senza alcuna perdita per l'attività. Questo contratto genera diversi dibattiti, che attraversano i concetti fondamentali del diritto delle assicurazioni e della responsabilità civile, che si riflette nel rapporto procedurale, nelle relazioni con i consumatori e anche in campo amministrativo. Al fine di comprendere meglio l'istituto e approfondire la ricerca, è stato effettuato uno studio comparativo tra i sistemi brasiliano e americano, dove questa modalità di assicurazione ha maggiore deferenza. Per questo, analisi dottrinale brasiliana e straniera sono stati applicati, oltre all'analisi della giurisprudenza a livello nazionale.

Abstract EN: Health professionals and hospital institutions carry out risk activities, both morally and materially speaking, which can be prosecuted in case of errors in care and consequent damage. For such reason, insurance companies offer Liability Insurances, in order to protect the professional and the hospital, aiming at complying with any convictions without any loss to the activity. This contract spawns several debates, which run through the basic concepts of insurance law and civil liability, which reflects in the procedural relationship, in consumer relations and even in the administrative field. In order to better comprehend the institute and deepen the research, a comparative study was carried out between the Brazilian and the American systems, where this modality

* Master's student in Law at UFPR e Post-Doctorate in Civil Legal Sciences at the Faculty of Law of the University of Lisbon.

of insurance has greater deference. For this, Brazilian and foreign doctrinal analysis were applied, in addition to analysis of jurisprudence at national level.

Sommario: 1. Introduction. – 2. Methodological aspects. – 3. The civil liability insurance contract in the Brazilian legal system. – 3.1. Essential concepts. – 3.2 Differences between the civil liability of doctors and hospitals. – 3.3. The unified health system (SUS) as a factor to be considered. – 4. A look at tort law and the US insurance landscape. – 5. Comparative points. Concluding remarks.

1. Introduction.

Both medical professionals and hospitals inspire trust and confidence, as they are responsible for healing. However, the growing number of civil liability claims against health professionals and hospitals, not only in Brazil but around the world¹, has drawn the attention of the population, the medical community, the media and also insurance institutions, which have started to offer civil liability insurance (CRS) against possible monetary convictions in lawsuits.

Civil liability insurance has its origins in maritime law², appearing in the country "*with the intensification of slavery and the slave trade*"³ which perhaps explains the antipathy that still haunts relations between insurance institutions and society, especially in view of the high amounts charged for policies.

In order to understand the institute as a contract, as well as its pricing and its effects, the study was divided into five main sections. Firstly, aspects of methodology are discussed; then a nationwide study of the institute is constructed; then, still nationwide details of this insurance are examined in relation to doctors and hospitals; next, an understanding of the contract in the US context begins. Finally, parallels and final considerations are drawn from the data obtained.

2. Methodological Aspects.

¹ M. KFOURI NETO, *Civil liability of doctors*, cit.; M. KFOURI NETO, *Civil liability of hospitals*, cit., 259.

² P. P. VASCONCELOS, *The applicability of directors' and officers' civil liability insurance in the context of company management*. 2013. 148 f. Dissertation (Master of Laws) - Department of Commercial Law, University of São Paulo School of Law, São Paulo, 2013, 54.

³ C.N. KONDER, P.G. BANDEIRA, G. TEPEDINO (org.), *Fundamentals of civil law: contracts*. Rio de Janeiro: Forense, 2020, 430.

Initially, it should be noted that the choice to carry out a comparative study meant entering into the system of what is understood as Comparative Law and its own method regimes⁴.

Carrying out this type of analysis for the Brazilian legal system, given that this contract still has little demand and culture here⁵, aims to "establish the common points and existing differences (...), to understand its evolution and determine the parameters for improvement and reform"⁶, in order to enrich legal debates⁷.

The methodology chosen was the so-called functionalist method of comparison, whose stages consist of choosing a problem and imagining the possible solutions, then choosing the country from which the solution will be studied and what will be used to compare it, then looking for similarities, coincidences and differences and then choosing the method of comparison used to analyze it⁸, the country chosen for comparison being the USA due to the notorious use of this contractual institute in medical law, as well highlighted by Brazilian doctrine⁹.

The choice of the functionalist method is due to the recognition that comparing US legislation, governed by common law, with Brazilian legislation, governed by civil law, represents an obstacle per se, which needs to be overcome in order to meet the objectives of the study¹⁰. This is because systems are living organisms¹¹, that have varied political¹², historical, philosophical and principled orientations.

As an advantage over other methods, the functionalist method allows us to seek answers to the questions being studied without necessarily contrasting the same institutes¹³ or institutes at the same normative level. This made it possible to

⁴ E. ÖRUCÜ, *Methodological aspects of comparative law*, in *European Journal of Law Reform*, The Hague: Eleven International Publishing, v. VIII, n. 1, 2007, 30.

⁵ E. DANTAS, *Medical law*, 4. ed., Salvador: Juspodivm, 2019, 282.

⁶ F. OVÍDIO, *Aspects of comparative law*, in *Revista da Faculdade de Direito*, Universidade de São Paulo, n. 79, 161-180. Available at: <https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67009/69619>. Accessed on: May 21, 2020.

⁷ J.C. REITZ, *How to do comparative law*, in *The American Journal of Comparative Law*, Oxford: Oxford University Press, vol. 46, n. 4, 1998, 623.

⁸ P.M.N. CURY, *Comparative law methods: development throughout the 20th century and contemporary perspectives*, in *Journal of Constitutional Studies, Hermeneutics and Theory of Law*, São Leopoldo: Unisinos, vol. 6, n. 2, 2014, 33.

⁹ M. KFOURI NETO, *Civil liability of doctors*, cit.; M. KFOURI NETO, *Civil liability of hospitals*, cit., 42; E. DANTAS, *Medical law*, cit., 290.

¹⁰ E. ÖRUCÜ, *Methodological aspects of comparative law*, cit., 32.

¹¹ J. DAINOW, *The civil law and the common law: some points of comparison*, in *The American Journal of Comparative Law*, Oxford: Oxford University Press, vol. 15, n. 3, 1966-1967, 2.

¹² L.G. MARINONI, *Critical approximation between civil law and common law jurisdictions and the need to respect precedents in Brazil*, in *Revista da Faculdade de Direito UFPR*, Curitiba, PR, Brazil, 2009, 12.

¹³ R. MICHAELS, *The functional method of comparative law*, in *The Oxford book of comparative law*. Available at: https://scholarship.law.duke.edu/faculty_scholarship/1249. Accessed on: Nov. 20, 2019.

compare the rules that guide the CRS at a national level - such as the Civil Code and the determinations of the Private Insurance Superintendence - with the rules, guidelines and legal and economic doctrine of that other country, without falling into the trap of importing "*institutes and figures from other countries without the necessary adaptations*"¹⁴.

It should be noted that "*civil law and common law arose in completely different political and cultural circumstances, which naturally led to the formation of different legal traditions, defined by institutes and concepts specific to each of the systems*"¹⁵ while the North American common law disconnected itself from English doctrine, the Brazilian system established its procedural law foundations on Romanesque doctrine¹⁶, with the biggest difference between this system and civil law being the meaning that was attributed to the codes and the role that the judge played in considering them. In the common law, the codes have never claimed to close off spaces for the judge to think; therefore, they are not concerned with having all the rules capable of resolving conflicting cases. In common law, it was never believed, or necessary to believe, that there could be a code that eliminated the possibility of the judge interpreting the law. So, if any difference can be seen between civil law and common law, it lies in the ideology underlying the idea of a code¹⁷.

Another major difference is seen in the application of the law. In Brazil, the Codes are applied throughout the country equally¹⁸ and systematically¹⁹, interpreted in accordance with the Constitution of the Republic²⁰.

This is due to Brazilian federalism and the need to of keeping the legal order coherent was also fundamental to, first of all, giving the Constitution the position of supreme law and conductor of the unity of the law experienced by the States, and, secondly, to give authority to a judicial "form" capable of preventing the law from assuming, in the States, contents that are at odds with the Constitution²¹.

¹⁴ M.L.F. BÜRGER DE MACEDO, *Reimbursement of preventive or mitigating expenses: reflections from comparative law*, in *Revista IBERC*, v. 3, n. 1, April 3, 2020, 5.

¹⁵ L.G. MARINONI, *Critical approximation between civil law and common law jurisdictions and the need to respect precedents in Brazil*, cit., 12.

¹⁶ J. DAINOW, *The civil law and the common law: some points of comparison*, cit., 3.

¹⁷ L.G. MARINONI, *Critical approximation between civil law and common law jurisdictions and the need to respect precedents in Brazil*, cit.

¹⁸ G. TEPEDINO, *Constitutional civil law and its current perspectives*, in *Themes of civil law*, Rio de Janeiro: Renovar, 2009. t. III, 30.

¹⁹ J. DAINOW, *The civil law and the common law: some points of comparison*, cit., 3.

²⁰ A.D.M. TERRA, A. SCHREIBER, C.N. KONDER (coord.), *Direito civil constitucional*. São Paulo: Atlas, 2016, 15.

²¹ I.W. SARLET, D. MITIDIERO, L.M. MARINONI, *Constitutional law course*, 8 ed., São Paulo: Saraiva Educação, 2019, 979.

While in the USA, since the *McCarran-Ferguson Act of 1945*, states have been allowed to regulate security activities²², based on the federalist logic that allows each Member State to have different rules, united by the American Constitution in a peculiar way, given that state constitutions assume responsibility for dealing with the full range of problems faced in the daily flow of state life, except only in those specific respects in which the federal constitution or statutes remove the states from their competence by exercising dominance or are set aside by federal law²³.

In this sense, in countries that adopt the Anglo-Saxon system, such as the United States of America, federalism grants member states greater legislative freedom, allowing different laws to coexist within the same country across distinct states²⁴. Therefore, it is emphasized that it was impossible in this work to conduct a state-by-state study, and a general analysis of the institutions was preferred, using their basic concepts to compare the interpretations.

3. The Civil Liability Insurance Contract In Brazilian Law.

Insurance is a contract whereby one of the parties (the insurer) is responsible for guaranteeing the legitimate interest of the other (the insured). The institute was included in the Brazilian legal system by Decree-Law No. 73 of 1966, and was dealt with prominently in the 1916 Code "*in forty-five articles*"²⁵, and appears in the current Civil Code from Art. 757.

In terms of the legal nature of the contract, the doctrine understands it as a synallagmatic, onerous and consensual contract²⁶, formally constituted, with continuous execution and generally signed by adhesion²⁷ being characterized as a bilateral and joint contract (*sic*), so that "*if a claim arises, its economic consequences will be repaired by the insurer*"²⁸.

Each insurance contract aims to protect a specific asset, such that motor insurance protects against possible damage to the vehicle, life insurance protects against possible illness or death, and health insurance protects against the need to use private hospitals. The CRS, on the other hand, aims to guarantee a random element, which is understood to be "*inevitable, like death: (...) it refers to*

²² A.M. ANDERSON, *Insurance and antitrust law: the McCarran-Ferguson Act and Beyond*, in *William & Mary Law Review*, vol. 25, 1983. Available at: <https://scholarship.law.wm.edu/wmlr/vol25/iss1/3>. Accessed on: July 8, 2020, 81.

²³ H.M. HART, *The relations between State and Federal Law*, in *Columbia Law Review*, vol. 45, n. 4, JSTOR. Available at: www.jstor.org/stable/1119546. Accessed on: Aug. 28, 2020, 492.

²⁴ H.M. HART, *The relations between State and Federal Law*, cit., 445.

²⁵ A. RIZZARDO, *Contracts*. 18 ed., Rio de Janeiro: Forense, 2018.

²⁶ F. TARTUCE, *Civil law: general theory of contracts and contracts in kind*, 14 ed., Rio de Janeiro: Forense, 2019. v. 3, 719.

²⁷ A. RIZZARDO, *Contracts*, cit., 800.

²⁸ J.R. ALBERTON, *The innovation of Brazilian insurance*. Curitiba: JM Editora, 1998; P. ALVIM, *The insurance contract*, 3 ed., Rio de Janeiro: Forense, 2001, 16.

*when and not if*²⁹, which is essential for determining values, whether in the premium to be paid by the insured or reimbursed by the Insurance Institution³⁰. It is called a "*substitute for civil liability*"³¹, and is aimed at to avoid damage to the insured's assets, allowing him to be able to honor the possible consequences of his civil liability without compromising the activity he carries out; on the other hand, aiming to guarantee that the injured third party is compensated, without the reparation being subject to the insured's financial difficulties or even his insolvency³².

In this way, it can be said that it is an extremely important contract for the economic system, because it acts to "*cover liabilities arising from various human activities, especially professions and businesses*"³³, making it possible to "*even imagine that it will be impossible to exercise medical activity without taking out insurance*"³⁴ based on the growing tendency towards the judicialization of the doctor-patient relationship and allegations of error, and there is no point in thinking about ways of protecting and safeguarding the law of the consumer if there is no way for the professional to meet the obligation to pay³⁵.

In this sense, the adoption by the legal system of the risk theory, which made acceptance of the contract subject to risk analysis³⁶, means that the civil liability insurance contract has a social function, given that "*it is an act of foresight on the part of the contracting party, resulting in a benefit for the victims*"³⁷ in that there is certainty of compensation. In this way, the SRC carries out the precept of art. 421 of the Civil Code, through the functionalization of the social function of the contract, aiming to find "*the practical-social purpose of legal institutes*"³⁸.

This analysis stems from the recognition that the Insurance Institution, as a company, aims to generate profit, which is taken into account by the functional analysis of the social function and "*cannot be done in such a way as to render useless or*

²⁹ F.C. PONTES DE MIRANDA, *Treatise on private law: law of obligations, contract of carriage: partnership contract*. Updated by Bruno Miragem, in *Private Law Treatise Collection: special part - volume 45*, São Paulo: RT, 2012.

³⁰ A. RIZZARDO, *Contracts*, cit., 800.

³¹ M.C. PIMENTA, *Civil liability insurance*, 2009, 216.

³² E. TZIRULNIK, *The future of civil liability insurance*, in *VI Ibero-Latin American Congress of Insurance Law - CILA 2000*. Cartagena de Indias, Colombia, 2000. Available at: <http://www.ibds.com.br/artigos/OFuturodoSegurodeResponsabilidadeCivil.pdf>. Accessed on: July 29, 2020, 7.

³³ M.C. PIMENTA, *Civil liability insurance*, cit., 216.

³⁴ M.C. PIMENTA, *Civil liability insurance*, cit.

³⁵ O.I. PRUX, *Civil liability of the liberal professional in the Consumer Defense Code*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998, 348.

³⁶ W.A. POLIDO, *General liability insurance in brazil & international aspects*. São Paulo: Insurance Technical Manuals, 1997, 45.

³⁷ M.C. PIMENTA, *Civil liability insurance*, cit., 216.

³⁸ A.D.M. TERRA, A. SCHREIBER, C.N. KONDER (coord.), *Direito civil constitucional*, cit., 100.

reduce the role that the contract fulfills"³⁹, based on efficient pricing that guarantees a balance between the risk assumed and the insurer's solvency in the long term⁴⁰; and as a function provided to the insured, it must be carried out in accordance with constitutional dictates, as well as Statement no. 3701 of the CJF/STJ, "and cannot place the insured party at an extreme disadvantage or excessive burden"⁴¹.

Despite the classification based on the object, each policy can differ in terms of when the insured person notifies the insurer of the occurrence of damage. In the first type, *occurrence basis* - known in Brazil as "*occurrence basis*", the Superintendence of Private Insurance (SUSEP) defines insurance in which there is reimbursement of the amount paid by the insured to the third party, if determined by court order or agreement between the parties approved by the institution. The second type, *claims-made basis*, is one in which there is reimbursement if the damage occurred during the term of the policy and the insured himself claims reimbursement from the institution. In other words, the occurrence-based policy "*largely disregards the date on which the event occurred and determines the date on which the injured third party is aware of the claim as the trigger condition for the coverage mechanism*", while the claims-made basis policy "*is based on the date on which the event occurred*".

It covers claims made during the term of the policy, provided that the acts and facts (the occurrences) originated during the 'coverage period.' [...] The regulation subsequently establishes a complementary period for third-party claims, and, if an additional premium is paid, a supplementary period immediately following the complementary period.

This differentiation is important for doctors' and hospitals' insurance, with medical professionals being more likely to take out *claims-made* CRS, as "*this category is subject to what is known as latent risk, i.e. a considerable period of time can elapse between the act/omission of the insured and the actual occurrence of damage to the third party*"⁴², with the possibility of extending the terms by the so-called complementary and supplementary term guaranteeing more distant protection; whereas in *occurrence basis* policies, the insured is only covered for the period during which the contract persists - or is presented according to the limitation periods.

3.1. Essential Concepts.

³⁹ H. THEODORO JÚNIOR, *The contract and its social function*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, 123.

⁴⁰ J.A. RODRIGUES, *Actuarial risk management*. São Paulo: Saraiva, 2008, 323.

⁴¹ M. REINA, *Health insurance contract: the abusiveness of denying cover for a surgical procedure*, in *Jusbrasil*, 2015. Available at: <https://marianareina.jusbrasil.com.br/artigos/151861491/contrato-healthinsuranceabusiveness-in-denial-of-coverage-of-surgical-procedure>.

⁴² R.B. SANTOS, *Civil liability insurance and the theory of loss of a chance*, in *Revista Jurídica de Seguros*, Rio de Janeiro: CNseg, n. 4, 2016, p. 56.

In order to make it possible to understand the subject, it is worth paying attention to the terms specific to the insurance area, given the specificity of the nomenclature and the importance of each concept for the purposes of understanding the ideal contract and understanding the debate. For this reason, attention will now be paid to the definition of the terms risk, legitimate interest of the insured and premium.

First of all, the importance of the element of risk for the subject is clear. Could it simply be understood as the probability of the harmful event (or claim) occurring? Doctrine teaches that it cannot, since it is a concept used by insurers to define "*various meanings*"⁴³, such as the object of the insurance, the harmful event, the potential to cause damage, the insurance branch, or even the possibility of loss to the insured's assets⁴⁴ requiring a subjective interpretation by the person using the word in order to fully understand its meaning⁴⁵.

After all, it is "*against which the insured is insured*"⁴⁶ and it is the reason for contracting⁴⁷, and is therefore the component on which the interest of the insured to be protected is based and on which the amount to be charged to the contracting party is calculated, in an approximate way, based on the "*relationship between the number of cases (chances) verified and the number of possible chances*"⁴⁸, "*with uncertainty as its central element*"⁴⁹.

Once the contractual relationship has been set up, the question arises as to what is the asset that can be protected, known as the legitimate interest of the insured, which, according to the best doctrine, especially with regard to the CRS, is the risk of having to bear his assets in the event of a conviction for damages⁵⁰.

The idea of "*interest expresses not only a relationship of utility with a good, but also the intention of preserving and maintaining that same relationship*"⁵¹.

In this way, it is not possible to speak of the contract being unlawful, as the doctrine used to think, which would result in full nullity due to the apparent protection of the unlawful act⁵², which is not true, given that the end of the

⁴³ J.M.B. MARTINS, L.D.S. MARTINS, *Reinsurance: technical and legal foundations*, Rio de Janeiro, Forense, 2008, 32.

⁴⁴ J.M.B. MARTINS, L.D.S. MARTINS, *op. cit.*, 33.

⁴⁵ J.M.B. MARTINS, L.D.S. MARTINS, *op. cit.*, 32.

⁴⁶ O. GOMES, E. BRITO, R.P. BRITO, *Contracts*. 27. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, 425.

⁴⁷ F. TARTUCE, *Civil law: general theory of contracts and contracts in kind*, 720.

⁴⁸ P. ALVIM, *The insurance contract*, 3 ed., Rio de Janeiro, Forense, 2001, 60.

⁴⁹ J.M.B. MARTINS, L.D.S. MARTINS, *op. cit.*, 32.

⁵⁰ F.C. PONTES DE MIRANDA, *Treatise on private law: law of obligations, contract of carriage: partnership contract*, cit., 114.

⁵¹ M.C.B. OLIVEIRA, *Insurable interest*. 150 fl. Dissertation (Master's in Civil Law) - Faculty of Law, University of São Paulo USP, São Paulo, 2011, 19.

⁵² W.A. POLIDO, *General liability insurance in Brazil & international aspects*, cit., 45.

contract consists of the transfer of the "*patrimonial consequences (compensation for the damage caused)*"⁵³.

Next, it is necessary to comment on the concept of premium. This is understood as the amount paid in exchange for the possibility of having a large uncertain loss covered⁵⁴. Paid by the insured to the insurer in order to "*transfer the risk provided for in the Contractual Conditions*" "*the former [insured] pays the latter [insurer] a periodic and determined contribution (...), in exchange for the risk that the latter assumes to indemnify*"⁵⁵, highlighting the random factor which means that the benefit is linked to a future and uncertain event assumed by the insurer, the risk⁵⁶. It is important to note that late payment "*may result in the suspension or even cancellation of the insurance, jeopardizing the right to compensation*"⁵⁷.

3.2. Differences between the civil liability of doctors and hospitals.

Despite being semantically similar terms, Physician Liability and Hospital Liability have different connotations and affect the patient in different ways⁵⁸.

In order to understand the core of these differentiations, we begin by analyzing them from the point of view of the medical professional, starting with the concept of medical error, which is essential to the discussion. For Rui Stoco "*(...) professional error, that is, that which results from the uncertainty or perfection of the art and not from the negligence or incapacity of the person practicing it, unless it is a gross error*"⁵⁹. It is a wrongful act for which compensation can be paid if it results in damage either because the correct treatment was not administered and the true ailment was not addressed, the situation worsened; or if, due to the diagnosis, the individual underwent ineffective or harmful treatment, it will then be necessary to investigate whether, under the circumstances, a correct and precise opinion could be demanded from them⁶⁰.

Professor Miguel Kfoury Neto states that the interpretation that medical activity generates risks leads the magistrate to ignore the assessment of medical guilt,

⁵³ M.C. PIMENTA, *Civil liability insurance*. 2009. 216 f. Dissertation (Master of Laws) - Department of Social Relations Law (Civil Law), Pontifical Catholic University of São Paulo. São Paulo, 2009, 113.

⁵⁴ J.M.B. MARTINS, *Insurance law. civil liability of insurers - doctrine, legislation and case law*, 4. ed. Kindle Edition: Amazon, 2018,

⁵⁵ A. RIZZARDO, *Contracts*, cit., 800.

⁵⁶ O.M. GOULART JÚNIOR, *The civil liability insurance contract and the reimbursement theory from the perspective of the new contractual principles*. 2006. 143 f. Dissertation (Master of Laws) - Private Law. Belo Horizonte, 2006, 24.

⁵⁷ Brazil Ministry of Finance, *SUSEP - Superintendence of Private Insurance. Presentation*. Available at: <https://www.gov.br/susep/pt-br/assuntos/meu-futuro-seguro/seguros-previdencia-e-capitalizacao/seguros/apresentacao>. Accessed on: July 24, 2020.

⁵⁸ F.P. BRAGA NETTO, *New manual of civil liability*. Salvador: Juspodivm, 2019, 720.

⁵⁹ R. STOCO, *Responsabilidade civil e sua interpretação jurisdicional: doutrina e jurisprudência*, 44, ed. São Paulo: RT, 1999, 291.

⁶⁰ R. STOCO, *Responsabilidade civil e sua interpretação jurisdicional*, cit., 293.

based on a shallow reading of the sole paragraph of art. 927, because "*firstly, there is no law that imposes on the doctor the duty to repair the damage regardless of guilt; secondly, because medical activity (...) represents, more often than not, the hope of a cure*"⁶¹, without, therefore, considering it in conjunction with art. 186 of the Code.

However, a correct understanding of the Code is not enough to guarantee peace of mind for medical professionals. The legal profession argues that it is necessary to choose a specific CRS to cover damages "*arising from the professional faults*" of the contractor and his employees, in order to cover errors and omissions⁶². Thus, the doctor protected by a CRS is shielded by a set of benefits (...), ranging from legal assistance in lawsuits that might be brought before the criminal, civil and administrative courts, and even contributing to the pecuniary settlement of damages in compensation cases, from a borrower's fund built up universally and compulsorily⁶³.

Part of the doctrine even states that "*taking out civil liability insurance is often a necessary tool for doctors to be able to work peacefully, especially if they are surgeons*"⁶⁴.

As for the hospital institution, there are differentiations when it has an employment relationship with the hospital and when it only uses the structure to care for its private patients. This is reflected in the amount charged for CRS insurance policies, due to the level of responsibility of the professional, objective when they are a service provider for the hospital and subjective when they are independent⁶⁵ because "*if the patient contracts with the hospital, and the hospital maintains a contractual relationship with the doctor, the traditional binary relationship (doctor-patient) becomes tertiary (doctor-legal person-patient)*"⁶⁶, with repercussions for consumer law, given that: "*If the doctor has an employment relationship with the hospital and is part of its medical team, the health center, as a service provider, is objectively liable, under the terms of art. 14, caput, of the Consumer Protection Code, once fault has been proven of that. However, if the professional only uses the hospital to admit their private patients, they are exclusively responsible for their mistakes, and the establishment's liability is excluded*"⁶⁷. Therefore, it is not surprising that there are specificities in hospital CRSs, which must cover damage to contracted doctors, medical service providers, nurses, technicians, physiotherapists and other professionals, as well as possible problems with materials used, various contaminations and others, due to the

⁶¹ M. KFOURI NETO, *Civil liability of hospitals*, cit., 119.

⁶² W.A. POLIDO, *General liability insurance in brazil & international aspects*, cit., 334.

⁶³ G.V. FRANÇA, *Medical law*, 15, ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, 293.

⁶⁴ E. LIPPMAN, *Handbook of doctors' rights*. 2. ed. Kindle Edition. Campo Belo: Segmento Farma, 2018.

⁶⁵ C.R. GONÇALVES, *Brazilian civil law: civil liability*, 14, ed. São Paulo: Saraiva, 2019, 281.

⁶⁶ B. FUGA, A.F.D.R. J.L. TRINDADE, *Civil liability of hospitals: analysis of service provision*. *Jus.com*. Available at: <https://jus.com.br/artigos/44047/responsabilidade-civil-dos-hospitais-analise-sobre-a-prestacao-de-servico>. Accessed on: August 20, 2019.

⁶⁷ C.R. GONÇALVES, *Brazilian civil law: civil liability*, cit., 281.

"wide variety of activities that go beyond the exclusively medical sphere, and which must be set out (and therefore covered) in the policy as clearly as possible"⁶⁸.

It is advisable for professionals to take out *claims-made basis* liability insurance, as "this category is subject to what is known as latent risk, i.e. a considerable period of time can elapse between the act/omission of the insured and the actual occurrence of damage to the third party"⁶⁹.

The CRS for doctors and hospitals, in particular, has a number of positive points: it is a better way of settling damages, it improves freedom and safety at work, it frees doctors and patients from lengthy lawsuits, it does not depend on the economic situation of the person causing the damage, among others⁷⁰. In this logic, it is the role of insurance: "minimize the stress level of the health professional, as they will have the backing of the insurance company's indemnity guarantee, ensuring the safety of the assets of the person responsible for the damage and making it more certain that the victims or their beneficiaries will be compensated"⁷¹. Which makes the choice of adequate protection paramount⁷².

Hospital insurance should cover damage to contracted doctors, medical service providers, nurses, technicians, physiotherapists and other professionals, as well as any problems with materials used, various contaminations, which for Dantas, makes hospital liability insurance more specific⁷³.

Of course, the relationship between the patient, doctor and hospital is special and "if the patient contracts with the hospital, and the hospital maintains a contractual relationship with the doctor, the traditional binary relationship (doctor-patient) becomes tertiary (doctor-legal person-patient)"⁷⁴. Thus, the relationship between these subjects needs to be carefully assessed to give rise to an action, to which some scholars respond by arguing that "the correct interpretation of the legislation is that the Hospital will be objectively liable, without the need for the patient to demonstrate the Hospital's fault, when the fault of the doctors is proven", so that it should be jointly and severally liable "for the damage caused, regardless of whether the Hospital, as a legal entity, has practiced culpable acts"⁷⁵.

By this logic, the doctrine identifies three possibilities of liability: i) in typical hospital cases, in which the hospital provides specific hospital services, such as accommodation, nutrition, nursing and clinical examinations, where liability is objective; ii) in services provided by doctors who are not employed by or

⁶⁸ E. DANTAS, *Medical law*, 4, ed. Salvador: Juspodivm, 2019, 295.

⁶⁹ R.B. SANTOS, *Civil liability insurance and the theory of loss of a chance*, cit., 56.

⁷⁰ G.V. FRANÇA, *Medical law*, 15, ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, 378.

⁷¹ R.B. SANTOS, *Civil liability insurance and the theory of loss of a chance*, cit., 56.

⁷² E. DANTAS, *Medical law*, cit., 287.

⁷³ E. DANTAS, *op. cit.*, 295.

⁷⁴ B. FUGA, A.F.D.R. J.L. TRINDADE, *Civil liability of hospitals: analysis of service provision*, cit., 2019.

⁷⁵ J.P.B.D.A. MARANHÃO, *Brief considerations on the civil liability of hospitals*. Migalhas de Peso. Available at: <https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI166490,91041-Breves+consideracoes+sobre+a+responsabilidade+civil+dos+hospitais>. Accessed on: August 20, 2019.

employed by the hospital, such as when, for example, the patient takes his trusted plastic surgeon to operate on him at hospital X, the hospital will not be liable for the professional's actions, provided that the institution is not at fault, and will only bear the cost of the surgery to the extent that it is at fault⁷⁶; iii) doctors with employment ties to the hospital, in which the author points out the doctrinal discrepancies of the time, which pondered the issue of corporate hierarchy and labor subordination, a situation in which the doctor will act as an agent of the institution, with regressive action being possible, and making a reservation for doctors who are press executors and clinic owners, who are responsible for third party facts⁷⁷.

3.3. The unified health system (SUS) as a factor to be considered.

The doctrine states that *"there is no way to study this topic without considering the SUS"*, since it is inconceivable to ignore the powerful role played by public health in Brazilian health. This allows for the realization of the Right to Health as a constitutionally protected right, which is fundamental and linked to the Right to Life and the Right to Human Dignity⁷⁸.

As such, the Unified Health System is the country's main healthcare provider⁷⁹, with private entities serving to complement the system, as Justice Nancy Andrighi decided: *"7. The complementary participation of the private sector in the execution of health actions and services is formalized under a contract or agreement with the public administration (sole paragraph of art. 24 of Law no. 8.080/1990), under the terms of Law no. 8.666/1990 (art. 5 of Ordinance no. 2.657/2016 of the Ministry of Health), using as a reference, for the purpose of remuneration, the SUS Table of Procedures (§ 6 of art. 3 of Ordinance No. 2,657/2016 of the Ministry of Health). (8) When provided directly by the State, within the scope of its hospitals or health centers, or when delegated to private initiative, by agreement or contract with the Public Administration, to provide it at the expense of the SUS, the health service constitutes a social public service. (9) The complementary participation of the private sector - whether by legal entities or by the respective professionals - in the execution of health activities is characterized as an indivisible and universal public service (uti universi), which therefore excludes the application of the rules of the CDC. 10 - A case in which art. 1-C of Law no. 9.494/97 applies, according to which the right to obtain compensation for*

⁷⁶ J.A.C. GUIMARÃES, *Medical-hospital liability in the face of consumer law*, 888.

⁷⁷ R. STOCO, *Civil liability of hospitals, sanatoriums, clinics, houses of health and the like, in light of the Consumer Defense Code*, in N. NERY JR. R.M.D.A. NERY, *Fundamental right to health*, São Paulo: RT, 2010, 816.

⁷⁸ I.W. SARLET, D. MITIDIERO, L.M. MARINONI, *Constitutional law course*, cit., 234.

⁷⁹ I.W. SARLET, M.F. FIGUEIREDO, *Some considerations on the fundamental right to health protection and promotion after 20 years of the 1988 Federal Constitution*. Available at: https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/O_direito_a_saude_nos_20_anos_da_CF_coletanea_TAnia_10_04_09.pdf. Accessed on: May 28, 2020.

damage caused by agents of legal entities governed by private law that provide public services shall be time-barred in five years"⁸⁰.

Thus, acting to "contribute to the reduction, maintenance or deepening of social problems"⁸¹. In this way, understanding the panorama drawn up by the form of transfer of financial resources and influence on accountability, as well as removing the incidence of the CDC, maintains the character of administrative accountability rules: "*Ab initio, it should be pointed out that in the context of Public Law, according to Article 37, § 6 of the Constitution of the Republic, "legal entities governed by public law and private law that provide public services shall be liable for damages caused by their agents in this capacity to third parties, ensuring the right of recourse against the responsible party in cases of intent or fault". The normative content of the constitutional text encompasses the subjective responsibility of the state, a hypothesis that gives rise to the state's duty to compensate the victim for the injuries caused to them, even if there is no characterization of fault, an element that makes up the institute of civil liability under private law. Thus, once the damage and the causal link arising from the action or non-action of the public agent have been demonstrated, the duty to compensate arises, and there is no need to ask about the qualification of the conduct, whether culpable or intentional, since it is sufficient that there has been a harmful action or omission*"⁸².

It is worth noting that, as a rule, the right to sue lies with the municipal administration, in accordance with the dictates of Law No. 8.080/90 and art. 198 of the Federal Constitution, especially when it comes to basic care: "*Law No. 8.080/90 also stipulates that the public health actions and services and the private contracted or contracted services that make up the SUS will be developed in accordance with the guidelines set out in Article 198 of the Federal Constitution of 1988, obeying, among other things, the principle of political and administrative decentralization, with "emphasis on the decentralization of services to the municipalities (art. 7, IX, a). In this regulatory context, if the municipalities are responsible for carrying out health actions and services, as well as overseeing their provision by the private sector, the Federal Union has no civil liability for the care provided at the Hospital (...). The following excerpt from the ministerial opinion should be noted: "(...) according to the document on page 35, the municipality of (...) has full management of basic care, which, according to NOB-SUS 01/96, the municipality qualified in this condition is responsible for managing the SUS in its territory. It is responsible for contracting, controlling, auditing and paying the service providers included in the PAB - Piso Assistencial Básico (Basic Assistance Floor) - which consists of an amount of financial resources intended to cover the cost of basic assistance actions, transferred regularly and automatically to the health fund or special account of the municipalities. By delegating a typical state activity to private entities, in order to complement the Unified Health System, the government is directly and jointly liable in the event of medical error when the service is provided*

⁸⁰ Taken from the Judgement of the Court of Justice- REsp 1.771.169/SC.

⁸¹ F.P. PÜSCHEL, *Civil liability and public policies: a reflection on the role of the dogmatic jurist*, in A.M.F. DUARTE, N. ROSENVALD, C.E.P. RUZYK, (coord.) *Novas fronteiras da responsabilidade civil [recurso eletrônico]: direito comparado*, Indaiatuba: Foco, 2020, 235.

⁸² Civil Appeal No. 0018753- 91.2014.8.07.0018, 4.

on the premises of institutions that have signed agreements with the SUS. In this case, the theory of strict liability, set out in art. 37, § 6, of the Federal Constitution, applies, since the doctor is acting in the provision of a public health service. However, in order to establish this liability, it is necessary to have an administrative fact, damage and a causal link. In this case, there is no way of detecting a causal link between the damage and any commissive or omissive conduct on the part of the Federal Government, since the signing of contracts and agreements with entities providing private health services, as well as the function of supervising and controlling these procedures, are the responsibility of the municipal management of the SUS, in accordance with art. 18 of Law no. 8.080/90".

That said, the effects on the CRS, mainly economic, are few. Unless the agent is at fault⁸³, there will be no direct liability for the professional or hospital, which should not lead to an increase in the premium charged to those who provide public services in the belief that the risk has increased.

This understanding is corroborated by STF Theme No. 940⁸⁴, which limits the personal liability of the state agent, which ultimately prevents the private doctor or hospital that provides services to SUS⁸⁵ from being considered legitimate to appear, as a general rule, in any lawsuit: *"in relation to the thesis of violation of art. 130, III, of the CPC and the respective claim to call the doctor who attended the patient at the hospital to the proceedings, the Court of origin concluded that the doctor's liability should only be determined in any regressive way, stating that, in verbis: "the lawsuit was filed against the Hospital (...), and its cause of action is damages arising from the provision of medical services in a private hospital, through the SUS. In cases where medical care is provided by the SUS, it is necessarily necessary to adopt the regime provided for in art. 37, § 6, of the Republican Constitution, which provides for the objective civil liability of the state (lato sensu) and public service providers for damages that their agents may cause to third parties" (e-STJ, fl. 195). The appellant's claim to sue the doctor who attended the patient is based on the allegation that the aggravating party only provided hotel and accommodation services, and that the medical professional was responsible for all the care provided, which is not stated in the judgment under appeal. Once again, recognizing the validity of these allegations regarding the factual situation underlying the case in question undeniably requires revisiting the facts of the case, which is forbidden in a special appeal, under the terms of Precedent No. 7 of the STJ (...). In the case under examination, it can be seen that there was not the necessary analytical comparison of the cases confronted, both in relation to the passive legitimacy of the hospital and*

⁸³ M.S.Z. DI PIETRO, *Administrative law*. 32. ed. Rio de Janeiro, Forense, 2019, 775.

⁸⁴ "Theme No. 940. Subjective civil liability of the public agent for damages caused to third parties, in the exercise of public activity. Thesis - According to the provisions of art. 37, § 6, of the Federal Constitution, the action for damages caused by a public agent must be filed against the State or the legal entity under private law providing a public service, with the author of the act being an illegitimate party to the action, ensuring the right of recourse against the responsible party in cases of intent or fault".

⁸⁵ It is not up to the discussion, however, to delve into questions such as minimum standards of quality and promptness of public services (I.W. SARLET, D. MITIDIERO, L.M. MARINONI, *Constitutional law course*, cit., 659).

in relation to the doctor's right to sue, due to the lack of factual similarity between the case at hand - provision of medical services by SUS in a private hospital - and those of the appeals cited as paradigms by the aggravating party, in which the liability of hospitals for services provided by private health plan doctors was discussed, which makes it impossible to know the alleged divergence in case law" (taken from the Judgment - REsp 1.827.299/MS)⁸⁶. Thus, the illegitimacy of the health professional for personal accountability as a state agent is reiterated, whether they are working in public hospitals or in private institutions that provide SUS services, with the possibility of responding in a regressive action proposed by the State if negligence is proven.

4. A look at *tort* law and the US insurance landscape.

In the United States, the presence of civil liability insurance is of unparalleled importance for the circulation of capital, with more than 2,000 insurance institutions in 2019⁸⁷, which constitute the largest insurance companies in the world. These include *"the broader service industry, which includes banks, brokerages, loan funds, credit unions, trusts, pension funds and other similar organizations"*⁸⁸.

There, the contract is defined as a contract in which the insurer undertakes to do something to the insured in the event of the occurrence of an foreseen situation⁸⁹, it can be classified as *non-life insurance of the liability or malpractice* type depending on the insured⁹⁰ - the former referring to contracts dedicated to the owners of the medical company or the hospital and the latter to the health professional himself who is facing lawsuits that discuss fault⁹¹. Thus, the hospital may not be held liable for damage caused by one of its medical professionals, depending on the contract signed between them and the patient's awareness of this relationship⁹².

⁸⁶ Here, the intervention of the medical professional in the case took place via a call to the proceedings, since in this case the doctor is understood to be a co-debtor and could have been on the side of the claim from the outset, while the denouncement of the claim presupposes the possibility of a return action that will be avoided by the application of the institute, which is not the case according to recent STF rulings, despite the doctrine understanding that, according to constitutional precepts, it should be carried out via the denouncement of the claim.

⁸⁷ A.M. BEST, *Bests guide to understanding the insurance industry*, in *Oldwick: create space independent publishing platform*, 2019, 16.

⁸⁸ A.M. BEST, *Bests guide to understanding the insurance industry*, cit., 7.

⁸⁹ *"A contract whereby one party (the insurer) undertakes to do something of value for the other party (the insured) in the event of some specific contingency; esp. an agreement whereby one party assumes the risk against payment of a premium by the other party"* (GARNER, 1999, p. 802).

⁹⁰ A.M. BEST, *Bests guide to understanding the insurance industry*, cit., 21.

⁹¹ B.A. GARNER et al., *Black's law dictionary*. 7. ed. St. Paul: West Group, 1999, 806.

⁹² Robenalt Law, *Examples of hospital negligence. Lawyers that fight for you*. Available at: <https://www.lawyersthatfightforyou.com/examples-of-hospital-negligence/>. Accessed on: Aug. 19, 2019.

It is valid to consider that the North American legal system does not attribute a social function to the institute, but the considerations made about the insurance contract make it possible to understand that there is a justification for signing the contract, mainly for the protection of the patient. Whether through effective compensation for damages or administrative measures at the state level, by guaranteeing compensation for damages suffered, "insurance institutions that sell liability insurance have been and continue to be at the forefront of efforts to promote patient safety"⁹³, not only to "increase patient safety"⁹⁴, not only to "increase their internal operations and profitability, but because these efforts also support the patient safety movement in the medical field"⁹⁵ using "a variety of techniques to encourage healthcare providers to take the necessary steps"⁹⁶, with six forms of patient safety care: "(1) Insurers identify providers of inferior quality, so as to open up opportunities for other institutions to operate. (2) Insurers incentivize providers by the amount of premiums they charge, based on risk and refusing to insure high-risk providers. (3) Insurers store data to analyze the reasons for problems. (4) Insurers conduct damage prevention inspections at partner facilities. (5) Insurers educate servers about legal issues and measures that can be taken to manage risk. (6) Finally, insurers provide financial and human capital to patient safety organizations"⁹⁷.

In addition, there are other alternatives to ensure patient service and safety in the country, such as *liability caps*⁹⁸ - limits on compensation for each state - and databases transformed into care and safety protocols⁹⁹.

When it comes to calculating the value of premiums, the degree of risk of the insured¹⁰⁰, as well as the tendency for professionals to flee due to the high costs of doing business¹⁰¹, justify the possibility of selling shares and quotas on the stock exchange in order to increase the provision of funds.

⁹³ T. BAKER, C. SILVER, *How liability insurers protect patients and improve safety*, in *Faculty scholarship at penn law*, Philadelphia: Faculty Scholarship at Penn Law, 2019. 212. Available at: https://scholarship.law.upenn.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2996&context=faculty_scholarship. Accessed on: July 22, 2020.

⁹⁴ T. BAKER, C. SILVER, *How liability insurers protect patients and improve safety*, 212.

⁹⁵ T. BAKER, C. SILVER, *ivi*.

⁹⁶ *Ibidem*.

⁹⁷ *Ibidem*.

⁹⁸ B.A. GARNER, et al., *Black's law dictionary*, 7, ed. St. Paul: West Group, 1999, 199.

⁹⁹ T. BAKER, C. SILVER, *How liability insurers protect patients and improve safety*, cit., 237.

¹⁰⁰ T. BAKER, C. SILVER, *How liability insurers protect patients and improve safety*, cit., 211.

¹⁰¹ J.R. GUARDADO, *Policy research perspectives - medical professional liability insurance premiums: an overview of the market from 2009 to 2018*. AMA - American Medical Association. Available at: <https://www.ama-assn.org/system/files/2019-01/policy-research-liability-premiums.pdf>. Accessed on: 05 May 2020,

All of this culminates in normative restrictions imposed by the U.S. government¹⁰², at both the federal and, primarily, state levels¹⁰³, including audits of corporate accounts "once every five years"¹⁰⁴.

It is also convenient to make an incursion into the treatment of civil liability in the United States, referred to in this Order as tort law¹⁰⁵. Intrinsically linked to the concept of trespass¹⁰⁶ which was developed through the understanding of property rights, and which today encompasses all repairable damage¹⁰⁷ maintaining the influence on the way of viewing this damage from an economic analysis¹⁰⁸.

Thus, there are three categories of reparable damages - nominal, compensatory and punitive damages¹⁰⁹, which depend on proof of proximate cause for compensation¹¹⁰. Thus, the law of torts can be categorized into three categories: intentional torts⁶, negligence⁷ and strict liability⁸¹¹¹, while the analysis of liability is based on the reasonable person standard¹¹². Thus, the standards of medical care are understood in such a way that a professional who acts "without observing the duty of care" is negligent¹¹³.

Thus, court decisions, mainly based on the *jury system* and the broad discretionary power of the magistrate¹¹⁴, "generally determine liability for damages in two stages. First, it will decide whether the defendant acted inappropriately and caused the damage suffered by

¹⁰² A.M. BEST, *Bests guide to understanding the insurance industry*, cit., 55.

¹⁰³ P. ROGAN et al., *United States*, in *The insurance and reinsurance law review*. 3. ed. Derbyshire: Encom- pass Print Solutions, 2015, 439.

¹⁰⁴ P. ROGAN et al., *United States*, in *The insurance and reinsurance law review*, cit., 442.

¹⁰⁵ A. HOVHANNISYAN, *Tort law: guide to assist in torts research*. USC Gould School of Law. Available at: <https://lawlibguides.usc.edu/c.php?g=687841>. Accessed on: November 1, 2020.

¹⁰⁶ *Trespass to the person, land and goods lecture*. Available at: <https://www.lawteacher.net/modules/tort-law/trespass/lecture.php?vref=1>. Accessed on: September 1, 2020.

¹⁰⁷ C.O. GREGORY, *Trespass to negligence to absolute liability*. *Virginia Law Review*, Charlottesville, v. 37, n. 3, p. 359-397, 1951. JSTOR. Available at: <https://www.jstor.org/stable/1069096>. Accessed on: September 1, 2020, 362.

¹⁰⁸ H.E. SMITH, *Modularity and morality in the law of torts* in *Journal of Tort Law*, Berkeley, Berkeley Electronic Press, v. 4, Issue 2, Article 5, 2011. Available at: <http://nrs.harvard.edu/urn-3:HUL.InstRepos:8789603>. Accessed on: May 19, 2020, 29.

¹⁰⁹ J.A. HANDERSON JR., F.B. INGERSOLL, D.A. KYSAR, *The torts process*, 9 ed., Aspen Casebook Series. New York: Wolters Kluwer, 2017. N.P. Google Books. Available at: https://books.google.com.br/books/about/The_Torts_Process.html?id=ahffDgAAQBAJ&redir_esc=y. Accessed on: May 15, 2020.

¹¹⁰ P. TESAURO, G. RECCHIA, *Origins and evolution of the torts model*, in *La responsabilità civile nei sistemi di Common Law - Quaderni di diritto comparato*, Padua, CEDAM, 1989, v. 1, 152.

¹¹¹ J.A. HANDERSON JR., F.B. INGERSOLL, D.A. KYSAR, *The torts process*, cit.

¹¹² M.A. FRANKLIN, W.J. CARDI, M.D. GREEN, *Gilbert law studies – torts*, 25, ed. St. Paul: Gilbert, 2017, 64.

¹¹³ W.A. POLIDO, *General liability insurance in brazil & international aspects*, cit., 96.

¹¹⁴ W.A. POLIDO, *op. cit.*, 95.

the plaintiff. If it decides in the affirmative, it proceeds to the second stage and decides on the amount of damages to be compensated”¹¹⁵.

These analyses are most often based on the so-called *Hand Rule*, created and named after Judge Hand, who foreshadows: “By ignoring the effect of an injurer’s precaution on its own risk, American common law systematically fails to accurately analyze the problem of joint risks (...). In his words, the Hand Rule is not limited by other risks. It can encompass the plaintiff’s risks to himself. Thus, the Hand Rule can be given an economic interpretation that encompasses social risks. Judges since the Hand Rule, however, have systematically ignored the injurer’s risk to himself in applying the rule. Instead, judges (and scholars) systematically define “negligence” in terms of creating unreasonable risks for others”¹¹⁶.

This rule guides the interpretation of the torts regarding physical and emotional damages, leading to cost-benefit analysis, considering “negligent if not taking precautions, by taking precautions incurs lower costs than the expected damages that would have been reduced by those precautions”¹¹⁷. In this logic, when it is “interpreted in such a way as to incorporate the cost-benefit assessment for precautions: due care is met if the defendant adopts all precautions that are less costly than the accidents they prevent, discounted by the probability of occurrence”¹¹⁸ so that “the duty of care is met if the defendant adopts all precautions that are less costly than the accidents they prevent, discounted by the probability of occurrence”¹¹⁹ so that “the damage is only compensable if the precautionary costs were less than the probability of the damage multiplied by the damage (...) Otherwise, it would be an inefficient civil liability that overshadows freedom and private initiative”¹²⁰.

There are two other theories worth considering and which are used for accountability purposes. The *deep pocket theory* deals with joint and several liability, in which the logic of financial power justifies solidarity and “without there being a strong concern for the degree of culpability of the person involved”¹²¹ since “however insignificant their participation in the production of the damage, they may be liable for full compensation, especially when there is no other means of effectively holding another person liable”¹²². The *drop-down theory*, which is widely used in insurance cases, means that “American jurisprudence ends up disregarding even some contractual forms of

¹¹⁵ R.D. COOTER, A. PORAT, *Getting incentives right: improving torts, contracts and restitution*. E-book. Princeton: Princeton University Press, 2014, 12

¹¹⁶ R.D. COOTER, A. PORAT, *op. cit.*, 35.

¹¹⁷ R.D. COOTER, A. PORAT, *ivi*, 34.

¹¹⁸ H.E. SMITH, *Modularity and morality in the law of torts* in *Journal of Tort Law*, cit., 18.

¹¹⁹ H.E. SMITH, *ivi*.

¹²⁰ A. BONNA, *Unanswered questions in the dogma of civil liability in Brazil: a philosophical look*, in A.M.F. DUARTE, E.P.N. ROSENVALD, C.E.P. RUZYK, (coord.). *Novas fronteiras da responsabilidade civil* [recurso eletrônico]: direito comparado. Indaiatuba: Foco, 2020, 56.

¹²¹ W.A. POLIDO, *General liability insurance in brazil & international aspects*, cit., 56.

¹²² W.A. POLIDO, *op. cit.*, 101.

insurance"¹²³ with a smaller scope of protection "in order to attribute liability to a higher layer (...) in the event of the insolvency of the [lower] layer"¹²⁴.

However, it would be inappropriate to delve more deeply into the complex US legal system, given the aim of demonstrating how doctrinal issues relating to medical and hospital liability and the insurance system work in practice in the country, in order to make the comparison below.

5. Comparative points. Concluding remarks.

Finally, the peculiarities studied will now be placed side by side, materializing the comparison through the functionalist method already justifiably chosen, in order to compare the solutions found in each legal system - and not always the same institutes - for the same issues.

As a background, civil liability was necessary to understand the institutes in each legal system, since, if there is a need to insure something - in the case of civil liability, the property of the insured - there is the possibility that they will eventually have to compensate someone. In Brazil, liability in the civil sphere is generally based on fault, and is therefore subjective, and exceptionally objective; however, when thinking about the reality of public health, the debate had to be lateralized, thinking about the specific characteristics of administrative liability and the treatment of decentralized objective liability between entities, in accordance with legal and constitutional rules.

In the US, liability arises in the context of tort law and carries with it strong economic traits, expressed in theories of liability that go beyond contractual or legal guidelines, seeking to assign liability in a way that effectively guarantees payment, as demonstrated by the deep pocket and drop-down theories, as well as the logic of the hand rule.

The concepts of insurance in both legal systems are very close. While the US refers to a contract whereby one of the parties undertakes to do something "*of value for the other party*" by paying the premium, the Brazilian legal system refers to a contract whereby one party "*undertakes to guarantee, by receiving a certain amount (...) the legitimate interest of a person (insured)*".

In terms of typology, there were also a number of similarities. The fact that it is a bilateral contract that manages risk can be seen in both jurisdictions. The same was seen with regard to the treatment given to each type of insurance: while in Brazil there is talk of damage, liability and personal insurance, in that country there are life insurances and non-life insurances, divided into property and casualty.

The treatment given to risk in both countries has proved to be of particular importance, due to the complexity of the insurance system and the socio-economic repercussions, especially in Brazil, of the contract. In the US, the

¹²³ W.A. POLIDO, *op. cit.*, 102.

¹²⁴ W.A. POLIDO, *ivi.*

economic tendency to view legal relationships, as we have seen, means that the treatment is entirely focused on the production of assets and liabilities.

It was also noted that in both Brazil and the US, the liability of a doctor is treated differently from that of a hospital. Both in Brazil and in the US, the administrative and labor relations between professionals and hospitals were taken into account, which affect the extent of liability for a fact.

The regulation of insurance and its market has had surprising specificities highlighted. In Brazil, the SUSEP (Superintendence of Private Insurance) is the higher body and is regulated by the CNSP (National Council of Private Insurance). In the United States, attributions are divided between the federal government and the states, based on the McCarran-Act.

Finally, the issue of the social function of the contract, which appears in the Brazilian legal system with enormous importance, at first seemed to have no correspondence in the US context. However, the US system has a cross-cutting idea of social function, given its concern for patient safety, as well as the high level of regulation of the insurance market, in order to protect its citizens' right to health.

Even with its diverse and peculiar rules, the circumstances of treatment in the North American insurance market make it possible to appreciate the possible consequences of a market that is more open to the institute, with insurance often being necessary in order to hire a medical professional.

After analyzing the data collected and the doctrinal debates, one cannot help but wonder about the future of medical and hospital liability insurance in the country.

The proposal that arises - and that justified the construction of this work - is to look at insurance in the United States today and project its reality into the national context, using a comparison methodology and checking whether they face problems similar to those in Brazil and how they solve them, in order to eventually discover different ways of resolving issues that arise for our insurance law. The analysis of the information collected, especially after it was put side by side, showed many more similarities than differences between the treatments, even though Brazil has the Unified Health System, which has no equivalent in the US, and there is a gulf between the legal systems of the two countries.

What has been shown to unite these ordinances can be summarized in three points: a) the view of liability; b) the emphasis on risk; and c) the differences between the treatment of insurance available to doctors and hospitals, since in these categories it can be seen that there is a common rationale between these two ordinances.

From everything that can be seen, the Brazilian legal system has the opportunity to debate these measures (such as the role of the insurer in overseeing the reduction of claims, state regulation of health and insurers, as well as the

advantages and disadvantages of limiting indemnities), observing the mistakes and successes of these solutions already adopted by the US system and, perhaps, conforming to the precepts and particularities, principles and distinctive objectives of the national system, taking advantage of the opportunity to improve the industry in the country.



Articolo 32

La Repubblica tutela la salute come fondamentale diritto dell'individuo e interesse della collettività, e garantisce cure gratuite agli indigenti.

nessuno trattamento sanitario se non per disposizioni di legge e nel rispetto della persona

dirittoesalute
Rivista di sanità e responsabilità medica