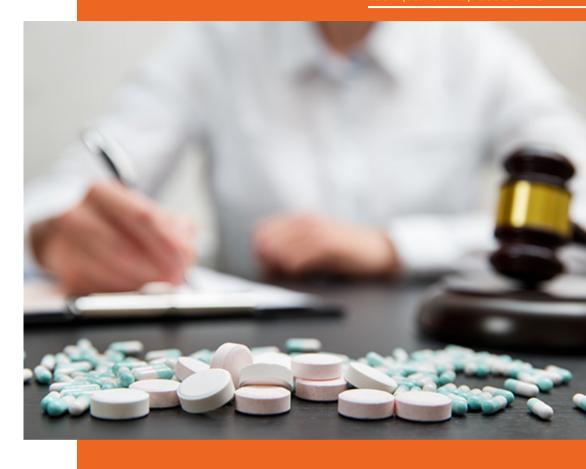
AÑO 4_Nº 5

Diciembre 2020

ISSN (Ver. impresa): 2591-3468 ISSN (Ver. online): 2591-3476



REVISTA Derecho y Salud

JOURNAL OF LAW AND HEALTH

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







Derecho y Salud

SALA DE DERECHO A LA SALUD

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

Año 4 · Nro. 5 · Diciembre 2020 //
ISSN (Versión impresa): 2591-3468 · ISSN (Versión online): 2591-3476





REVISTA

Derecho y Salud

Consejo Editorial

· Directora: Claudia E. Zalazar

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

· Secretario: Gonzalo G. Carranza

Facultad de Derecho, Universidad Autónoma de Madrid (España) y Secretario de la Sala de Derecho a la Salud del Instituto de Investigación en Ciencias Jurídicas (IDI-CJ) de la Universidad Blas Pascal (Arg.).

Consejo Científico

- · Antonio Arroyo Gil, Facultad de Derecho, Univ. Autónoma de Madrid (España);
- · Marcelo Bernal, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Univ. Nacional de Córdoba (Arg.);
- **María Casado**, Centro de Investigación Observatorio de Bioética y Derecho (OBD), Univ. de Barcelona (Esp.);
- Maria Cecilia de Almeida Monteiro Lemos, Facultad de Derecho, UDF Centro Universitário (Brasil);
- · Guillermo C. Ford Ferrer, Director de la Carrera de Abogacía, Univ. Blas Pascal (Arg.);
- · José Roberto Freire Pimenta, Facultad de Derecho, Centro Universitário UDF (Brasil);
- · Cláudia Lima Marques, Facultad de Derecho, Universidade do Rio Grande do Sul (Brasil);
- · Silvia López Safi, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Univ. Nacional de Asunción (Par.);
- Claudia Madies, Centro de Estudio e Investigación en Derecho Sanitario y Bioderecho, Univ. Isalud (Arg.);
- · Sandra Regina Martini Vial, Instituto de Estudios Avanzados, Univ.de Sao Paulo (Br.);
- · Néstor Pisciotta, Secretario de Investigación y Desarrollo, Univ. Blas Pascal (Arg.);
- · Susana Sánchez Ferro, Facultad de Derecho, Univ. Autónoma de Madrid (Esp.);
- **Domingo Antonio Viale,** Director del Instituto de Investigación en Ciencias Jurídicas, Univ. Blas Pascal (Arg.);
- · Virginia Zambrano, Departamento de Estudios Políticos y Sociales, Univ. de Salerno (It.).

Diseño y Diagramación

· Mauricio Tagliavini, DG

Reconocimiento a Evaluadores

Los Evaluadores del quinto número de la Revista Derecho y Salud han sido profesores e investigadores de las siguientes Universidades e Instituciones nacionales e internacionales: Área de Bioética del Ministerio de Salud del Gobierno de la Provincia de Córdoba (Argentina); Centro de Estudios Avanzados y Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba (Argentina); Instituto de Investigación en Ciencias Jurídicas de la Universidad Blas Pascal (Argentina); Instituto Universitario de Ciencias Biomédicas de Córdoba (Argentina); Sala de Derecho a la Salud y Bioética del Colegio de Abogados de la Provincia de Córdoba (Argentina); Poder Judicial de la Provincia de Córdoba (Argentina); Universidad Empresarial Siglo 21 (Argentina); Centro de Estudos Europeus e Alemães do Universidade Federal do Rio Grande do Sul e Pontifícia Universidad de Católica do Rio Grande do Sul; Centro Universitário Ritter dos Reis (Brasil); Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico (Brasil); Universidade Federal do Rio Grande do Sul (Brasil); Universidad Autónoma de Madrid (España); y Universidad de Deusto (España).



Copyright © 2020 by Editorial UBP Todos los derechos reservados

Director Néstor Pisciotta Av. Donato Álvarez 380 CP X5147ERG Argüello, Córdoba Argentina Tel: 54 (0351) 414-4444 Para mayor información contáctenos en www.ubp.edu.ar O vía e-mail a: editorialUBP@ubp.edu.ar

Publicación editada e impresa en Córdoba, Argentina La reproducción de esta revista, ya sea total o parcial, en forma idéntica o con modificaciones, escrita a máquina por el sistema Multigraph, mimeógrafo, impreso, etc., que no fuera autorizada por Editorial UBP, es violatoria de derechos reservados. Su infracción está penada por las leyes 11.723 y 25.446.

Toda utilización debe ser solicitada con anterioridad.

Revista Derecho y Salud

Publicación anual de la Sala de Derecho a la Salud del Instituto de Investigación en Ciencias Jurídicas (IDI-CJ) de la Universidad Blas Pascal.

E-Mail: idi-das@ubp.edu.ar

ISSN (Versión impresa): 2591-3468 - ISSN (Versión online): 2591-3476

La Revista Derecho y Salud no se responsabiliza por las opiniones vertidas en los artículos firmados, cuyas ideas responden exclusivamente a sus autores.

ÍNDICE

I. IRIDUNA	
- Excursus – postales de la enfermedad Covid-19	
Excursus - postaics de la efficience de Covid-15	
Armando S. ANDRUET (h)	13
ATTIBILIO 3. ANDROET (II)	
2. ESTUDIOS GENERALES	
- La adjudicación judicial: modelos de racionalidad jurídica y particularidades de la judicial en materia de salud	decisión
Judicial adjudication: models of legal rationality and particularities of the judicial decision in healt	th mattar
Lucia Irene LAPENTA	
- Espejismos de la Ley nacional de salud mental en torno a la reinserción social: el humano a una vivienda adecuada. Transitares hacia una vida libre de manicomios c enfoque de derechos humanos	derecho lesde un
Mirages of the national mental health law regarding social reintegration: the human right to an	adequate
housing. Transits towards a life free of bedlams from a human right perspective	
Renata BEGA MARTÍNEZ	47
- Concepciones de la discapacidad y nueva genética: un abordaje a partir de un dilema Conceptions of disability and new genetics: an approach based on a bioethical dilemma	bioético
Paula GASTALDI	63
- La protección del Derecho a la Salud: el caso peruano	
The protection of the Right to Health: the peruvian case	
Frank GARCÍA ASCENSIOS	79
- Bioética, derecho a la salud y virtudes judiciales: dilemas e interrogantes giratori el covid-19	as sobre
Bioethics, the right to health and judicial virtues: dilemmas and revolving questions about covid	l-19
Ramsés Samael MONTOYA CAMARENA	
3. ESTUDIOS ESPECIALES	
- La restricción de los derechos humanos en épocas de emergencia sanitaria, econ	ၢómica y
social	
The restriction of human rights in times of health, economic and social emergency	
Juan Santiago YLARRI	113
- El abordaje jurídico de la Covid-19 en la provincia de Córdoba: principales instrume	ntos
The legal approach of Covid-19 in the province of Córdoba: main instruments	
José Emilio ORTEGA, Agustín CARIGNANI y Santiago ESPÓSITO	133
- Transporte marítimo y transporte aéreo internacionales en el contexto de la pand la Covid-19	lemia de
International maritime and air transport in the context of the Covid-19 pandemic	
Guillerma C EORD EERRER	1/12

- Covid-19 crisis in Italy. Fundamental rights and freedoms: the price to pay for human health? La crisis causada por la Covid-19 en Italia. Los derechos y libertades fundamentales ¿el precio a pagar por la salud humana?
Pablo CEJAS ROMANELLI
4. COMENTARIOS JURISPRUDENCIALES
Corte Interamericana de Derechos Humanos
- El impacto del caso Artavia Murillo en materia de derechos reproductivos The impact of the Artavia Murillo case on reproductive rights
Andrés Oscar DE CICCO
Tribunal de Justicia de la Unión Europea - La Salud y la regulación alimentaria europea: el nivel de riesgo tolerado
Health and European food regulations: the tolerated risk level
Marc SUÑER
- El criterio de tolerancia cero para la contaminación de aves de corral en la regulación europea The standard of zero tolerance for contamination of poultry carcasses in European regulation
Juliana DA SILVA MARTÍNEZ
Tribunal Constitucional Federal alemán
- Resolución del Tribunal Constitucional Federal alemán sobre el art. 217 del Código penal alemán
The decision of the German Federal Constitutional Court about the article 217 of the German criminal code Gonzalo DELL'ORSI
GOIIZAIO DELL'ORSI
Tribunal Constitucional español - El despido por enfermedad: ¿un despido justo o discriminatorio?
Dismissal due to illness: a fair or discriminatory dismissal? Ignacio VAZQUEZ
- Privilegios concursales y acreedores involuntarios en cuestiones de salud Bankruptcy privileges and involuntary health creditors
Nicolás Alberto SIMÓN239
Corte Suprema de Justicia de la Nación - Derecho a la Salud: recurso extraordinario y arbitrariedad
Right to health: extraordinary appeal and arbitrary judgements
Luciana ELEAS y Enzo PAUTASSI253
Poder Judicial de la Nación - Cobertura médica de una persona adulta mayor: razones humanitarias por sobre cuestiones
administrativas
Medical coverage of an elderly person: humanitarian reasons for administrative matters María Guadalupe NEDER
Widi id Gududiupe NEDEK
- Derecho a la Salud intramuros
Intramural Right to Health Nadia Virginia COPELLO279
- El reconocimiento del derecho a la salud de un menor discapacitado a través de la cautelar innominada
The recognition of the right to health of a disabled minor through unnamed precautionary
Valeria DE LAS MERCEDES SOLA

Poder Judicial de la Provincia de Córdoba - La gestión de los residuos sólidos urbanos y la salud: aportes desde el Derecho ambienta The management of urban solid waste and health: contributions from environmental law María Laura FORADORI	
El derecho de las personas con discapacidad a gozar del más alto nivel de salud posible The right of persons with disabilities to enjoy the highest attainable standard of health María Florencia BLANCO PIGHI	319
La tutela judicial diferenciada, un camino para el efectivo goce de los derechos Differentiated judicial protection, a way for effective enjoyment of rights María Natalia JUEZ	327
Protección constitucional y convencional de las personas con discapacidad como princi escudo frente a los abusos de las obras sociales Constitutional and conventional protection of people with disabilities as the main shield against the ab of social works Ángeles María BAEZ	• ouse
3. DIRECTRICES PARA AUTORES	341

1. TRIBUNA

EXCURSUS – POSTALES DE LA ENFERMEDAD COVID-19

EXCURSUS - POSTCARDS OF COVID-19

Armando S. Andruet (h)1

DOI: https://doi.org/10.37767/2591-3476(2020)14

Propongo en esta contribución, realizar un breve repaso de algunas impresiones que el acontecimiento pandémico nos ha suscitado y que consideramos, que pueden ser de interés compartirlas para desarrollar futuros abordajes y perspectivas de la actualidad de la evolución que el mismo proceso de la enfermedad de COVID-19 nos ha propuesto a todos nosotros.

Todas estas impresiones son al fin, resultado de una gran perplejidad –no seguramente como la que habrá tenido Averrroes- que la enfermedad pandémica ha causado en el hombre del siglo XXI y por ello, no tan insignificantes las mismas como para despreciarlas. Su resultado es parcialmente el que ahora compartimos y del cual, también debemos advertir que no busque el lector en ellos un aporte de un trabajo erudito, júzguese el mismo, como un tránsito en las intersecciones que encuentra raíces en lo espiritual, moral y cultural.

I. Acerca de la interpelación ética que la pandemia produce

Sin duda alguna que doscientos veinte días atrás, concomitante con los festejos por el nuevo año 2020 que se inauguraba en nuestro calendario, pocos podíamos imaginar que el mundo cambiaría en una forma tan drástica y veloz.

Hace solo siete meses –como corrientemente se puede admitir-, China detectaba los primeros casos de un tipo de influenza que tenía una sintomatología diferente a las anteriores, y que tampoco reaccionaba dicha enfermedad como era esperado con las medicaciones estándares. Hoy sabemos de qué se trata, cómo nos enfermamos, cómo nos cuidamos y todavía ignoramos terapéuticamente cómo la podemos enfrentar, más allá que todo parece indicar, que en los próximos meses la vacuna sanadora habrá llegado como opción salvífica.

El mundo ha retrocedido a un modelo medieval del cuidado físico de la salud, que parece ser, lo que nos demuestra inequívocamente que la biología y la enfermedad humana, en tiempos donde hemos descubierto como construir una molécula de vida sintética, no tiene sin embargo una respuesta válida y eficaz desde lo tecnológico y con ello, dando la espalda los juicios generosos y encendidos de médicos de la estatura de Henry Sigerist o de Sir MacFarlane Burnet, este último Premio Nobel en Fisiología, quienes coincidían en pensar que las enfermedades infecciosas en términos generales habían sido vencidas (Sigerist, 1946; Burnet, 2007).

¹ Doctor en Derecho. Profesor Titular de la Cátedra de Filosofía del Derecho de la Universidad Católica de Córdoba. Profesor Titular de la Cátedra de Historia de la Medicina de la Universidad Nacional de Villa María. Miembro de Número de la Academia de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba. Miembro de Número de la Academia de Ciencias Médicas de Córdoba. Mail: armandoandruet@gmail.com. ORCID iD: https://orcid.org/0000-0002-7447-9590.

EXCURSUS - POSTALES DE LA ENFERMEDAD COVID-19

La biología supera cualquier parámetro de desarrollo tecnológico. Quizás sea ello un buen llamado de atención a que los sueños fáusticos de los científicos, nunca serán mayores a los que la naturaleza siempre puede hacer con ellos (Harari, 2014).

Doscientos veinte días atrás, cuando creíamos que las cosas seguirían avanzando tal como la lógica de las rutinas de las cuestiones normales se presentaban, hemos sufrido un giro de campana tan severo, que autoriza pensar, que somos privilegiados –y también responsables- por ser los actores de un cambio de época en la civilización de la humanidad. La pregunta ínsita a ello es, cuáles deberían ser los elementos que esa nueva época, pos-pandémica, debería privilegiar o proyectar con mayor énfasis para el nuevo período histórico (Andruet, 2020).

Es entonces una buena oportunidad, el saber aprovechar el acontecimiento de la pandemia como hecho central de los sucesos en los cuales estamos incursos, para hacer entonces de la 'crisis' la fortaleza y el motor de la transformación de las cosas para que ellas sean diferentes y mejores a lo que son hoy.

Ese sin duda es el esfuerzo que está detrás del malestar. Quizás como ninguna otra lengua, el vocablo 'crisis' en chino –atento el grado cero de la pandemia y tópico del cambio de época- se compone de dos caracteres: wei y ji, esto es 'peligro' y 'oportunidad'.

De la misma forma nuestra palabra latina 'crisis' tiene su antecedente en otra griega krisis que se referencia inmediatamente con 'decisión'. Con ello, la 'crisis' que habitualmente vinculamos como un 'momento decisivo en un asunto de importancia'; es el tiempo en donde hay decisiones que se deben tomar para desbaratar el peligro que se muestra en el presente y tener la decisión de hacer de ello, una oportunidad para un triunfo ulterior. Por los días que corren, temporalmente pocos desde que se inició el proceso y a la vez, de tanta densidad por lo que ellos han significado; ciertamente todavía estamos en tiempos de peligro. Ni siquiera sabemos cuántas otras personas habrán de enfermar y de ellas morir; pero dicha circunstancia no nos debe privar de reflexionar sobre las oportunidades en el futuro.

Quizás sea nuestro tiempo propicio para actualizar el 'principio de precaución' de Hans Jonas (1995), sobre la base de que las generaciones futuras de un mundo más humano –en sentido auténtico- no es proyectable a mediano plazo, tal como hasta hoy lo venimos haciendo, sino que debería colocarse como meta a muy corto plazo. Esto es: antes que la memoria generacional haya sido oscurecida por nuevos acontecimientos, que si bien quizás no serán semejantes a éste, podrán ser igualmente importantes.

Quizás el desafío de hombres y mujeres a la altura de los tiempos que corren, sea el de superar el 'peligro' y proyectarse en las 'oportunidades'.

Oportunidades de un mundo mejor en donde las utopías de A. Huxley queden atrás, y sean estas otras que el peligro ha puesto de manifiesto que pueden ser cumplidas; pero conquistarlas como un logro de la razón común de la humanidad y no como el resultado colectivo del temor al enemigo colectivo como es el COVID-19.

Si naturalmente el conjunto humano no es capaz de pensar y orientar la acción en dichos términos, sin duda alguna que la 'catástrofe' biológica en la que nos encontramos y que

se ha multiplicado después, en una infinita cantidad de reverberancias catastróficas: en lo social, individual, económico, laboral, industrial y una extensa lista de etc.; pues que habremos hecho de la 'catástrofe' algo todavía peor, esto es, para decirlo en palabras de Ernesto Garzón Valdés (2004) una auténtica 'calamidad'.

Las catástrofes son desastres naturales, cuestiones no intencionales del hombre; las calamidades tienen una causalidad humana; y cuando el hombre no quiere hacer nada para modificar las condiciones para un mundo mejor, realiza una acción calamitosa, conjuga calamidades y se convierten dichos intercambios en los modos propios de una sociedad de canallas.

Doscientos veinte días atrás, no dudábamos por un instante que los países con mayor desarrollo en la industria tecnológica seguirían avanzando en la lucha acerca de cuál de ellos, gobernaría el prometeico desarrollo de la inteligencia artificial y con ello, hacerlo también sobre las economías completas de los mercados; no desconocíamos que las guerras entre diversas etnias en el mundo por controles de territorios o la imposición ideológica iban a continuar; sabíamos que las bolsas cambiarias del mundo asfixian a empresas y países en pocas horas hasta humillarlos en el valor de sus acciones; suponíamos que se iban a profundizar las sustituciones de la vida biográfica de las personas por las vidas virtuales; descontábamos que los migrantes serían cada vez más numerosos como así también, del crecimiento geométrico de franjas con mayor pobreza y profundas desigualdades sociales, todo ello lo sabíamos. Nos dolíamos de tales sucesos verdaderamente despiadados, pero era sencillamente lo tristemente previsible.

Es decir que los acontecimientos que vislumbramos como posibles a finales del año 2019 –doscientos veinte días atrás-, no podían ser sino, los que naturalmente se podían producir y/o agravar, en la economía, tecnología, guerras, mercados, pobreza y desigualdad. Nuestro abecedario universal de pocas letras seguía antes de la pandemia y continúa incluso cuando ella está siendo cursada, sin contabilizar en general, los comportamientos éticos de las instituciones, de las empresas o de las personas (García Marza, 2011).

Ello sin duda que responde al modelo de hombre que el siglo XXI ha logrado consolidar como estereotipo, en donde existe una licuación de una idea de un mundo mejor en clave de un mundo más ético y responsable para decirlo en palabras de Zigmunt Bauman (2010) y donde la idea clásica del humanismo aun siga teniendo entidad (Fernández de Arroyabe, 2003). La sociedad contemporánea en buena medida, ha cambiado un modo ético de vida por una cosmética ética en la cual, el conformismo con las cosas como están, es la hipótesis a lograr, y para ello, ha inoculado en muchos ámbitos, que la sola dimensión de la 'solidaridad' es el componente ético por antonomasia en las sociedades modernas y ello es por si solo suficiente. Lo cual sin duda que no es verdadero. La solidaridad no alcanza pero sin ella es imposible cualquier logro en dicho capítulo (Lipovetsky, 1994).

Nada tenemos en contra de la solidaridad y en general en tiempos de catástrofe ella se manifiesta muy activa en nuestros países de tradición latina y es muy importante y valioso que ello así se manifieste. Pero de nuevo, lo importante es poder mirar las cosas no en tiempos de catástrofe sino de quietud y normalidad.

Es muy probable que la solidaridad en tiempos de dicho desorden, y allí la centralidad de nuestra tesis, esté movida por intereses atravesados por el propio egoísmo individual,

en cuanto las personas vean reflejadas en los otros, lo que también les puede ocurrir a ellas. Esto es, ver el dolor del otro como propio no en cuanto situación empática sino meramente disparadora de nuestro propio futuro y por ello, el ser solidario con ellos, es con mezquindad futura por el propio trato que se quiere tener para consigo. Sin duda que pensar la solidaridad de ese modo es de canallas, es cierto, pero no se puede negar que hay muchas personas que así la han pensado por estos tiempos de enfermedad global.

Por ello para intentar evitar la calamidad de mañana, se pueden cumplir pequeños comportamientos morales de cada uno, para que difuminen ellos en el espacio que a cada quien le toca ocupar; una praxis que demuestre que no le ha sido indiferente la catástrofe. Seguramente la suma de las voluntades individuales no hace al comportamiento del todo, pero al menos puede poner en mayor relevancia la desidia ética de quien tiene más responsabilidad en dicho todo.

Las personas que tienen espacios institucionales de mucha o poca responsabilidad en la toma de decisiones, es mucho lo que pueden hacer, cuando lo que hacen, lo cumplen con la convicción ética de hacerlo con integridad, honestidad, prudencia y eficacia. Así las cosas pueden ser mejores, cuando uno mismo intenta ser íntegro desde el lugar en que se encuentra. Ello es tan sencillo como hacer bien lo que se debe hacer (Cortina, 2010). Llegará un momento donde se nos interpelará a todos nosotros respecto a cuanto hemos hecho con nuestras acciones sociales para evitar la calamidad. A ello responderemos positivamente mostrando la responsabilidad ética que hemos puesto en cada una de las cosas que de nosotros dependen.

Y cuando ello no sea posible, que cada quien sepa, que lleva colgada de sus ropas -como los leprosos siete siglos atrás- una campanilla que avisaba a los demás que era un enfermo (Gracia y Peset, 1978).

La enfermedad hoy que no es la biológica sino la ética, es la de no ser una persona íntegra y por ello, que se ha comprometido más que solidariamente con los demás. No hacerlo así, es colectivamente como sociedad algo más grave a lo que cualquier catástrofe nos puede traer, porque es una auténtica calamidad de la especie.

II. Señales virtuales en un mundo de enfermedades reales - El peligro de la disolución antropológica

Queremos referirnos ahora, a algunas impresiones que registramos de un mundo enfermo, y que si bien en un primer momento para un lector desprevenido pueden parecer ellas un exceso, respondemos que cuando el telón se corra, veremos la verdadera estatura de los personajes. La escenografía de los tiempos que están corriendo, oculta en muchas ocasiones el juego de los personajes en la misma.

En realidad creemos, que la vida de todos nosotros ha quedado como quien diría, 'atravesada' y 'perforada' por el acontecimiento de la pandemia y su entrañable compañera de viaje con independencia que lo sea por largo o corto plazo, como es la cuarentena (Delumeau, 2019); y que hasta donde se ha podido conocer en algunos casos, ella ha impuesto de grandes esfuerzos físicos, morales y espirituales a las personas para sobrellevar el tiempo con alguna cuota de éxito al final del camino y en otros casos, resultaron los mismos insuficientes y todo el esfuerzo pareció despedazarse sin ninguna ganancia o provecho para los abnegados ciudadanos.

Lo cierto es que ninguna de nuestras vidas por lo pronto, es igual a la que con anterioridad teníamos, empezando por el mismo hecho de estar privados de movernos a donde nos parezca que hay que hacerlo, porque muchos todavía mantienen la exigencia de guardar cuarentena con todas las implicancias que desde una teoría del control social se pueden configurar con ello (Mora, 2005). Cantidad de ciudadanos impedidos de poder trabajar y sabiendo que para muchos de esos afectados, dichas restricciones son iguales a no poder acceder a sus fuentes de trabajo y por ello, no poder satisfacer sus necesidades básicas. A ello no se puede dejar de agregar las carencias y limitaciones de poder establecer la sociabilidad que las personas requieren mínimamente, como complemento a su forma de vida, todo ello entre otra extensa lista de impedimentos.

Tampoco podemos negar que cuando esto concluya y cada uno vuelva a recuperar el oxígeno del mundo exterior, habremos de descubrir que las cosas no son iguales a las que dejamos. No sólo por lo que, para el tránsito diario de lo económico toda la pandemia habrá de significar en cada uno de nosotros, y que para unos será muy grave y, para otros algo menos; pero en ese aspecto el COVID-19 nos ha enfermado a todos, aunque biológicamente lo haya hecho solo con una parte importante del colectivo social (Andruet, 2020).

Fuera de lo económico, las reconstrucciones de los tejidos sociales será también una tarea que demandará buen tiempo y ojalá pueda ser cumplida dicha tarea de la mejor forma posible.

Algunas instituciones, empresas y personas, habrán descubierto que el 'mundo virtual' es muy importante y que ha resultado ser exitoso en la emergencia para sortear una infinita cantidad de problemas (Queau, 1995). De allí sin embargo, hay quienes obtienen conclusiones equivocadas o al menos precipitadas. Entre ellas, se ha pretendido convencer socialmente que los empleados del ámbito privado y público, pueden cumplir con eficacia y eficiencia el teletrabajo; que los alumnos de todos los niveles de los ciclos generales han seguido su secuencia del proceso enseñanza-aprendizaje sin mayores complicaciones y disfunciones; que los alumnos universitarios de la mayoría de las carreras, han continuado sus estudios sin grandes inconvenientes. Y tantas otras cosas más. Nada de ello es mentira, sin embargo todo es parcialmente verdadero.

La cuestión será indagar detenidamente si todo eso, con independencia de las cuestiones puramente operativas y no quisiéramos decir cuasi mecánicas -y que son del puro trámite que toda práctica social estandarizada lo posee- realmente han sido satisfactorias (Du Gay, 2012). Sumamos, de todas maneras que las cuestiones de rutina no por serlas de ese modo no son de importancia. Sin embargo el grueso de las cuestiones que hemos listado en el párrafo anterior, tienen aspectos que no son mecánicos ni de rutina y por lo tanto, esos segmentos han tenido que ser seccionados, ignorados o retirados de esa entrega virtual por el simple hecho, que no se pueden transferir.

Los más entusiastas del mundo virtual, habrán de decir que se cumple con ellas de otra manera a lo que corresponde decir, que si es de otra manera, se trata entonces de una cuestión diferente y no aquélla, que apreciábamos como sustantiva. Esa es la obviedad que a veces no se entiende en forma completa.

Por de pronto queremos señalar, que todas las prácticas sociales tienen necesariamente

EXCURSUS - POSTALES DE LA ENFERMEDAD COVID-19

un contexto en el cual ellas se brindan y esa pragmática (Ducrot et. al, 1998), tiene naturales condiciones escénicas que le dan la entidad correspondiente al acto de que se trate. No es lo mismo 'estar' en una ceremonia religiosa en un templo, que 'seguirla' por cualquiera de las plataformas que inesperadamente hemos reconocido en los últimos meses. En un ámbito somos un 'activo' del marco escenográfico y en el otro, somos 'observadores' que cada tanto, pueden llegar a representarse también, como responsables del oficio religioso.

Podrá indicar la persona que ha participado de la ceremonia, ello es cierto, que lo ha hecho, pero muy difícilmente se ha sentido compelido al acto de constricción que supone dicho momento, cuando a su alrededor el escenario es el doméstico con las comodidades o no que pueda tener. No se trata de una cuestión de confort, es una definición espacio-espiritual en dicho caso, y que no es emulable, aunque a su espalda, se escuche la interpretación de la misa solemne de Beethoven.

Que los padres se hayan convertido de pronto en los instructores de docencia a sus hijos más pequeños; y que bien conocemos de ello, porque hemos estado a veces enfermos de niños y los días que no estábamos en clase eran suplidos con asistencias domésticas de nuestros padres y no implicaba disminución en nuestro aprendizaje, ello también es cierto. Pero de allí, creer que lo hecho hasta ahora con el mejor esfuerzo de los padres es lo mismo, próximo o parecido a lo que hace un maestro realiza en el espacio áulico, es simplemente engañarse.

No porque los padres no hayan puesto su voluntad y empeño, y las criaturas la parte que les corresponde; sino de nuevo, son los contextos escénicos de la institucionalidad escolar quien ha demarcado que en las escuelas, primariamente se aprende y ello no es trasladable al espacio doméstico, donde en el mejor de los casos, se habrá de reforzar aquello pero muy difícilmente generarlo.

Finalmente para esta mención, creemos que también habrá que estar muy precavido de las apreciaciones que los tecnócratas de la virtualidad habrán de indicar, y que no implica despreciar lo que se ha cumplido intermediado por la tecnología virtual; pues existen espacios que van desde los institucionales hasta los amicales, en donde la pantalla del artefacto que sea: PC, Tablet, Smartphone, nunca es igual al rostro del otro. El rostro siempre es el límite que el otro nos coloca, si lo reconocemos pues que respeto la persona, si lo sobrepasamos quizás la humillemos. El rostro de ese que está a nuestro frente, que nos interpela de tantas formas sin decir nada; y ello ninguna pantalla puede emular, puesto que una cosa es poder 'ver' incluso 'mirar' la imagen de un rostro, pero eso no es dejarme interpelar por el rostro del otro, tal como Emmanuel Levinas en su obra sugiere (Levinas, 2000).

Pensemos en temas institucionales judiciales. Por caso, es cierto que los Tribunales han cumplido audiencias mediante el modo virtual; ahora bien, que se puedan haber cumplido exitosamente dichas acciones, no significa que ese sea el óptimo al cual hay que tender. Es la emergencia la que impone una transformación de lo que se encuentra institucionalizado como 'estable', por una formulación 'precaria', lo cual no quiere decir que no se pueda naturalizar lo virtual para ciertas cuestiones y que incluso pueden ser cuantitativamente numerosas.

No es nuestro reparo por ninguna falta de legalidad que los actos puedan tener, ello es

completamente salvable, sino en todos los casos, por la desmaterialización de la dimensión antropológica que se produce en las cuestiones que son innatamente humanas. Ponemos en duda, si dimensiones que se relacionan de tal modo con la experiencia límite que tienen las personas, son posibles de ser instrumentalizadas en modo general por el mundo virtual, pues por caso: Juzgar, Educar, Curar. Con mucha más razón, toda la pléyade de vínculos no institucionales que establecemos y que requieren de esa relación que nos roza en lo íntimo, así las afectivas y las amicales.

Pues comenzamos diciendo que nada será igual para nadie cuando todo esto concluya, aunque en realidad también debemos decir, que las consecuencias serán más severas que el hecho mismo de la enfermedad. Y ello en realidad es lo que siempre ha sucedido en la historia de los pueblos que han sufrido este tipo de acontecimientos biológicos a escala digamos hoy, global. Las pandemias o pestes como eran nombradas en la antigüedad, han modificado el curso de la historias de los pueblos y de las personas (Snowden, 2020).

Han caído imperios centenarios, se han fortalecido religiones, han producido aportes sustantivos para la medicina, ha promovido fuertes perversidades en la naturaleza humana y también gestos de fraternidad impensados.

Deberemos ser cautos en el nuevo territorio pospandémico para no ser colonizados, por un mundo virtual y digital que se presente como generoso en eficacia, con bajo costo operativo y elevada eficacia técnica (Van Dick, 2016). Todos nosotros seguiremos necesitando durante un tiempo todavía extenso, concluida la enfermedad, de la apoyatura tecnológica y no debemos negarla, pero debemos pensar que ella no solo que sigue siendo provisoria, sino que conspira con lo único que no puede ser reemplazado en el mundo virtual y que es lo humano.

III. Tristes rostros de la estupidez humana en tiempos pandémicos

En el momento de conocer la información periodística de la que daremos cuenta, no parecía razonable para nada. Sin embargo las fuentes eran confiables y no era penosamente una más, de las tantas viralizaciones que las redes promueven; la habían reproducido diarios de prestigio². La sorpresa concluyó, cuando nuestras lecturas terminaron por hacer realidad el primer disparo intelectual que tuvimos cuando de ella conocimos por sus titulares. Concluimos sin más, que la estupidez de las personas (Mascaro y Porcar, 1986)³, en alguna de ellas no es limitada sino que es insondable y las muestras quedan expuestas a la vista de todos, todos los días.

Ya lo había señalado en un libro que fue muy conocido algunas décadas atrás y quizás ayudó a que muchas de las personas que lo leímos -recuerdo haberlo hecho sobre mediados de los ochenta-, nos ayudó -solo parcialmente- a ser algo menos estúpidos. Me refiero a la obra del Prof. húngaro y nacionalizado británico Paul Tabori, que en 1964 escribiera 'Historia de la estupidez humana', y que se editó en nuestro país por editorial Siglo Veinte en 1966 y que tenía una breve introducción de Richard Armour que comienza así: "Algunos nacen estúpidos, otros alcanzan el estado de estupidez, y hay individuos a quienes la estupidez se les adhiere. Pero la mayoría son estúpidos no por influencia de sus antepasados o de sus contemporáneos. Es el resultado de un duro esfuerzo personal".

² Vide entre otros medios, El Mundo de España, Clarín de Argentina (https://www.clarin.com/internacional/estados-unidos/coronavirus-unidos-organizan-fiestas-premiar-primero-contagia-covid-19_0_zsd8xjgB1.html), New York Times de EE.UU.

³ No nos estamos refiriendo en esta ocasión a la 'estupidez', tal como es reconocida en el ámbito médico como "incapacidad profunda de las facultades intelectuales, generalmente congénita" (Mascaró y Porcar, 1986, pág. 191).

EXCURSUS - POSTALES DE LA ENFERMEDAD COVID-19

En 'tiempos pandémicos' como son los actuales, hemos encontrado ejemplos especiales de la mayor síntesis de la estupidez; mediante la cohabitación deliberada entre el hombre (estúpido) y la enfermedad del COVID-19.

Como sabemos, en el mundo desde hace algunos meses a esta parte, se ha desatado una auténtica carrera de la industria farmacéutica vinculada a los grandes centros de investigación a los fines de desarrollar exitosamente la tan ansiada vacuna que ponga límites al COVID-19, cuestión ésta, que si bien podrá tener diversos intereses por detrás, desde económicos a altruistas; mas lo cierto es que con ella se habrán de establecer los resguardos suficientes para los sistemas inmunitarios de las personas y dar con tal desarrollo, por iniciado el trayecto de la convencionalización de la enfermedad en términos generales.

Hasta que ello ocurra, los Estados y las personas, nos deberemos mover con la máxima responsabilidad, entendiendo que podemos ofrecer poca resistencia a la enfermedad y que la transitoriedad del estado de gravedad sanitaria, nos impone y autoriza a tener que tomar con cierta adaptabilidad de situación normal, aquello que definitivamente no lo es, y por ello, como aportaremos en la postal siguiente. Negamos nombrar la singularidad de nuestro vivir contemporáneo bajo el concepto de 'nueva normalidad'; siendo este acontecer de nuestra realidad, la anormalidad en la transitoriedad de una enfermedad pandémica.

Mas lo leído en los diarios antes citados, sobrepasa todo criterio de anormalidad por la enfermedad, es una extraña confusión de estupidez y relajamiento moral.

Pues las informaciones en cuestión indican, que el Estado de Texas acorde los últimos datos, es el cuarto más numeroso en contagios en los EE.UU. con 596.000 infectados, y las muertes superan las 11.000 personas. Sin embargo, todavía hay personas –bastante estúpidas- que consideran que el COVID-19 es un invento de los Estados, de los gobernantes o de los medios de comunicación entre otros efectores mendaces, y por ello, deciden poner a prueba su misma inmunidad al virus en una fiesta, para la cual, todos colocan dinero a modo de entrada, y en la cual, como en un buen proyecto experimental, hay también invitados que son positivos de la enfermedad y que muy pocos conocen quienes son –y seguramente no participarán de la reunión- con ello por delante, los desafiantes del reto; se divierten toda la noche y quizás enfermen o no enfermen.

Diríamos que es una metodología contrapuesta a todo método ciego, pues los enfermos saben que todos los demás son sanos y por ello, su función indigna es exponer y propagar la enfermedad. Pues si algunos son estúpidos, está claro que otros son perversos.

El premio –que paradojalmente ha incentivado la presencia el macabro evento-, es para quien sea el primero en reportar estar contagiado de coronavirus, y será quien se lleva lo recaudado con la venta de las entradas y eventualmente también, por el mismo costo, se puede adjudicar el podio principal que la enfermedad de SARS-CoV-2 puede ofertar, como lo fuera para un joven de 30 años de edad, quien luego de estar hospitalizado en el Hospital Metodista de San Antonio falleció y que hizo el relato de lo sucedido a la doctora Jane Appleby, directora médica del nosocomio.

Otra de las fuentes señalan, que "al menos una persona en Kentucky se contagió de covid-19 después de participar en una 'fiesta de coronavirus' con un grupo de adultos jóvenes, dijo el gobernador Andy Beshear". De las informaciones todo parece orientar a un grupo de jó-

venes universitarios de la ciudad de Tuscaloosa del Estado de Alabama, quienes habrían sido los promotores de las diabólicas como estúpidas reuniones.

Mientras escribimos esta postal, pensamos en la racionalidad y responsabilidad que todos nosotros colocamos a diario en evitar aglomeraciones, en privarnos de reuniones y tantas otras cosas; porque tenemos la certeza no solo que la enfermedad existe sino que también, bajo determinadas condiciones de las personas, es muy probable que también cause la muerte.

Sin embargo también he reparado, y haciendo abstracción de las metodologías que puedan estar en curso ahora y que seguramente no existían en siglos anteriores; que los tiempos de las pestes en muchas personas –antes que hoy-, promocionan sensaciones de vacío existencial y de muerte cuasi segura y quizás por ello, a muchas de ellas, no les quedaba otra cosa que entregarse al máximo disfrute del placer orgiástico, porque la muerte era un dato de la realidad inmediata.

Así lo relata el propio Tucídides cuando en el Libro II de la 'Historia del Peloponeso' recordando la epidemia de Atenas del 430 a.c., indica que el relajamiento moral era notable y que "la peste introdujo en Atenas otro tipo de inmoralidades aún más graves; las personas se entregaban al placer con un descaro nunca visto" (Tucídides, 1976).

De alguna manera ello es también reflejado por el mismo Giovanni Boccaccio en la introducción al *El Decamerón*, en donde dicho autor, como espectador en primera persona de la 'Peste Negra' (1348-1352) que asoló especialmente a Florencia, relata los diez días con los cien cuentos, que los diez jóvenes -7 mujeres y 3 hombres- se contaría cada día, para con ello, refrescar su dolor por la epidemia y dibujando detrás de muchos de los cuentos, diversas fantasías eróticas.

En los dos casos está la pandemia, en ambos el núcleo central es la huida que el hombre realiza de la enfermedad, ya sea por el desenfreno de la lujuria o por la sublimación de la belleza poética; pero en realidad lo que ahora conocemos por los periódicos, no es la fuga de la enfermedad sino lo contrario, esto es, ir a su encuentro; como si ella fuera inexorable o inexistente, lo cual resulta inexplicable en cualquiera de los extremos dichos.

En realidad tal cuadro biográfico ante la enfermedad del COVID-19 en estas personas que salen a su encuentro, desafiando con su juventud el ejército del virus que está presto para apoderarse de los cuerpos; parecen encarnar una especie invertida del 'ars moriendi' (arte de morir) del bajo medioevo y que era la forma posible, en que el propio hombre, a veces en su lecho de enfermo, podía subvertir su historia negativa del pasado, encontrando la redención necesaria y con ello, reinventar su misma historia individual de pecador (Sanmartin Bastida, 2006).

Los jóvenes de las 'fiestas del coronavirus', inauguran un estúpido modo de ars vivendi (arte de vivir) que intenta desafiar lo que no siempre está permitido, como son las reglas del sentido común (Garrigou-Lagrange, 2006). Las estadísticas epidemiológicas que indican que los jóvenes no son quienes más mueren por COVID-19 son reales, pero ello no implica que algunos puedan morir.

Nadie puede sentirse completamente inmune ante la pandemia, creerlo así, tal como

EXCURSUS - POSTALES DE LA ENFERMEDAD COVID-19

advertimos a nuestro alrededor; permite darle crédito a las últimas palabras del párrafo final de Tabori: *"Fin... pero la estupidez humana no tiene fin"*.

IV. Tiempos pandémicos y la 'nueva normalidad'

Es relativamente conocido para todos nosotros, que los momentos socio-culturales en los cuales nos viene a corresponder vivir, habrán de estar signadas por lo que se conoce como los 'signos de los tiempos'. Tal apreciación se refiere a cuestiones profundas, que naturalmente calan en las dimensiones antropológicas, filosóficas y trascendentes en la cual dicho hombre se encuentra inmerso.

Así tales signos, pueden estar materializados en una cultura de la maximización del consumo y del hedonismo, puede por el contrario estar matrizados bajo una idea de la contemplación o por el espíritu del capitalismo o en su defecto, un ideal de beneficencia. Acaso por una cultura que exacerbe los derechos individuales o por el contrario, una apertura a la dimensión social del hombre.

Más de ello no queremos ocuparnos ahora. No buscamos describir signos de los tiempos; en realidad aspiramos presentar algo que está en una escala menor y que nombramos como las 'pequeñas culturas' que una determinada presencia epocal construye, y la sociedad asimila; hasta que finalmente puede que quede internalizada en las prácticas y los usos corrientes de ese colectivo social.

En alguna medida, los aspectos a los cuales nos estamos refiriendo, se vinculan con lo que algunos autores han considerado bajo el concepto *lato sensu* de la 'sociología de la moda' (Konig, 1968) y un proceso más o menos corriente de 'aculturación' (Gallino, 2005). Esto es, no viendo allí meramente una cuestión de vestimentas y presencias de la persona en la sociedad, sino las diversas maneras en que un determinado fenómeno epocal ha logrado colonizar las personas en modo evidente y en la mayoría de los supuestos puede que no exista siquiera disfrute por ello, sino simplemente una circunstancia de inercia que en la medida que ella más se consolida, deviene más complejo, discutir su asiento socio-cultural⁴.

Que no cabe duda alguna desde nuestra mirada, que el suceso sanitario del COVID-19 que asola desde finales del año anterior al planeta y que ha enfermado a 23.400.000 personas y matado a otras 809.000; como que también, ha destruido económicamente hablando personas, empresas y fábricas. Y en algunos casos ha sido tan severa su fuerza dañina, que financieramente ha arrasado con países completos.

Semejante fenómeno sanitario, bien permite hablar de que el tiempo por el cual atravesamos y seguramente en el cual habremos de estar por varios años, no puede ser nombrado más apropiadamente como de un 'tiempo pandémico'. Y como tiempo pandémico que es, ha prodigado un conjunto de comportamientos, prácticas, realizaciones, maneras de pensar, relacionarse, estudiar, trabajar, disfrutar del ocio, conjugar lo familiar con lo social, etc., que ha resultado completamente innovador.

No queremos describir por innecesario, la extensa lista de cuestiones que ninguno de nosotros jamás pensamos vivir. Sin embargo han sido vividas y posiblemente todavía nos falten de conocer algunas otras, aún más graves.

⁴ Buenas referencias de ello nos brinda la obra de Elias, Norbert. El proceso de la civilización – Investigaciones sociogenéticas y psicogenéticas. Buenos Aires: F.C.E., 1993.

Lo cierto es que el 'tiempo pandémico' nos ha colonizado en muchas cuestiones, a veces por imperio de las normas que han resultado apropiadas para conducir sanitariamente la emergencia y en otros supuestos, porque no habiendo imposición de ello, las mismas circunstancias de la realidad nos hacen creer que es lo más conveniente que sean de una manera novedosa.

Advertimos entonces, que se encuentra absolutamente consolidado dentro del discurso no solo institucional sino también del habitual y societario en general; que hay en ellos una referencia a que cuando, se empiecen a dejar atrás, los efectos más graves y elocuentes de la pandemia, y entonces la baja de la marea descubra de nuevo la arena existente –o lo que quede de ella- en dicha playa, es cuando podremos reconocer la vastedad de la gravedad, la envergadura del daño y entonces, habrá que saber encontrar la manera y los instrumentos junto con los recursos económicos para enfrentar lo que por doquier se nombra como la 'nueva normalidad'.

Sintagma éste, al que en verdad no prestamos completa atención hasta no hace mucho tiempo, puesto que nos parecía como de ocasión su evocación. Estaba en nuestro parecer, muy lejos de ser dicho nombre el que conceptualmente registraría lo que habremos de experimentar en el terreno de la realización social cuando la pandemia se retire.

Destaco entonces, que detrás de la 'nueva normalidad', se encierra un conjunto bastante heterogéneo de cuestiones, que mezclan los hábitos no solo higiénicos y preventivos de las personas, sino la forma de brindarnos los tratos sociales y afectivos y que se proyectan también en realizaciones de mayor vigilancia y control ciudadano.

Las diversas y extravagantes maneras que parece, que serán sugeridas para cumplir con las funciones laborales en el ámbito público y privado, como también las peligrosas intromisiones que en la libertad ambulatoria y la intimidad de las personas se habrán de producir, todo siempre en defensa de la lucha por la pandemia que aunque ella haya quedado atrás, siempre habrá interesados en que no se olvide el peligro latente de su rebrote. Y con ello por delante, al amparo del sanitarismo político, estará la ocasión para continuar haciendo lo que muchos Estados han encontrado con deleite biopolítico poder hacer: controlar (Foucault, 1989).

Pero tampoco es ese ahora el problema sobre el cual queremos apuntar unas líneas. Volvemos a señalar que se trata de una cuestión más simple como tópico, aunque con un efecto de gravedad notable. Pues solo para tomar un ejemplo del fatigoso número que de ellos existe, días atrás un periódico nos traslada la información acerca de "¿Qué hacer con el cubrebocas cuando salimos a comer en la nueva normalidad? - Su uso, pretende impedir la diseminación de microrganismos que se alojan en boca, nariz y garganta".

La pregunta que nos suscita ello, es si resulta correcto hablar de una 'nueva normalidad'. En realidad creemos que bajo aspecto alguno es lo adecuado, por lo pronto, la normalidad de las cosas, y las prácticas de las personas; está siempre en el marco de lo que ha ganado una cierta habitualidad para un conjunto, en principio, importante de individuos. Es parte de la normalidad que se cumplan con ciertos hábitos, por ejemplo respecto al trato social en general y que ello no implica que sean todos ellos igualmente uniformes,

⁵ Disponible en: https://www.infobae.com/america/mexico/2020/07/05/que-hacer-con-el-cubrebocas-cuando-salimos-a-comer-en-la-nueva-normalidad/. Última consulta 8.VII.20.

EXCURSUS - POSTALES DE LA ENFERMEDAD COVID-19

sino que es cierto también, que cada estrato social de hecho, tiene normalidades que son comprensibles y aceptables en ese círculo, pero serian juzgadas como anormales en otro.

Muchos de nosotros cuando saludamos a una persona que nos acaban de presentar, lo 'normal' es extender la mano, mientras que si a ella la conocemos y guardamos afecto, posiblemente le brindemos un abrazo; en otros ámbitos, esa misma práctica es vista negativamente. Al menos así lo era, muchos años atrás cuando visitamos Japón, que no era para nada bien visto, pretender estrechar la mano del interlocutor.

Entonces por de pronto deberíamos repensar, si lo que nombramos como 'normalidad' es simplemente la habitualidad con la cual cumplimos determinadas prácticas. Y si es cierta, la noticia que hemos copiado más arriba: 'comer públicamente con *cubreboca*'; será una prueba de destreza interesante de sortear. Ahora, es ello la ¿nueva normalidad?.

Por de pronto más parece ser la idolatría a la anormalidad impuesta por la necesidad, pero creer que algo tan contranatural puede llegar a ser concedido como una 'nueva normalidad', nos parece que es tomar con poca seriedad las circunstancias emergenciales que como tal, imponen algunas transformaciones graves y extrañas, pero que siempre son precarias.

Todos nosotros hemos tenido situaciones excepcionalmente graves en algún momento de nuestras vidas, y ellas nos han llevado a realizar acciones también extraordinarias, extrañas y confusas; pero cuando lo excepcional desapareció, las hemos visto solo como anormales y no se nos ha ocurrido pensar, que podrían integrar parte de nuestra normalidad y de allí a la 'nueva normalidad'.

Que la sociedad epocal pospandémica nos imponga de algunas transformaciones profundas y otras no tan severas es cierto. Como también es muy probable, que muchas de ellas, terminen siendo asimiladas como valiosas aun cuando, el fantasma de la pandemia se haya retirado y entonces, no será ninguna 'nueva normalidad', sino la normalidad para un tiempo pospandémico.

Todo lo otro será provisorio, que no quiere decir de unos pocos días, será de varios meses quizás; pero escapa al pensamiento maduro decir, que habrá cuestiones que aun siendo contrarias a lo natural, serán la 'nueva normalidad'.⁶

Naturalizarlo de esa manera mediante el lenguaje corriente, es un primer síntoma alarmante por el cual se pueda creer que ciertas cosas –que desde ya no es el cubrebocas para las comidas, ese es solo el ejemplo- deben ser comprendidas impuestas por integrar la 'nueva normalidad' aparece como un exceso. Será en todo caso, las 'singularidad de lo excepcional'. De lo contrario parece, propiciarse una consideración descalificante y humillante a los ciudadanos sin más (Berger y Luckmann, 2008).

⁶ Desde otra perspectiva, pero que finalmente pueden ser utilizados varios de los argumentos. Canguilhem, Georges. Lo normal y lo patológico. México: F.C.E., 2009..

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Amigo Fernández de Arroyabe, Luisa (ed) (2003). *Humanismo para el siglo XXI*. Bilbao: Universidad de Deusto.
- Andruet, Armando (2020). *Estado de excepción sanitaria Lateralidades morales, sociales y jurídicas*. Buenos Aires: Astrea.
- Andruet, Armando (ed) (2020). *Consecuencias jurídicas, institucionales, ambientales y sociales de la pandemia de COVID-19*. E-book Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba. Disponible en: https://www.acaderc.org.ar/2020/07/07/consecuencias-juridicas-institucionales-ambientales-y-sociales-de-la-pandemia-covid-19/
- Bauman, Zigmunt (2010). *Mundo consumo Ética del consumo en la aldea global.* Buenos Aires: Paidós.
- Berger, Peter y Luckmann, Thomas (2008). *La construcción social de la realidad*. Buenos Aires: Amorrortu.
- Burnet, MacFarlane (2007). *Historia de las enfermedades infecciosas*. Madrid: Alianza.
- Cortina, Adela (2010). Justicia cordial. Madrid: Trotta.
- Delumeau, Jean (2019). El miedo en occidente. Madrid: Taurus.
- Du Gay, Paul (2012). En elogio de la burocracia -Weber, Organización, Ética. Madrid: Siglo XXI.
- Ducrot, Oswald y Schaeffer, Jean-Marie (1998). *Nuevo diccionario enciclopédico de las ciencias del lenguaje.* Madrid: Torrecifes, pág. 121 y ss.
- Foucault, Michel (1989). El ojo del poder. En Jeremy Bentham, El panóptico, Puebla: Premià.
- Gallino, Luciano (2005). Diccionario de Sociología. México: Siglo XXI, pág. 5 y ss.
- García Marzá, Domingo (2011). Ética empresarial Del diálogo a la confianza. Madrid: Trotta.
- Garrigou-Lagrange, Reginald (1944). El sentido común. Buenos Aires: Desclée de Brouwer.
- Garzón Valdés, Ernesto (2004). *Calamidades*. Barcelona: Gedisa, pág. 199.
- Gracia, Diego y Peset, José (1978). *La medicina en la baja edad media latina (siglos XIV y XV).* En Pedro Laín Entralgo, Historia Universal de la Medicina. Madrid: Salvat, T.IIII, pág. 347 y ss.
- · Harari, Yuval (2014). Homo Deus Breve historia del mañana. Madrid: Debate, pág. 295.
- Jonas, Hans (1995). El principio de responsabilidad Ensayo de una ética para la civilización tecnológica. Barcelona: Herder.
- Konig, René (1968). Sociología de la moda. Buenos Aires: Carlos Lohlé.
- Lévinas, Emmanuel (2000). Etica e infinito. Madrid: La balsa de la Medusa, 2000.
- Lipovetsky, Gilles (1994). *El crepúsculo del deber La ética indolora de los nuevos tiempos democráticos*. Barcelona: Anagrama, pág. 245 y ss.
- Mascaró y Porcar, José (1986). Diccionario Médico. Barcelona: Salvat, pág. 191.
- Mora, Antoni (2005). *La inquietud y el cuidado La tentativa biopolítica de Maurice Blanchot*. En Javier Ugarte Pérez (compil.) La administración de la vida Estudios biopolíticos. Barcelona: Anthropos, pág. 153 y ss.
- Quéau, Philippe (1995). Lo virual Virtudes y vértigos. Barcelona: Paidós, 1995.
- Sanmartín Bastida, Rebeca (2006). *El arte de morir La puesta en escena de la muerte en un tratado del siglo XV*. Madrid: Iberoamericana.
- Sigerist, Henry (1946). Civilización y enfermedad. México: F.C.E.
- Snowden, Frank M. (2020). *Epidemics and society. From the black death to the present*, Connecticut, Yale University Press.
- Tucídides (1976). Historia de la guerra del Peloponeso. Madrid: Guadarrama, pág. 78.
- Van Dick, José (2016). Acerca de la cultura de la conectividad. Buenos Aires: Siglo XXI.

2. ESTUDIOS GENERALES

LA ADJUDICACIÓN JUDICIAL: MODELOS DE RACIONALIDAD JURÍDICA Y PARTICULARI-DADES DE LA DECISIÓN JUDICIAL EN MATERIA DE SALUD

JUDICIAL ADJUDICATION: MODELS OF LEGAL RATIONALITY AND PARTICULARITIES OF THE JUDICIAL DECISION IN HEALTH MATTERS

Lucia Irene Lapenta¹

DOI: https://doi.org/10.37767/2591-3476(2020)15

Fecha de envío: 05.03.2020 Fecha de aceptación: 10.06.2020

RESUMEN:

Este artículo presenta un análisis sobre las particularidades del razonamiento judicial en materia de salud, en el marco de los modelos de racionalidad material. A tal fin, se analizan cinco fallos jurisprudenciales y se ofrecen algunas reflexiones en relación con el razonamien-to judicial subyacente, identificando aquellos elementos que caracterizan la toma de decisión judicial en materia de salud.

ABSTRACT

This article presents an analysis of the specifications in judicial reasoning in health mat-ters, with reference to models of material rationality. To do that, we analyze five jurispruden-tial decisions and offer some reflections in relation to the underlying judicial reasoning, identifying those elements that characterize the judicial decision making regarding the Right to Health.

PALABRAS CLAVE: adjudicación judicial; racionalidad material; Derecho a la Salud.

KEY WORDS: judicial reasoning; material rationality; Right to Health.

I. Introducción

El presente artículo se inscribe en el marco del proyecto de investigación titulado "La adjudicación judicial: entre la racionalidad de fines y la racionalidad de necesidades. Un estudio

¹ Abogada, Magister en Sociología Jurídica (IISL) y Doctora en Sociología Jurídica (UPV/EHU). Docente en la Facultad de Derecho de Azul (Universidad Nacional del Centro de la Provincia de Buenos Aires). Integran-te del Centro Interdisciplinario de Estudios Políticos, Sociales y Jurídicos (UNICEN). Mail de contacto: luciailapenta@gmail.com. ORCID iD: https://orcid.org/0000-0001-8646-8349.

de casos de la provincia de Buenos Aires", desarrollado dentro del Centro Interdisciplinario de Estudios Políticos, Sociales y Jurídicos (C.I.E.P.) con inserción en la Facultad de Derecho y la Facultad de Humanas de la Universidad Nacional del Centro de la Provincia de Buenos Aires.² Este proyecto plantea como objetivo central reconstruir los procesos de adjudicación que realizan los jueces, identificando los modelos de racionalidad judicial que subyacen detrás de sus resoluciones. Dentro de este marco, este artículo aborda el análisis de algunas decisiones judiciales en materia de salud.

Si bien es cierto que existe el imperativo general de fundamentar las resoluciones judiciales,³ no todas las sentencias evocan una fundamentación igualmente profunda. De acuerdo con los postulados de algunos teóricos como Ronald Dworkin (1975) y Manuel Atienza (2005, 2013), cabe distinguir entre aquellos casos fáciles, caracterizados por una cierta claridad sobre las reglas aplicables, sin problemas de interpretación o cuestiones de validez, que resultan por ende más afines a un tipo de razonamiento formal o por subsunción; y por otro lado aquellos otros casos, considerados como casos difíciles, complejos o excepcionales, que conllevan problemas de interpretación, de relevancia, de vacíos legales, de ponderación, y que consecuentemente suelen reclamar otro tipo de razonamiento, con fundamentaciones más profundas y elaboradas.⁴

En este artículo ofrecemos un análisis exploratorio sobre las particularidades de la decisión judicial en materia de salud. Para ello, analizamos cinco casos jurisprudenciales en los que se aplica el derecho a la salud, y ofrecemos algunas reflexiones en relación al razonamiento judicial subyacente. Comenzaremos con un abordaje teórico sobre algunos modelos de racionalidad judicial, donde se incorpora el razonamiento por principios y la tarea de ponderación. Luego, procuraremos ilustrar el mapa de razonamientos y justificaciones subyacentes en los fallos seleccionados. Finalmente, esbozaremos algunas reflexiones integradas a modo de conclusión y plantearemos algunos interrogantes vinculados a la aplicación de una racionalidad de fines en relación al derecho a la salud.

² El núcleo de esta investigación radica en el desarrollo de un análisis profundo sobre el razonamiento judicial detrás de las adjudicaciones judiciales, utilizando para ello resoluciones de sentencia pertene-cientes a diversos casos de la justicia provincial y federal dentro del Departamento Judicial de Azul, Pro-vincia de Buenos Aires, durante el período comprendido entre los años 2008 y 2018.

El criterio de selección de casos presentados en este artículo responde a una distribución pautada in-ternamente entre los miembros del equipo de investigación, en base a un doble criterio: el órgano judi-cial interviniente y las temáticas jurídicas abordadas. Por ello, este artículo recopila exclusivamente aque-llas resoluciones de sentencia emitidas por la Cámara Federal de Apelaciones de Mar del Plata, en rela-ción al derecho a la salud y/o del derecho de las personas con discapacidad, en el período comprendido entre 2008 y 2018.

De acuerdo a estos parámetros, y salvando las limitaciones de acceso a resoluciones digitalizadas en dicho período temporal (cuando la digitalización del trámite judicial no era la regla), los cinco casos que aquí se presentan comprenden todos los fallos dictados por la Cámara en los cuales se observa un desarrollo argumentado de la decisión, más allá de las cuestiones puramente procesales o de forma. El con-junto de casos que aquí se analizan no constituye un número suficiente ni aborda una extensión jurisdic-cional apropiada a los fines de un estudio estadístico y representativo de la jurisprudencia argentina en materia de derecho de salud. Sin embargo, consideramos que constituye una base firme para sostener un primer análisis exploratorio y algunas reflexiones sobre la temática.

³ Cabe mencionar al respecto el artículo 18 de la Constitución Nacional y el artículo 3 del Código Civil y Comercial de la Nación que expresamente dispone "El juez debe resolver los asuntos que sean sometidos a su jurisdicción mediante una decisión razonablemente fundada". Así también, el artículo 34 inc 4 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación que reza "Son deberes de los jueces: 4. Fundar toda sen-tencia definitiva o interlocutoria, bajo pena de nulidad, respetando la jerarquía de las normas vigentes y el principio de congruencia".

⁴ Manuel Atienza (2005, 2013) incorpora la categoría de casos trágicos, para aquellos casos en los que toda alternativa de decisión judicial supone un daño para algún bien considerado esencial. "Yo creo que en los casos difíciles puede sostenerse, efectivamente, que hay una, una sola, respuesta correcta. Pero que además de casos fáciles y casos difíciles (...) hay casos trágicos: aquellos en los que no es que haya más de una respuesta correcta, sino que no hay ninguna; en los que es imposible realizar la justicia a través del Derecho (...) Los casos trágicos no suponen una claudicación de la razón, de la argumentación. Pero muestran sus límites: los límites de la racionalidad, de la argumentación jurídica" (Atienza, 2013: p.812).

En otro sentido, Miguel Ángel Ciuro Caldani (2005) considera que no existen los casos fáciles, sino que se trata de un fraccionamiento o recorte de la complejidad al momento de construir el caso. "Cada enfoque respecto de los casos, su facilidad y su dificultad, depende de la construcción que se dé al obje-to jurídico (...) El trialismo requiere que el caso, como todo despliegue jurídico, sea construido tridimen-sionalmente como un problema por una adjudicación (...) En la construcción trialista, de una complejidad pura integrada socio-normo-axiológicamente, puede haber casos fáciles y difíciles desde cada una de las dimensiones y consecuentemente en el conjunto, pero nunca al fin sencillos o simples (sin composición), ni siquiera en una de las dimensiones (...) La falta de necesidad de esfuerzo no debe ocultar la compleji-dad de los casos" (Ciuro Caldani, 2005: p.1).

2. Algunos modelos de razonamiento judicial

El deber de los órganos judiciales de motivar las resoluciones de sentencia encuentra uno de sus grandes fundamentos en el Estado de Derecho y, en este sentido, opera como garantía propia de todo régimen constitucional de derecho.

La emisión de una sentencia razonablemente fundada implica para los magistrados la aplicación de una cierta racionalidad, en tanto incluye el desarrollo de una argumentación coherente, congruente con las pretensiones y las actuaciones procesales. De este modo, al momento de justificar su decisión, el Juez explicíta la selección y el recorte de los hechos que se han confirmado por las pruebas producidas y los valora junto a las normas jurídicas que considera aplicables al caso. En este sentido, el proceso formativo de la sentencia conlleva indudablemente un momento interpretativo, lógico y valorativo.

Como consecuencia de ello, el motivo o fundamento de una sentencia judicial se constituye con las razones determinantes del mismo acto resolutivo. Allí se exterioriza el razonamiento desarrollado por el órgano que justifica la decisión tomada. No obstante ello, no todas las sentencias contienen una fundamentación de igual profundidad.

El modelo de subsunción es el tipo de razonamiento jurídico más tradicional dentro del ámbito judicial. Este modelo se encuentra guiado por un tipo de racionalidad formal, don-de la seguridad jurídica y la predictibilidad actúan como los valores guía más importantes. Este tipo de razonamiento parte del supuesto que los hechos que son subsumidos en los postula-dos de una determinada norma, y a continuación se obtendrán las consecuencias jurídicas por mera deducción de las premisas.

El razonamiento por subsunción configura el modelo predominante en aquellos casos fáciles, sencillos. Aulis Aarnio describe estos casos rutinarios como aquellos que "consisten en la aplicación de una norma jurídica a un caso individual" (Aarnio, 1991: p.23). El autor los caracteriza en base a dos condiciones principales: por un lado, se trata de casos que se producen reiteradamente, y por el otro, la decisión dentro del caso consiste literalmente en la aplicación de la ley; es decir, que el hecho a determinar depende de la norma jurídica que se aplica, y no de la actividad del operador jurídico que la aplica. De este modo, dentro del esquema de estas decisiones simples, la adjudicación judicial se reduce a una aplicación mecánica de la norma y, por lo general, no queda espacio para la discrecionalidad entre reglas alternativas.⁵

Frente a los casos sencillos se ubican por contraposición los casos difíciles o complejos. Este segundo grupo evoca, a su vez, la aplicación de un tipo de razonamiento particular que se extiende más allá de la mera subsunción, donde se permite desplazar las reglas, a efectos de fundar la resolución judicial en base a principios y valores.

En términos de adjudicación judicial, los casos difíciles implican una decisión discrecional, explica Aarnio, allí cuando más de una norma jurídica puede ser aplicada al mismo conjunto de hechos o cuando la misma norma jurídica permite más de una interpretación (Aarnio, 1991). En este tipo de casos, el decisor actúa acorde con el ordenamiento jurídico, aunque dentro de un cierto margen de discrecionalidad; por lo cual estos casos (a diferencia de las decisiones rutinarias) resultan de alto interés desde el punto de vista de la interpretación del derecho.

⁵ En consonancia con ello, indica Aarnio, las decisiones rutinarias no resultan de mucho interés desde el punto de vista de la interpretación del derecho (Aarnio, 1991).

Entonces, en términos de razonamiento judicial, el razonamiento dentro de los casos difíciles excede el modelo tradicional de subsunción. En este sentido, Lars Eriksson (1997) indica la aparición de nuevos tipos de razonamiento jurídico (o modelos de argumentación jurídica), con motivo de una cierta mutación del derecho moderno hacia tendencias conflictivas.⁶ Eriksson sostiene que la función del derecho moderno es la de reforzar un orden y resolver conflictos: "el sistema jurídico es, en otras palabras, un orden de integración y un orden de resolución de conflictos" (Eriksson, 1997: p.114). No obstante ello, el autor indica que esta función de orden se encuentra en crisis y expresa que "una característica esencial del derecho moderno es que no existe un principio unificador que garantice la coherencia del sistema" (Eriksson, 1997: p.113).

Entonces, según Eriksson, aquel orden jurídico que estaba guiado por una racionali-dad formal, por normas generales y abstractas, es visto hoy como un derecho que se acerca hacia otros modelos de racionalidades materiales, conformadas por "valores políticos, económicos, sociales y morales que se construyen dentro del orden jurídico, de modo que la toma de decisión jurídica se parece cada vez más a la toma de decisión política y los economistas, sociólogos, asistentes sociales y tecnócratas comienzan a tener una influencia cre-ciente en la aplicación práctica del derecho" (Eriksson, 1997: p.115).

Lars Eriksson enfatiza sobre el surgimiento de dos tipos de racionalidades en particular: la racionalidad de fines y la racionalidad de intereses. Según el autor, ambos modelos de razonamiento o argumentación jurídica coexisten en el orden jurídico de hoy.⁷

En el modelo de racionalidad de fines, "las reglas jurídicas y los principios que las respaldan le proporcionan al juez aquellos fines e intereses que funcionan como premisas básicas de la argumentación (...) Dentro del marco de lo factible y aceptable, el juez puede tomar sus decisiones de un modo comparativamente irrestricto y permitir que el problema mismo determine la decisión final" (Eriksson, 1997: p. 121). En otras palabras, el modelo racional de fines adopta una mirada más sistémica y la racionalidad de la decisión tomada se mide en función de lograr una armonía entre los intereses en conflicto, a través de una decisión socialmente equilibrada.

De modo que no se trata de un modelo deductivo de subsunción, sino que existe una cierta elaboración por parte del juez en miras al sistema y a la sociedad en su conjunto al momento de fundar la resolución judicial. Así también, a diferencia del modelo de subsunción, en este modelo de racionalidad el hecho a determinar no surge de la regla misma, sino más bien de una conjunción coherente entre los hechos del caso, la norma y los fines últimos del sistema normativo.

El papel del juez dentro del modelo racional de fines es mucho más activo que el de un

⁶ El autor plantea el desarrollo de ciertas tendencias conflictivas dentro del derecho moderno y puntualiza sobre la existencia de dos fenómenos crecientes: la "materialización" y la "hiperjuridización".

La creciente materialización consiste en el pase de un orden jurídico guiado por una racionalidad formal hacia una racionalidad material, compuesta por valores políticos, económicos, sociales y morales que se construyen dentro del propio orden jurídico. La hiperjuridización se presenta en tanto cada vez más ciertos aspectos que no estaban regulados por el Derecho pasan a ser regulados y en consecuencia asumen luego el carácter de conflictos justiciables. De este modo, según el autor, los órdenes (económi-co, cultural, simbólico, político) que antes eran autónomos, están ahora sometidos a una intensa regulación jurídica.

⁷ Jeremy Waldron (2000) presenta un argumento similar en un artículo posterior cuando refiere al lengua-je de los derechos y el lenguaje de las necesidades. En su artículo observa que tipo de lenguaje se utiliza por parte del peticionante a la hora de realizar el reclamo y determina como no sólo resultan complementarios sino que conviene una utilización conjunta en tanto el lenguaje de los derechos le otorga un marco de firmeza y responsabilidad al lenguaje de las necesidades.

mero aplicador. Su rol comprende la tarea de interferir la realidad mediante correctivos y de conjeturar a través de su propia resolución judicial en base a una racionalidad sustancial guiada por los fines expresados en las normas.

Por otro lado, el *modelo de racionalidad de necesidades* se considera, según Eriksson, como una variante de la racionalidad de fines. Este modelo se desarrolla "como resultado de la legislación propia del Estado Social de Bienestar, la cual atiende a las necesidades concretas y reales de los miembros de la sociedad de un modo mucho más amplio que las legislaciones anteriores" (Eriksson, 1997: p.121). Dentro de este modelo, la racionalidad de la decisión (es decir, la validez de los argumentos) se mide por sus efectos en las necesidades concretas de las personas involucradas en el caso y la capacidad de la resolución judicial para satisfacer dichas necesidades.

A modo de comparación, podemos decir que el modelo racional de fines busca decisiones socialmente equilibradas, es decir, que propende a generar un cierto orden con base en decisiones proyectadas dentro de un marco sistémico mayor. Por el contrario, el modelo racional de necesidades busca recuperar o restaurar un cierto orden afectado mediante la satisfacción óptima de las necesidades concretas de las personas involucradas en el caso.

A nuestro entender, de la mano de estos dos modelos de racionalidad, entra en juego también el cambio en la concepción de las normas y el modo de entender la aplicación del derecho. Es decir, que resulta posible establecer una vinculación estrecha entre estos tipos de racionalidades materiales y la distinción dentro del complejo de las normas jurídicas entre las reglas jurídicas, por un lado, y los principios normativos, por el otro. Ofrecemos mayores precisiones sobre esta cuestión en el próximo apartado.

3. El lugar de los principios dentro de la adjudicación judicial

Para Robert Alexy (2001), los principios son normas que ordenan que se realice algo en la mayor medida posible. Los principios son, por consiguiente, mandatos de optimización que se caracterizan porque pueden ser cumplidos en diversos grados, en tanto la medida que ordenan cumplir depende de las posibilidades fácticas y también de las posibilidades jurídicas.

En este sentido, los principios así comprendidos también se enrolan dentro del proceso de materialización del orden jurídico en cuanto marcan la introducción de valores e intereses. Éstos funcionan esencialmente como lazos entre el sistema jurídico y sistemas u órdenes no jurídicos, como la moral y la política.⁸

En el marco de este trabajo, cabe indagar sobre cuál es la lógica y el tipo de razona-miento que se esconde detrás de los principios. Lars Eriksson indica que "Los principios son capaces de proporcionar al menos una coherencia fragmentaria a los sistemas parciales del orden jurídico. La función primaria de los principios substanciales es, precisamente, conferir estabilidad a dichos sistemas, funcionando como medios para la sistematización e interpretación de las reglas jurídicas" (Eriksson, 1997: p.119).9

⁸ La vinculación existente entre Derecho y Moral, según Alexy, resulta más clara en los principios constitu-cionales, como los de dignidad humana, libertad, igualdad, democracia, Estado de derecho y Estado social.

⁹ Para Eriksson "una característica esencial del derecho moderno es que no existe un principio unificador que garantice la coherencia del sistema"; "... el orden jurídico moderno debe, pues, unificar principios integradores incompatibles..." (Eriksson, 1997: p. 113/115). Aparece en estas citas la referencia

Recordamos que el modelo racional de la subsunción presenta la aplicación del Derecho como un proceso que consiste en la determinación mecánica de las consecuencias ya previstas para los hechos concretos. Desde la mecánica de la subsunción, la operación de justificación se agota en mostrar que el supuesto de hecho real coincide con el supuesto normativo previsto por el legislador.

En la actualidad, la creciente referencia a los principios ha supuesto un nuevo modo de entender la tarea de aplicación del Derecho, ubicada muy lejos de lo que podamos imaginar como una tarea mecánica. Uno de los primeros motivos que explica esta distancia con la aplicación mecánica radica en el hecho de que el universo de los principios introduce una categoría de principios normativos donde el significado no es evidente o no se encuentra absolutamente determinado. Así, se contrapone la cualidad de determinación presente en las reglas y la propuesta de optimización que introducen los principios.

Las reglas tienen una determinación precisa del supuesto de hecho y permiten una aplicación por subsunción y deducción (Aarnio, 1991). Los conflictos entre reglas, también llamados antinomias, se resuelven por razones de jerarquía, temporalidad o especialidad; más nunca puede existir una aplicación dual en el universo de las reglas jurídicas.

Por el contrario, los principios siempre incluyen un cierto grado de indeterminación. Éstos son indeterminados porque no tiene un supuesto de hecho específico, sino que se plantean como guías para el razonamiento legal (Aarnio, 1991). De este modo, resulta imposible pensar en la deducción o subsunción de los hechos dentro de un principio normativo. Sumado a ello, a diferencia de las antinomias, puede existir una aplicación dual en el universo de los principios y resulta incluso factible que estos dos (o más) principios se encuentren en contraposición.

Dentro del esquema de los principios, la colisión entre ellos no conlleva una opción de alternativas excluyentes, sino que se origina una tarea de ponderación de principios a cargo del juez que atiende el caso concreto. Toda ponderación o medición de la importancia de los principios deriva en la construcción de una "jerarquía axiológica o móvil" (Guastini, 2001), entendida como un orden de preferencia mutable y dependiente de cada caso concreto.¹⁰

La tarea de la ponderación de principios, al igual que la subsunción, constituye una instancia de construcción argumental. Es cierto que ambos parten de puntos de inicio diferentes y que se orientan en direcciones opuestas. Aún así, en ambos casos se encuentran presente la necesidad de esclarecer el problema jurídico, de ofrecer claridad en la exposición y de resguardar una cierta coherencia lógica, de buscar solidez en la argumentación, de mantener una congruencia con el desarrollo del caso en el marco del proceso judicial, etc. De este modo, más allá de estas condiciones comunes (que podríamos llamar precondiciones de todo modelo de racionalidad), entendemos que los principios se apartan del modelo de la racionalidad formal o la mecánica de la subsunción. Por el

a la tarea de ponderación de principios que encabezan los jueces en el derecho actual. Consideramos que el inte-rrogante que surge en este contexto de incompatibilidades es si existe la unidad del orden jurídico hoy, si resulta ello deseable y, en todo caso, cómo garantizar esa moción de unidad dentro del derecho.

¹⁰ En el mismo sentido, Gustavo Zagrebelsky (2003) refiere a un "derecho dúctil", en cuanto a aquel orde-namiento jurídico que, informado por principios de justicia material, resulta maleable en la medida en que ningún principio prevalece en forma predeterminada sobre el otro. La prevalencia de los principios se evalúa y se establece dentro de cada caso concreto. Así explica el autor que, al momento de la ponde-ración, el juez evalúa si el resultado que produciría la aplicación de un principio en el caso concreto le parece más justo (o menos injusto) que el resultado que derivaría de aplicar el segundo principio.

contrario, éstos mantienen una clara cercanía con los modelos de racionalidad material y, en particular, con los modelos de racionalidad de fines y de necesidades que plantea Lars Eriksson. Comparten entre sí las bases de la vinculación material y sustantiva dentro del orden normativo, que conforman nuestro Derecho actual, en equiparación a las condiciones de taxatividad y determinación propias de las reglas jurídicas.¹¹

4. Análisis de casos en materia de salud

En este apartado realizamos el análisis de cinco sentencias de la Cámara Federal de Apelaciones de Mar del Plata, todas ellas referidas al Derecho a la Salud. En términos generales, todos los casos encuentran su origen en un reclamo individual frente a obras sociales (públicas y privadas), y se vinculan con la aplicación de la Ley de Obras Sociales (ley nro. 23660), Ley del Sistema Nacional de Seguro de Salud (ley nro. 23661), Ley de Prestaciones Médicas (ley nro. 26682) y Ley de Discapacidad (leyes nro. 24901 y 22431). A su vez, desde el punto de vista de la petición, en todos los casos se encuentra alguno de los siguientes patrones: el reclamo ante la negativa expresa de cobertura médica o el silencio arbitrario de la obra social ante el pedido del beneficiario; o el reclamo por limitaciones en la cobertura médica (en particular, la derivación con un especialista determinado).

Sentados estos rasgos generales, nos interesa plasmar algunos elementos particulares de cada caso y a continuación ofrecemos un análisis integrado de todos ellos en términos de razonamiento judicial y de aplicación de principios.

4.1. "García Ivana R. c/ C.S. Salud s/amparo"

En el caso "García Ivana R. c/ C.S. Salud s/amparo" causa nro. 13330, con sentencia de la Cámara del año 2012, se presenta la negativa de la obra social a cubrir una intervención quirúrgica de By Pass gástrico requerido por la actora. La sentencia de primera instancia decla-ra arbitraria la omisión de la demandada y la obliga a brindar una cobertura integral. En segunda instancia se confirma esta decisión. Cabe analizar aquí los argumentos expuestos por el Tribunal y el razonamiento desarrollado en el caso concreto.

En oportunidad de la expresión de agravios, la obra social alude a la inexistencia de un accionar ilegítimo o arbitrario, considerando el marco contractual que rige su vínculo con la beneficiaria del servicio de salud. A su vez, se indica que la actora no habría cumplido con sus obligación de combatir la obesidad a través de métodos no invasivos (recaudo que exige la normativa de la obra social para este tipo de diagnóstico).

Dentro de los elementos de mayor interés, se destaca la alusión de la parte agraviada a la vulneración del principio de división de poderes, al considerar que la sentencia dictada en primera instancia constituye una interferencia indebida en la esfera del Poder Legislativo (órbita del Ministerio de Salud), en tanto se ordena la obligatoriedad o no de la prestación de prácticas médicas. Pesulta interesante en este caso notar como los argumentos de la expre-sión de agravios de las partes influyen (más no limitan) sobre el razonamiento posterior del Tribunal.

¹¹ No existe una exclusión entre principios y reglas, sino una relación de simbiosis complementaria. Ante la insuficiencia de las reglas, el Derecho precisa de principios y, a su vez, estos requieren de las reglas para su mejor optimización (Aarnio, Alexy, Zagrebelsky).

¹² Consideramos que la referencia a la vulneración de este principio plantea un punto interesante en tér-minos de adjudicación judicial, en relación a la extensión del ámbito normal o legitimo de las facultades del juez al momento de resolver casos donde se encuentran vulnerados derechos fundamentales. En otras palabras, ¿hasta qué punto puede el juez extenderse en su tarea de interpretación acorde a las normas y lineamientos normativos en el ámbito del derecho a la salud y la vida? Retomaremos este punto en el apartado de reflexiones finales.

En términos de razonamiento judicial, la Cámara apela expresamente a un razona-miento por necesidades indicando que "debe buscarse una solución que 'fundada en dere-cho' satisfaga de la mejor manera posible 'la necesidad de la amparista' de poner en resguardo su derecho a la salud" (Consid. III, Voto Dr. Tazza). A su vez, pone en consideración la situación de salud de la actora, enlistando sus antecedentes patológicos, las consecuencias de su enfermedad (obesidad mórbida grado IV), e indicando así también la necesidad de conside-rar el deterioro en su calidad de vida como una variable a analizar.

En cuanto a la valoración de los elementos probatorios, vinculados a los intentos con procedimientos alternativos, el Tribunal indicó que "el evidente fracaso del tratamiento no es un dato menor a la hora de decidir si la prestación reclamada es la adecuada y si la accionante ha logrado acreditar el cumplimiento de los recaudos exigidos por la reglamentación" (Consid. III, Voto Dr. Tazza). El Tribunal transparenta aquí la dirección de su razonamiento dirigido a determinar la adecuación o no de la prestación reclamada por la actora. La prueba parece ser incorporada como elemento complementario, más no central, dentro de la línea de razona-miento.

Dentro de los fundamentos normativos, el Tribunal indica la vigencia de la Ley 26396 (Ley de Prevención y Control de los Trastornos alimentarios), legislación que incorpora al Programa Médico Obligatorio (PMO) la cobertura del tratamiento integral de los trastornos alimentarios. A raíz de ello, el Tribunal reafirma por derivación normativa, la existencia de la obligación a cargo de la obra social de ofrecer la cobertura reclamada. Aquí las disposiciones normativas, al igual que el material probatorio, complementan el proceso de razonamiento de la Cámara de Apelaciones.

4.2. "Gastón José Luis y otros c/OSDE Binario s/Amparo Ley"

En el caso "Gastón José Luis y otros c/OSDE Binario s/Amparo Ley" causa nro. 1925/2013, con sentencia de la Cámara del año 2014, se presenta el reclamo frente a una orden de la obra social de cambiar de especialista, encontrándose la paciente con el tratamiento en curso.

La afectada es una menor de edad discapacitada que padece un "trastorno generalizado del desarrollo" (TGD) que afecta su sistema neurológico, particularmente en el área del lenguaje. Se encontraba desarrollando una terapia en etapa de diagnóstico con una especialista en neurolingüística fuera de su ciudad de origen y, finalizado el diagnóstico, fue derivada a una terapia especial (abordaje terapéutico del modelo DIR y estrategias de la técnica PROMPT) con la misma profesional. Frente a ello, la obra social ofrece la cobertura médica de sesiones con una fonoaudióloga en su ciudad de residencia. Esta circunstancia implicaba obligar a la paciente (frente a la falta de cobertura) a un cambio de la terapia en curso y al cambio de especialista.

Frente a estos hechos, la sentencia de primera instancia rechaza el reclamo de la actora, por considerar que la obra social requerida tiene la obligación de proveer un especialista para atender a sus afiliados, pero aun así no se encuentra obligada a proveer uno en particular. En segunda instancia se revoca la decisión de origen ordenando a la obra social brindar una cobertura completa del tratamiento especializado con la Licenciada de confianza de la actora.

En este caso, el Tribunal desarrolla explícitamente un tipo de razonamiento por nece-

sidades, afirmando que "para evaluar la viabilidad jurídica de las pretensiones de las partes es esencial el análisis de las circunstancias específicas del caso" (Consid. VI Voto Dr. Jiménez). Se plantea la necesidad de resolver sobre un conflicto general-particular, que se presenta entre el requerimiento objetivo de toda obra social de prestar cobertura y la necesidad planteada en el caso concreto de continuar con una determinada profesional.

Dentro de los elementos de interés, se destaca de forma notoria la consideración por parte del Tribunal del lazo terapéutico y afectivo (en términos de confianza) ya generado entre la menor de edad y la especialista a lo largo de del tratamiento en curso. "... la presta-dora carecía de motivo para objetar la idoneidad de la Licenciada Villa, quien es la profesional tratante de la niña, en su patología grave que padece desde su nacimiento, teniendo que prevalecer en estos casos singulares no sólo la mentada idoneidad del profesional, sino tam-bién la relación médico-paciente que en estos casos resulta de trascendental significado, ya que debido a la enfermedad que padece, es de consecuencias imprevisibles cambiar de galeno y tratar con un profesional que desconoce totalmente su cuadro..." (Consid. VI Voto Dr. Jiménez) (el destacado me pertenece).

A nuestro entender, resulta interesante ahondar sobre el significado de esos "casos singulares" que queda omiso dentro del fallo. ¿Cuál es ese universo de casos? ¿Refiere el Tribunal a los casos con tratamiento en curso? ¿Serán los casos con tratamiento en curso y buenos resultados? ¿Referirá a los casos con este tipo de padecimiento neurológico?

Dentro de los fundamentos normativos, el Tribunal indica que "si bien es cierto que la Ley 24901 no contempla la cobertura de todos aquellos requerimientos que efectúen las personas con discapacidad, prioriza aquellos considerados 'más aptos' para cubrir las necesidades de salud del reclamante, y enfatiza la necesidad de resguardar la relación médico-paciente, cuando ella se encuentra afianzada" (Consid. IV, Voto Dr. Jiménez). Del mismo modo, resulta aquí complejo determinar cuándo es posible considerar que existe una relación afianzada.

Al momento de analizar el accionar de la obra social, la Cámara indica que "el hecho de haber ofrecido una cobertura alternativa a la requerida por la actora no obsta en modo alguno a la existencia de un acto arbitrario" (Consid. VI, Voto Dr. Jiménez). Asimismo, se destaca que el incumplimiento de OSDE se "agrava" teniendo en cuenta "la gran vulnerabilidad de la peticionante de autos (niña con discapacidad)".

Por último, el Tribunal destaca la obligación de justificación en las omisiones de prestaciones médicas obligatorias. De este modo, la Cámara califica el accionar de la obra social como una omisión arbitraria, en tanto existió una omisión sin expresión de justas razones o motivos. Aún más, se destaca una cierta finalidad sistemática al indicar que un acto se torna arbitrario cuando "no obstante el eventual apoyo legal, produce, dentro del marco de la ley, efectos contrarios a los previstos, violándose garantías constitucionales" (Consid. IV, Voto Dr. Jiménez).

"Además es el artículo 14 bis de la Constitución Nacional el que establece que 'el estado otorgará los beneficios de la seguridad social que tendrá carácter de integral e irrenun-

¹³ Al momento de la expresión de agravios, la actora hace hincapié en la confianza como elemento primor-dial para la buena marcha del tratamiento. Se indica que el tratamiento ya comenzado había ofrecido resultados satisfactorios, y que el hecho de cambiar de profesional implicaría un retroceso en la evolu-ción de la paciente.

ciable'. Este principio, entonces, es el que debe guiar este decisorio, y sus excepciones deben encontrarse razonablemente justificadas no sólo en la normativa aplicable, sino también frente al caso en concreto" (Consid. VI Voto Dr. Jiménez). De este modo, continuando con el razonamiento por necesidades, la Cámara reconsidera la calificación de la arbitrariedad (en el marco de un proceso de amparo) en vinculación a la vulneración de los intereses en el caso concreto, más allá de la normativa aplicable.

4.3. "Muñoz José Alberto c/INSSJP y otros s/ Amparo"

En el caso "Muñoz José Alberto c/INSSJP y otros s/ Amparo", causa nro. 3957/2013, con sentencia de la Cámara del año 2014, se presenta el reclamo judicial frente al rechazo de cobertura médica de una internación en la "Posada del Inti", una institución especializada en adicciones. Este caso llega a instancia de la Cámara Federal a través de la apelación por parte de la obra social contra la resolución que hace lugar a la medida cautelar, ordenando la cobertura completa de la internación en favor del beneficiario discapacitado.

Al momento de expresar agravios, se invoca también la vigencia del principio de divi-sión de poderes, criticando la ausencia de fundamento legal de órgano judicial para ordenar al Ministerio de Salud medidas que resultan totalmente ajenas a la órbita de competencia judicial.

Dentro de la resolución, el Tribunal analiza los derechos en juego y hace hincapié en el carácter absoluto de los derechos implicados en el caso. "Debo valorar la trascendencia de los derechos que se encuentran comprometidos en autos, así el derecho a la vida, a la Salud y a una asistencia médica adecuada" (Voto Dr. Tazza). Se hace referencia al carácter absoluto del derecho a la inviolabilidad de la vida, a una buena calidad de vida y por ende a una adecuada atención médica, como centro del Sistema de Derechos Humanos. Asimismo, se hace men-ción a la contracara del derecho a la vida, que constituye una obligación activamente universal en cabeza de los Estados, como un deber de hacer positivo.

A continuación, la Cámara realiza una evaluación entre varios elementos fácticos, ra-zonamiento dentro del cual incorpora la condición de salud de la paciente, los padecimientos previos, su condición de discapacidad, el peligro de la demora (tanto en términos sustanciales de salud, como procesales de la medida cautelar solicitada) y así también la condición cautelar (y no definitiva o de fondo) de la decisión judicial a tomar en el caso.

Queda en evidencia dentro del hilo argumental del Tribunal, la búsqueda de una solución de justicia para el caso concreto, en particular cuando toma en cuenta los padecimientos previos y concluye que "no corresponde agravar más aún sus condiciones" (Voto Dr. Tazza), intentando evitar un perjuicio irreparable o de difícil solución.

4.4. "P.A.R. y otro c/Construir Salud s/Ley de Incapacidad"

El caso "P.A.R. y otro c/Construir Salud s/Ley de Incapacidad", causa nro. 27894/2016, con sentencia de la Cámara del año 2017, se presenta un reclamo por el rechazo de la obra social a entregar una medicación importada (aceite de cannabis), gestionada debidamente a través de la Administración Nacional de Medicamentos, Alimentos y Tecnología Médica (AN-MAT).

El paciente implicado en el caso sufre de epilepsia y retraso mental, y presenta su reclamo en virtud de la Ley de Discapacidad. La resolución de primera instancia rechaza la medi-da cautelar por la cual se solicitaba la entrega del medicamento, con fundamento en la falta de reglamentación de la Ley 27350 (Ley de Investigación médica y científica del Uso medicinal de la planta de Cannabis y sus derivados). ¹⁴ En segunda instancia se revoca la decisión apelada y se le ordena a la obra social hacer entrega inmediata del medicamento al beneficiario.

Al momento de resolver, el Tribunal hace hincapié en el carácter absoluto de los derechos en juego, el derecho a la inviolabilidad de la vida, a una buena calidad de vida, considerados como centro del Sistema de Derechos Humanos. A su vez, en vista de lo resuelto en instancia de origen, la Cámara de Apelaciones incorpora argumentos en torno a la condición de normas operativas y programáticas cuando se trata particularmente de la recepción de derechos fundamentales. El Tribunal sostiene al respecto la presunción de que las normas dictadas en materia de derechos humanos son operativas.

Luego, se presentan también algunos argumentos que denotan la aplicación de un razonamiento por necesidades, en tanto se refiere a las circunstancias del caso particular y se destaca de manera especial la vulnerabilidad del paciente. "En el caso de marras, he de pon-derar la patología que aqueja al amparado, su condición de discapacitado y la prescripción efectuada por el médico tratante que desarrolla su actividad en una institución de reconocido prestigio e indudable jerarquía científica, como lo es la Fundación FLENI." (Voto Dr. Ferro).

Además, se incluye dentro del hilo argumental la referencia al tiempo como un ele-mento determinante, en términos de perjuicio para la salud y en términos procesales o de demora en el tiempo. "Todo ello, sin dejar de advertir el <u>largo tiempo que ha transcurrido</u> desde el inicio de la presente acción y el momento en que el tema referente al rechazo de la medida cautelar es revisada por esta Alzada" (Voto Dr. Ferro) (el destacado me pertenece).

Sumado a ello, en reiteradas ocasiones se incorpora dentro de los considerandos del fallo la referencia al criterio médico, entendido como criterio de autoridad, que opera dentro de la resolución como un argumento de refuerzo. "El certificado de discapacidad agregado y la evidente urgencia que demandada la necesidad para el paciente de disponer de un tratamiento adyuvante paliativo (aceite de cannabis) (...) indicado por el profesional médico tratante constituye suficiente fundamento para tener por acreditado el peligro en la demora y la verosimilitud del derecho que impone el dictado de una medida cautelar" (Voto Dr. Ferro) (el resaltado me pertenece).

Por las afirmaciones vertidas a lo largo de los distintos considerandos, se puede dedu-cir un intento de asimilar y combinar los dos tipos de racionalidad (de fines y de necesidades), aparentemente armónicas entre sí en el caso en cuestión. Así, la Cámara refiere a que en el marco de una medida cautelar "el juez posee amplias facultades para proceder al análisis de los hechos así como para valorar los intereses de las partes, no encontrándose vinculado por la petición que se le formule al respecto, quedando librado a su prudente arbitrio resolver lo que sea más razonable para satisfacer aquellos intereses y los más generales y preferentes del servicio de justicia" (Voto Dr. Ferro) (el resaltado me pertenece).

¹⁴ El juez de primera instancia se escuda en parte en cierto vacío normativo existente, arguyendo la falta de creación del Registro dispuesto por dicha legislación como así también la falta de reglamentación acerca de la autoridad de contralor correspondiente. Sin ahondar mucho más en los argumentos, es posible notar a simple vista la aplicación del modelo de subsunción en esta resolución de origen.

Sin embargo, al momento del cierre de los argumentos, el Tribunal hace explícita la fundamentación del decisorio en base a las necesidades del peticionante, afirmando que "Teniendo en cuenta pues las dolencias que padece el tutelado, es indudable que requiere de un pronto remedio, o dicho en términos constitucionales 'de una acción positiva' que le asegure la vigencia del derecho a la salud, dentro de la garantía constitucional a una tutela judicial continua y efectiva" (Voto Dr. Ferro).

4.5. "F.R. c/INSSJYP s/Ley de Discapacidad"

En el caso "F.R. c/INSSJYP s/Ley de Discapacidad", causa nro. 481/2014, con sentencia de la Cámara del año 2015, se presenta un reclamo por el silencio arbitrario de la obra social frente a un pedido de cobertura de servicio de enfermería 24 hs. para un paciente de 70 años, que sufre de cuadriplejia y ACV agudo. La sentencia de primera instancia condena a la obra social a prestar el servicio en forma completa. En segunda instancia se confirma la resolución de origen, con algunos elementos y razonamientos particulares que cabe destacar aquí.

A lo largo de la resolución, la Cámara destaca varios elementos particulares en relación a la persona del peticionante que incorpora como argumentos para reforzar la decisión. Así, por ejemplo, el Tribunal indica expresamente la condición de vulnerabilidad cuando indica que "el afiliado promoviente padece a las claras de una 'doble vulnerabilidad', ya que este anciano resulta ser una persona con discapacidad" (Voto Dr. Jiménez).

La Cámara refiere expresamente a la existencia de una discriminación o "desigualdad material de los ciudadanos ancianos", categoría que identifica como mayores de 65 años, jubi-lados y pensionados. El Tribunal expresa que esta desigualdad resulta particularmente visible relación a las prestaciones de salud.

Luego, se incorpora también una mención sobre la situación económica del paciente como elemento de peso dentro del análisis: "se encuentra fuera de discusión la avanzada edad del actor, su delicado estado de salud, y su precaria situación económica" (Voto Dr. Ferro). 15

Respecto al accionar de la obra social, la Cámara reitera que toda omisión en la cobertura médica debe encontrarse razonablemente justificada. Se establece que en este caso "al mantener un silencio arbitrario frente a la solicitud de cobertura de asistencia y cuidado que le fue prescripta, tal actitud de la accionada es injustificada, arbitraria, ausente de motivación y violatoria de las normas en cuestión" (Voto Dr. Ferro).

En relación a la obligación prestacional, la Cámara de Apelaciones refiere al argumento de la integralidad en las prestaciones de salud, considerando que la obra social carga con la obligación de ofrecer el mejor nivel de calidad de prestaciones disponible, y que ello incluye la exigencia de cumplir con las prestaciones establecidas por el Programa Médico Obligatorio.

Por último, se destaca en este fallo particular la vinculación que realizan los Dres. Ferro y Jiménez entre el Derecho de la Salud y Derecho de la Ancianidad, ilustrando en en prác-

¹⁵ La Cámara de Apelaciones indica la necesidad de poner en consideración frente a la solicitud de cober-tura en el caso concreto los siguientes elementos: el estado general de salud, el contexto personal del afectado, el contexto familiar y económico del peticionante y la indicación médica que marca el tratamiento idóneo para el paciente. Todos ellos constituyen, según el trabajo doctrinal citado en el fallo, la "trama inescindible" del perfil conceptual del anciano (Morello, Augusto "Las Edades de la Persona en el cambiante mundo del Derecho", Editorial Hammurabi, p. 162).

tica la complejidad del mundo jurídico y afirmando la necesidad de atender a las nuevas ramas transversales del Derecho. 16

Se reservan mayores detalles para el análisis integrado de los casos que presentamos a continuación.

5. Análisis integrado de los casos en estudio

En términos generales, los cinco casos en estudio son sentencias devenidas en procesos sumarios (o de amparo) vinculados al Derecho a la Salud. Las sentencias corresponden a los años 2012, 2014, 2015 y 2017. Se trata de casos que comprenden prestaciones médicas diversas, desde prácticas de intervención quirúrgica hasta provisión de medicamentos especiales o de servicios de enfermería. A su vez, los reclamos se plantean contra obras sociales del ámbito público y privado.

Partiendo de la consideración de estas características diversas, nos interesa plantear en este punto algunos parámetros generales obtenidos del conjunto de casos, en relación al razonamiento judicial. Se hará hincapié en algunos elementos comunes que son considerados dentro del hilo argumental en todos los casos y, finalmente, se intentará traducir estos elementos utilizados dentro del razonamiento en la aplicación de determinados principios, que actúan como fundamento normativo dentro del decisorio.

En todos los casos, el relato de la sentencia comienza por una síntesis de los hechos y de los argumentos vertidos en los escritos de agravios. Luego, en todos ellos se encuentra presente el análisis de los derechos vulnerados con expresa mención al derecho a la salud, derecho a la vida y derechos de la persona en general.

A nuestro entender, queda claro que los casos en estudio se ubican dentro de la categoría de "casos complejos", donde el Tribunal se aparta de la mera subsunción del caso en la norma y donde desarrolla un mayor esfuerzo en el sostén argumentativo. Además, resulta visible la aplicación de una racionalidad de necesidades, en cuanto se considera esencial el análisis de las circunstancias específicas de cada caso concreto.

Dentro de estas consideraciones generales, nos interesa enlistar (sin ningún tipo de orden jerárquico) ciertos elementos peculiares que inciden en el razonamiento judicial en materia de salud.

Primer elemento: el tiempo.

El tiempo se encuentra presente en estos casos, tanto en términos de tiempo proce-sal como en términos de pronóstico de salud. A modo de ejemplo, se argumenta que "... ante un padecimiento gravísimo como el que se acredita en autos, se impone una rápida auditoría, que no conlleve dilaciones como las advertidas en autos. O sea, no se trata -como pretende simplificar la prestadora- de judicializar la cobertura con un profesional determinado, sino de proveerlo y auditarlo con la celeridad que el caso amerita"... (Caso Gastón, José Luis y otros c/OSDE, Consid. VI, Voto Dr. Jiménez).

¹⁶ El Dr. Ferro refiere en su voto a la transversalidad de las nuevas ramas del derecho y del derecho de la ancianidad en concreto. "...el derecho a la ancianidad, rama transversal en formación, se ha configurado en el plano internacional desde hace poco tiempo a consecuencia del proceso de formalización de los derechos de los ancianos con el aporte de los Derechos Humanos y la bioética" (Voto Dr. Ferro). Por su parte, el Dr. Jiménez expresa que "esta peculiar situación y contexto vital (la situación de vejez), demanda movilizar la imaginación de todo los operadores del derecho, pues su tratamiento se ve favorecido si es capturado desde nuevas coordenadas que hacen rotar el punto de vista tutelar hacia las vivencias y el caudal del interés de una persona, teniendo en cuenta el modo en que ella pretende instalarse frente a la vida, en la meseta, planicie o estación última de ella" (Consid. IV Voto Dr. Jiménez).

Así también, se expresa que "...teniendo en cuenta pues las dolencias que padece el tutelado, es indudable que requiere de un pronto remedio..." (Caso P.A.R. y otro c/Construir Salud, Voto Dr. Ferro).

A nuestro entender, esta consideración del elemento tiempo se traduce dentro de la argumentación judicial en la referencia al principio de celeridad procesal, y en la referencia a las cuestiones del peligro en la demora (como elemento constitutivo de la medida cautelar) y a las limitaciones probatorias (en la vía judicial de amparo u otros procesos abreviados). Luego, en términos de pronóstico de salud, si bien no hay un principio expreso al respecto, consideramos que la aplicación generalizada del razonamiento por necesidades en cada uno de los casos en estudio atiende a este fin, en tanto permite rescatar las especificidades del caso concreto y, entre ellas, la urgencia vital y/o la calidad de vida del paciente.

Segundo elemento: la cartilla de servicios y prestadores, y el Programa Médico Obligatorio. Este elemento se presenta dentro de la argumentación del Tribunal como orientación respecto a las prestaciones debidas, en tanto referencia mínima incluyente de otras presta-ciones consideradas "implícitas". Se destaca la necesidad de considerar "las provisiones del PMO como condiciones mínimas, es decir, no como un techo sino como un piso prestacional, pues una interpretación reticente, contraria a la propuesta, va en desmedro de los derechos fundamentales del afiliado devenido ahora en paciente médico" (Caso F.R. c/INSSJYP, Consid. IV, Voto Dr. Jiménez).

A nuestro entender, la referencia a este elemento dentro de los casos se vislumbra a través de la aplicación del principio de legalidad y no arbitrariedad, en relación a la existencia de silencio arbitrario de la obra social o la exigencia de una negación razonablemente justificada.

Así también, se vislumbra la consideración de este elemento en la aplicación del principio de integralidad en las prestaciones de salud. A modo de ejemplo, se argumenta al respecto que "Respecto del derecho a la protección de la salud (...) debe tenerse presente que el sistema de Seguridad Social y las prestaciones derivadas del mismo, deben tender hacia la "integralidad", es decir, velar por el amparo de todas las contingencias que acechan al ser humano, entre las que se encuentran sus problemas relativos a la salud, específicamente mediante el acceso a medidas curativas, de recuperación y de rehabilitación de enfermedades. (Caso Gastón, José Luis y otro c/OSDE, Consid. V Voto Dr. Jiménez).

Tercer elemento: la condición de derechos fundamentales.

Otro de los elementos que se reitera en todos los casos es la referencia por parte del Tribunal a la condición de derechos fundamentales en relación a aquellos derechos que resultan vulnerados. En este sentido, se alude al derecho a la vida, a la salud, a la integridad psicofísica.

En este sentido, se argumenta que "El derecho a la vida -no sólo a la vida misma sino también a una buena calidad de vida y por consiguiente a una adecuada atención médica- asume un papel central en la sistemática de los derechos humanos, pues tiene por contenido un bien humano más básico que todo el resto, pues resulta ser la condición necesaria, primera y más fundamental para la realización de los otros bienes" (Caso P.A.R. y otro c/Construir Salud, Voto Dr. Ferro).

A nuestro entender, la consideración de este tercer elemento se traduce dentro del razonamiento judicial en la aplicación del principio de dignidad humana, en términos de calidad de vida del paciente, así como también en el principio de operatividad de derechos fun-damentales (en particular, en el caso P.A.R. y otro c/Construir Salud).

Cuarto elemento: la condición de vulnerabilidad o discapacidad.

Por último, encontramos presente dentro de todos los casos en estudio la considera-ción del elemento de la vulnerabilidad o condición de discapacidad de quien reclama las prestaciones médicas. Desde el inicio, la condición de una persona enferma o con problemas de salud comprende en sí misma una vulnerabilidad propia. Aun así, entendemos que es posible traducir este elemento de vulnerabilidad en la aplicación de varios principios dentro del razonamiento judicial.

Nos interesa destacar en primer lugar, el principio de autonomía y autodeterminación del paciente. Luego, consideramos que cabe también mencionar el principio de prevalencia de la relación-médico-paciente, en términos de vínculo de confianza; ello en tanto la ruptura de ese vínculo constituye una vulnerabilidad adicional en las condiciones de un paciente.

En este sentido, se argumenta que "...no se trata aquí de otorgar livianamente una cobertura médica con un determinado profesional de la salud ante la presentación de una receta médica, sino de evitar que niños con gravísimas patologías, y acreditada condición de discapacidad, deban 'penar' administrativamente para lograr que se le provea una determinada cobertura médica con un determinado profesional, con el cual tiene una consolidada relación de confianza 'relación médico-paciente' y viene tratando su grave enfermedad con la mentada especialista" (Caso Gastón, José Luis y otro c/OSDE, Consid. VI, Voto Dr. Jimenez).

6. Reflexiones finales

A lo largo de este trabajo hemos intentado reconstruir el proceso de adjudicación de los jueces en cinco casos particulares en materia de salud. Compartimos con Lars Eriksson y otros teóricos de la argumentación jurídica, el criterio de insuficiencia respecto al modelo de subsunción a la hora de dar respuesta a los nuevos fenómenos y demandas sociales¹⁷.

Consideramos que la propuesta de nuevos modelos de racionalidad, de argumenta-ción o de razonamiento jurídico abre a discusión diversos tópicos dentro de la Teoría del Derecho, entre ellos la tensión entre la justicia particular, sectorial y general, y el lugar y funcio-namiento de los principios dentro del orden jurídico y de la adjudicación judicial¹⁸. Así también, entendemos en sentido inverso que evaluar los procesos de adjudicación judicial en un estudio de análisis como el que aquí se propone, apelando a los modelos de racionalidad aplicados, nos permite ir más allá de la casuística y observar la forma

¹⁷ En sintonía con este criterio de insuficiencia, Laura Clérico, Martín Aldao y Federico De Fazio (2015) analizan la jurisprudencia desarrollada por la Corte Suprema de Justicia y concluyen en la necesidad de extender la mirada judicial hacia una perspectiva integral, que comprenda aquellos factores diversos y determinantes básicos de la salud (conforme Observación General nro. 14 del Comité de Derechos Eco-nómicos, Sociales y Culturales).

¹⁸ A raíz de la aplicación del razonamiento por necesidades, uno de los elementos que claramente se pone en tensión es el de la certeza jurídica en el proceso o el valor previsibilidad. Al respecto, compartimos la respuesta de Aulis Aarnio, cuando reformula esta rigidez en un nuevo equilibrio, afirmando que "en una sociedad moderna la certeza jurídica cubre dos elementos diferentes: en el razonamiento jurídico ha de evitarse la arbitrariedad (principio del estado de derecho) y, que la decisión misma es decir el resultado final debe ser apropiado. De acuerdo con este segundo punto, las decisiones jurídica deben estar de acuerdo no solo con el derecho formal, sino que también tienen que satisfacer ciertos criterios de certe-za axiológica (...) En la sociedad, la decisión jurídica sólo puede ser aceptable a condición de que ambos conjuntos de criterios sean satisfechos. El proceso de razonamiento debe ser racional y sus resultados deben satisfacer las demandas de justicia. Además, si una decisión no es aceptable tampoco puede ser legítima (en el sentido amplio de la palabra)" (Aarnio, 1990: p. 30).

de teorizar, de concebir el derecho como objeto de estudio y como sistema jurídico por parte de los magistrados.

Según el paradigma tradicional, el recorrido del razonamiento que deriva en el fallo judicial se trata de un proceso lógico, deductivo, coherente y casi natural o determinado, operando en forma casi automática y estandarizada. Según los nuevos modelos de razonamiento, la actividad del operador jurídico hasta arribar a la decisión judicial se trata de un proceso de construcción, elaboración, y búsqueda de armonía entre el ordenamiento en su conjunto y los hechos del caso. No existiría aquí un criterio único para arribar a la sentencia, sino que se vuelve más bien una operación individualizada en relación a las características del caso.

Durante dicho proceso, el juez hace uso de una multiplicidad de herramientas, que exceden la mera lógica deductiva. A su vez, surge la posibilidad de aplicar principios allí cuando la utilización de las reglas resulta insuficiente para resolver la controversia. De este modo, el juez recurre a un razonamiento de tipo material, a fin de construir la solución más justa para el caso.

Aulis Aarnio afirma que "En un caso-situación difícil ninguna de las cadenas del silogismo da por sí misma soporte suficiente al resultado final, aunque ellas son necesarias por lo que se refiere a su fuerza justificatoria. El factor decisivo es la totalidad de los argumentos"; "Lo decisivo aquí es el grado de coherencia del conjunto de las premisas que se puede construir. La 'medida última' es así la coherencia, no la correspondencia como en las afirmaciones empíricas" (Aarnio, 1990: p. 30). Del mismo modo, en los cinco casos analizados en este trabajo hemos notado como el material probatorio y los fundamentos normativos en base a reglas jurídicas se presentan como elementos complementarios dentro del razonamiento judicial. El centro del razonamiento circula por otros espacios¹⁹.

De este modo, el juez al momento de resolver realiza un salto desde lo legalmente posible a aquello que puede determinar en el caso concreto como lo legal y valorativamente posible (y relevante).

Por último, nos interesa dejar planteado una reflexión respecto al peso de la racionalidad por necesidades en el ámbito del derecho a la salud y, por consiguiente, los obstáculos que hemos inferido a través de los casos en estudio para aplicar una racionalidad de fines o una mirada sistémica del orden jurídico por parte de la Cámara de Apelaciones.

Hemos visto como en todos los casos analizados el Tribunal culmina fundando la ma-yor parte de su hilo argumental en una racionalidad por necesidades. A nuestro entender, la proyección judicial orientada hacia los fines del sistema, dentro de la temática particular del ámbito de salud en particular, se encuentra seriamente limitada por los grandes planteos que rodean los sistemas de salud. Más allá de los tópicos tradicionales relativos a la escasez de recursos o de presupuesto, y a la extensión o restricción del alcance de la cobertura médica obligatoria, nos referimos a otro tipo de cuestiones que rozan un tinte de mayor profundidad. Aquellos interrogantes que nos ayudan a plantear límites o definiciones, tales como ¿qué comprendemos por salud?; ¿qué vamos a comprender

¹⁹ En el caso concreto, el problema mismo funciona como una fuente del derecho. Asimismo, se produce una cierta "ponderación de elementos fácticos", todos ellos vinculados al caso individual, que actúa como una de las herramientas centrales del razonamiento. De este modo, hemos visto en los casos en estudio la referencia al estado general de salud, el contexto personal y familiar, así como el contexto económico del peticionante.

por enfermedad?; ¿cuáles son los factores de relevancia a tener en cuenta?; ¿cuáles son las vías que vamos a considerar como "legítimamente habilitadas" para la recuperación de la salud?; ¿cuál es la barrera que delimita los efectos terapéuticos y de aquellos efectos lúdicos, recreativos o de autosatisfacción en los medicamentos?; entre tantos otros. Consideramos que todos estos interrogantes constituyen las precondiciones para poder abrir el camino de la jurisprudencia hacia una adjudicación jurídica proyectada en términos de finalidades y sostenimiento del Sistema de Salud.

En suma, consideramos que los obstáculos a la aplicación de una racionalidad de fines en materia de salud encuentran su raíz en aquellos debates filosófico-jurídicos que emergen, tal y como lo indica Eriksson, con la tendencia hacia la materialización en el derecho moderno. A nuestro entender, esta línea de interrogantes que dejamos aquí planteados se perfila a futuro como uno de los grandes desafíos en el ámbito de la adjudicación judicial en materia del Derecho de la Salud.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- "García Ivana R. c/ C.S. Salud s/amparo", Cámara Federal de Apelaciones de Mar del Plata, resolución del 07/05/2012. Id SAIJ: FA12390007.
- "Muñoz José Alberto c/INSSJP y otros s/ Amparo", Cámara Federal de Apela-ciones de Mar del Plata, resolución del 13/05/2014. ld SAIJ: FA14390012.
- "Gastón José Luis y otros c/OSDE Binario s/Amparo Ley", Cámara Federal de Apelaciones de Mar del Plata, resolución del 23/12/2014
- "F.R. c/INSSJYP s/Ley de Discapacidad", Cámara Federal de Apelaciones de Mar del Plata, resolución del 27/03/2015. Id. Infojus: FA 15390000.
- "P.A.R. y otro c/Construir Salud s/Ley de Incapacidad", Cámara Federal de Apelaciones de Mar del Plata, resolución del 26/07/2017. Id SAIJ: FA17390001.
- Aarnio, Aulis (1990). La tesis de la única respuesta correcta y el principio regu-lativo del razonamiento jurídico, en *Revista DOXA Cuadernos de Filosofía del Derecho*, nro. 8, pp. 23-38.
- Aarnio, Aulis (1991). Lo racional como razonable. Un tratado sobre la justificación jurídica. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- Alexy, Robert (2001). Teoría de los Derechos Fundamentales, traducción de E. Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. 2da. reimpresión.
- Atienza, Manuel (2005). Las razones del derecho. Teorías de la argumentación jurídica.
 México: Universidad Autónoma de México.
- Atienza, Manuel (2013) Curso de argumentación jurídica. Madrid: Trotta.
- Ciuro Caldani, Miguel Ángel (2005). Perspectivas trialistas para la construcción de los casos. La complejidad de los casos, en *Suplemento de Actualidad La Ley*, 2004-D, 1181.
- Clérico, Laura; Aldao, Martín y De Fazio, Federico (2015) "La protección del de-recho constitucional a la salud en Argentina", en *Revista Gaceta Laboral*, Volumen 21, nro. 3, año 2015, pp. 239-275.
- Dworkin, Ronald (1975). Hard cases, en Harvard Law Review, vol. 88, 6.
- Eriksson, Lars D. (1997). "Tendencias Conflictivas en el derecho moderno", en La normatividad del derecho, Aulis Aarnio, Ernesto Garzón Valdés y Jyrki Uusi-talo coordinadores. Madrid: Gedisa. pp. 113-126.

- Guastini, Ricardo (2001). Estudios de Teoría Constitucional. México: UNAM.
- Waldron, Jeremy (2000). El rol de los derechos en el razonamiento práctico: 'derechos' contra 'necesidades', en *Revista Argentina de Teoría Jurídica*, vol 2, nro 1, Noviembre 2000, Universidad Torcuato Di Tella.
- Zagrebelsky, Gustavo (2003). El Derecho dúctil. Ley, derechos, justicia. Traduc-ción de M. Gascón. Madrid: Trotta. 5ta. Edición.

ESPEJISMOS DE LA LEY NACIONAL DE SALUD MENTAL EN TORNO A LA REINSERCION SOCIAL: EL DERECHO HUMANO A UNA VIVIENDA ADECUADA

Transitares hacia una vida libre de manicomios desde un enfoque de derechos humanos.

MIRAGES OF THE NATIONAL MENTAL HEALTH LAW REGARDING SOCIAL REINTEGRATION: THE HUMAN RIGHT TO AN ADEQUATE HOUSING

Transits towards a life free of bedlams from a human right perspective.

Renata Bega Martínez¹

DOI: https://doi.org/10.37767/2591-3476(2020)16

Fecha de envío: 29.05.2020 Fecha de aceptación: 13.08.2020

RESUMEN:

Lo plasmado en las siguientes páginas pretende visibilizar el problemático presente de las mujeres internadas en los manicomios de la Argentina y las dificultades que ellas encuentran en los distintos espacios institucionales y de administración de justicia para ejercer plenamente sus derechos económicos, sociales y culturales, particularmente, su derecho a acceder a una vivienda adecuada.

Si se toma como punto de partida el ordenamiento jurídico nacional e internacional, el derecho a un nivel de vida adecuado se encuentra reconocido en múltiples instrumentos normativos, los cuales remarcan lo necesario de su efectiva protección, respeto, garantía y promoción; ahora bien, la particular situación de quienes, por determinación directa o indirecta del Estado, viven en un hospital debe ser analizada de manera particular, con perspectiva de género y un enfoque de derechos, preguntándonos si acaso con dicha institucionalización cronificada se ve garantizado el derecho a una vivienda adecuada para personas con padecimientos mentales.

¹ Abogada graduada en la Universidad Nacional de La Plata (UNLP). Becaria en Becas de Maestría (UNLP) con sede de trabajo en el Instituto de Cultura Jurídica, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales - UNLP. Maestranda en Maestría de Derechos Humanos (FCJyS- UNLP). Profesora adscripta en la Catedra I Comisión 3 de Derechos Humanos (FCJyS- UNLP). Correo electrónico: renatabegam@gmail.com. ORCID iD: https://orcid.org/0000-0002-9942-588X.

ABSTRACT

What is reflected in the following pages intends to make visible the current problematic of women interned in the bedlams of Argentina and the difficulties they encounter in the different institutional and administration spaces of justice to fully exercise their economic, social and cultural rights, particularly, their right to an adequate housing access.

If the national and international legal system is taken as a starting point, the right to an adequate living standard is recognized in multiple normative instruments, which remarks what is necessary for their effective protection, respect, guarantee and promotion. However, the particular situation of those who, by direct or indirect determination of the State, live in a hospital must be analyzed in a particular way, with a gender perspective and a rights-based approach, asking ourselves if perhaps with such chronified institutionalization the right to adequate housing is guaranteed for people with mental suffering.

PALABRAS CLAVE: Ley Nacional de Salud Mental, manicomios, vivienda adecuada, derechos humanos, mujeres.

KEY WORDS: national mental health law, bedlams, adequate housing, human rights, women.

"Los derechos son estrategias dirigidas a proteger necesidades e intereses vitales de las personas...pero hacer visible ese derecho no equivale a garantizar su satisfacción" (Pisarello, 2004: 259)

I. La Ley Nacional de Salud Mental y su reconocimiento a vivir en dignidad

La naturalización de ciertas vulneraciones de derechos a lo largo de la historia de las personas con discapacidad mental e intelectual implica necesariamente comprender que, durante siglos, hablar de padecimientos mentales como tema concerniente a la salud pública encontró múltiples resistencias desde las distintas culturas, sociedades y sectores políticos, sin importar el tiempo y el lugar al que se haga referencia.

Luego de la Segunda Guerra Mundial, profundizado en la década de 1980, se ha gestado una transformación de índole transnacional, la cual el Estado Argentino ha acompañado con los grandes avances realizados particularmente en el siglo XXI en torno a las temáticas que a la salud mental respectan; su punto de quiebre respecto al paradigma anterior, vigente durante tantos años, se vio reflejado en la sanción de una ley de alcance nacional que regula principalmente los derechos de las personas con padecimientos psíquicos y adicciones, una ley que en su propio texto se declara de orden público².

Es el 25 de noviembre del año 2010 cuando el Congreso de la Nación Argentina sanciona la ley n° 26.657, más conocida como Ley Nacional de Salud Mental y Adicciones (de aquí en más LNSM); en ella se ve reflejado desde lo normativo un cambio significativo

de paradigma que, desde un enfoque de derechos, remarca las potestades de las y los usuarios de los servicios de salud mental y reconoce que al hablar de estas personas nos estamos refiriendo a sujetos de derecho que se encuentran atravesados/as por distintas barreras que no les permiten ejercer plenamente sus capacidades pero que ello no implica indefectiblemente considerarlos/as como sujetos peligrosos, alienados, enfermos o incapaces.

La ley 26.657 deroga la sancionada el 15 de septiembre de 1983, ley n° 22.914³, que reguló hasta el año 2010 en la esfera nacional la internación en establecimientos públicos y privados de los conocidos en ese momento como personas con deficiencias mentales, toxicómanos y alcohólicos crónicos; dicha reforma derivó a su vez en una sustantiva modificación en materia civil a partir del año 2015, con la vigencia del Código Civil y Comercial de la Nación⁴, en lo respectivo a la capacidad de las personas y a los juicios de determinación de la capacidad.

Las nuevas miradas brindadas por el flamante ordenamiento jurídico significaron un considerable cambio en las nociones, abordajes y realidades que atraviesan a quienes se les concebía como pacientes.

Uno de los aspectos a destacar de la norma que con impulso introdujo la nueva perspectiva en Argentina (ley 26.657) refiere a la prohibición de construir nuevos manicomios⁵ reconociendo el paradigma de la desmanicomializacion, es decir, que los hospitales psiquiátricos no deben ser considerados como lugares apropiados para que las personas pasen sus días, menos aún en la realidad concreta en la que los mismos se encuentran, donde las condiciones infrahumanas de vida, el hacinamiento, la falta de infraestructura y el funcionar a modo de depósito de personas no aceptadas por la sociedad, implican en sí una vulneración a derechos humanos fundamentales.

Este punto esencial en el que se rechaza al manicomio como modalidad adecuada de atención en salud mental se encuentra plasmado en varios momentos de la ley.

Principalmente, el artículo 15 de manera clara y expresa establece que:

La internación debe ser lo más breve posible, en función de criterios terapéuticos interdisciplinarios... En ningún caso la internación puede ser indicada o prolongada para resolver problemáticas sociales o de vivienda, para lo cual el Estado debe proveer los recursos adecuados a través de los organismos públicos competentes

Con la mirada en éste artículo y a modo de fusión (dada la importancia de vincular la normativa internacional de derechos humanos con jerarquía constitucional y las leyes nacionales de orden público), el artículo 11 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (de aquí en más PIDESC)⁶ contempla el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado – incluyendo, entre las necesidades fundamentales que lo engloban, el derecho humano a una vivienda adecuada –, ello lleva a la difícil tarea

 $^{3~}Ver~Ley~N^{\circ}~22.914~disponible~en:~http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/verNorma.do?id=175978.~Consultado~el~16~de~diciembre~del~2019.$

⁴ Ver Código Civil y Comercial de la Nación Argentina, Libro Primero, Título I, disponible en: http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/235000-239999/235975/norma.htm#6. Consultado el 16 de diciembre del 2019.

⁵ Ley 26.657, 2010, Art. 27.- "Queda prohibida por la presente ley la creación de nuevos manicomios, neuropsiquiátricos o instituciones de internación monovalentes, públicos o privados."

⁶ Ratificado y adherido por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI) el 16 de diciembre de 1966 con su entrada en vigor el 3 de enero de 1976.

de pensar lo estipulado en el artículo 15 y el nivel de vida dentro de un manicomio, así como a poner un manto de duda respecto al efectivo goce del derecho a la vivienda de las usuarias que lo habitan, más aun si para ello se contempla la imprescindible adecuación en todos los casos.

Es principalmente este entrecruzamiento el cual se intentará analizar en este trabajo, no solo para cuestionar y desprender del mismo lo que ocurre con el derecho a la vivienda de las y los internados e interpretar si acaso ese derecho se encuentra efectivamente vulnerado, sino también para observar dicha -posible- vulneración desde una perspectiva de género y con futuras estrategias de acción que mejoren su realidad, tomando como eje que bajo ningún concepto la falta de recursos puede justificar el vivir en un neuropsiquiátrico.

Al complementarse la norma con su decreto reglamentario n° 603/13 queda con mayor claridad establecido que

"cuando una persona estuviese en condiciones de alta desde el punto de vista de la salud mental y existiesen problemáticas sociales o de vivienda que imposibilitaran la externación inmediata, el equipo interdisciplinario deberá: a) Dejar constancia en la historia clínica. b) Gestionar ante las áreas que correspondan con carácter urgente la provisión de los recursos correspondientes a efectos de dar solución de acuerdo a lo dispuesto por el artículo 15 de la Ley Nº 26.657. c) Informar a la Autoridad de Aplicación local" (Dto. 603, 2013, Art. 15)

Esta reglamentación especifica del art 15 de la LNSM indica los pasos a seguir en esas situaciones y reconoce a su vez la necesidad de garantizarle a la persona una mejora en su nivel de vida ya que lo que ofrece un hospital psiquiátrico dista de parecerse a una vivienda adecuada e imposibilita la satisfacción de tantos otros derechos ligados, principalmente, a los económicos, sociales y culturales.

II. Los ecos de la norma: organismos internacionales y realidades padecidas

Lo que refleja la norma del año 2010 sancionada con gran aceptación en ambas cámaras (44 votos afirmativos, 3 negativos y 2 abstenciones), acompañado por el decreto reglamentario del año 2013, es preciso contrastarlo con lo que ocurre a partir de dichos años en los hospitales psiquiátricos públicos de la Argentina donde la lucha en pos de una mayor autonomía de las personas por decidir dónde y cómo abordar su padecimiento sin ser institucionalizadas y gozar de su derecho a la vivienda no logró su objetivo plasmado en la normativa.

A nueve años de sancionada la ley se realizó el primer censo nacional de personas internadas por motivos de salud mental en establecimientos públicos y en privados⁷, este relevamiento fue el primero a nivel nacional como latinoamericano en abordar dimensiones y datos tan específicos tales como que son 12.035 personas las que en el periodo 2018-2019 se encuentran internadas en la Argentina - la mitad de ellas en instituciones públicas-, con un promedio etario de 50 años y unos 12.5 años promedio de internación en los sectores públicos; este censo también ha brindado aportes interesantes en materia de género al visibilizar que el 49,1% de la población se identificó como masculino, 45,4% como femenina, 0,5% intersexual, 4,7% figura sin dato y un 0,2 se reconoció como

⁷ El censo según lo establecido por la LNSM en su artículo 35 debió de ser realizado a los 180 días corridos posteriores de la sanción de la ley; sin embargo demoró nueve años su puesta en marcha.

trans femenina o masculino, entre otros datos que reflejan las estadísticas (Dirección Nacional de Salud Mental y Adicciones, 2019).

En materia de vivienda, resulta significativo observar que según el censo el 37.2 % se encuentra internado/a por problemas sociales y de vivienda y tan solo el 36.4 % por riesgo cierto e inminente para sí y para terceros/as (Dirección Nacional de Salud Mental y Adicciones, 2019).

Los índices visibilizan el incumplimiento y las resistencias del Estado en hacer con la ley un verdadero cambio en la mirada y el tratamiento de la salud mental, tal como lo establece la Asociación Civil por la Igualdad y la Justicia (ACIJ) en su informe alternativo para el Comité de Derechos Humanos

"No sólo no se crean dispositivos de salud mental basados en la comunidad, sino que el Estado toma iniciativas concretas en la dirección contraria. Puntualmente, promovió obras destinadas a reforzar instituciones de internación monovalentes, en contra de lo que establece la LNSM y su decreto reglamentario" (2016: 5).

Esta falta de sistemas comunitarios consolidados- ya sean provinciales o nacionales-denunciada por la ACIJ implica la continuidad de condiciones de habitabilidad por debajo de lo humanamente aceptable, frente a lo cual, múltiples organismos internacionales se han expedido en disconformidad en torno a la tibieza en la toma de decisiones por parte del Estado Argentino.

A modo de ejemplo, las observaciones finales para Argentina por parte del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (2012) en su octavo periodo de sesiones plasma su preocupación respecto a la continuidad de las internaciones prolongadas e involuntarias "a pesar de la adopción de estrategias de desinstitucionalización y de que la Ley Nacional de Salud Mental (LNSM; Ley N.º 26.657) se centra en el modelo de derechos humanos de la discapacidad" (: 4-5), remarcando la inminente necesidad de culminar con estas prácticas manicomiales y comenzar con prácticas referentes a la salud mental comunitaria, encabezada por los organismos de derechos humanos correspondientes para acompañar tal transformación "que fortalezca la red de servicios comunitarios de salud mental y su coordinación con procesos de inclusión laboral, educativa y de vivienda a fin de garantizar la eficaz implementación de la LNSM" (2012:7). Así también se expide el Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales en sus observaciones finales hacia el Estado recordando el compromiso asumido por Argentina de desterrar en el 2020 el manicomio como modalidad de atención y como espacio para vivir, reconociendo su preocupación "porque el encierro en instituciones psiquiátricas sigue siendo la principal respuesta del Estado parte en materia de salud mental. Preocupan también al Comité las condiciones de vida en estas instituciones de personas internadas..." (2018:10).

Observaciones generales de otros comités tales como la n°36 del Comité de Derechos Humanos remarcan la importancia de tomar las medidas necesarias a largo y corto plazo para proteger y promover el derecho a la vida, removiendo los obstáculos y amenazas que lo rodean e impiden llevar una vida digna tales como "la pobreza extrema y la falta de vivienda" (2017:6); en el mismo sentido, y mencionando de manera indirecta el derecho a la vivienda, el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (CEDAW) en su observación general n° 24 reconoce las dificultades de las mujeres con

discapacidad para acceder a los servicios de salud sumado al desconocimiento generalizado del alto riesgo que las mismas corren en su integridad física y psíquica por distintos factores que la discriminan tales como el género, la clase –o la pobreza-,la violencia y otros tantos que deberán ser removidos por el Estado con su obligación de garantizar la dignidad y la vida de estas mujeres.

Frente a ello, a sabiendas de que gran parte de las mujeres con discapacidad mental o intelectual internadas en un neuropsiquiátrico se encuentran sumergidas en la pobreza y sin el mínimo grado de autonomía personal (lo cual deriva en la imposibilidad de disponer o ser titular de bienes indispensables, como ser la vivienda, acompañado de un deterioro en sus derechos fundamentales), distintos comités hacen hincapié en el deber de los Estados Partes de mejorar esas situaciones, particularmente

"situar una perspectiva de género en el centro de todas las políticas y los programas que afecten a la salud de la mujer y hacer participar a ésta en la planificación, la ejecución y la vigilancia de dichas políticas y programas y en la prestación de servicios de salud a la mujer... garantizar la eliminación de todas las barreras al acceso de la mujer a los servicios, la educación y la información sobre salud, etc." (CEDAW, 1999: 6).

El respaldo normativo internacional con el que se cuenta para sostener estas demandas⁸ de los organismos internacionales se encuentra anclado principalmente en la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad⁹ (CRPD) sancionada en el año 2006; el cambio en la mirada propuesto por esta Convención pretende pensar en las personas con discapacidad no como personas incapaces sino principalmente como personas que han sido constantemente discriminadas, que deberían tener una mayor participación en la toma de decisiones, que debería existir una concientización respecto a las barreras impuestas por la sociedad y las instituciones, y que la transversalidad en la perspectiva de género es sumamente importante al interpretar las violaciones a derechos humanos sufridas por las personas con discapacidad.

Lo que allí se indica desde su preámbulo es "la importancia de la accesibilidad al entorno físico, social, económico y cultural..." (Inc. v.) y, con mayor pertinencia aun para este trabajo, su artículo 28 inc. C.1 refiere al derecho a un "nivel de vida adecuado y protección social" para las personas con discapacidad y sus familias incluyendo alimentación, vestido y vivienda adecuados; el inciso 2 b y d del mismo artículo se refiere a la importancia del pleno goce de todos los derechos contemplados en la Convención sin discriminación por motivos de discapacidad – o clase, educación, genero- y hace hincapié en el acceso a "programas de protección social y estrategias de reducción de la pobreza", especialmente en niñas y mujeres, así como a programas estatales de vivienda.

Ello da claros indicios de la importancia y relevancia del derecho a una vivienda adecuada en estos casos y todos los derechos y garantías que la rodean; el artículo 9 de la misma Convención acompaña al nombrar la accesibilidad como un punto fundamental a respetar y asegurar en la vida de las personas con discapacidad y allí es donde el Estado debe asegurar el acceso sin discriminación a todos los espacios que se transiten y necesi-

⁸ Las observaciones finales dirigidas a cada país o las recomendaciones generales de los diversos Comités no son estricta y jurídicamente vinculantes para los Estados tal como lo son los tratados internacionales con jerarquía constitucional.

⁹ Debe considerarse su relación intrínseca con la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Contra la Mujer, el ya mencionado PIDESC y otros tratados que enumera el Art. 75 inc. 22 de la Constitucion de la Nación Argentina.

ten, fundamentalmente a una vivienda adecuada. Su artículo 19 remarca la importancia de vivir en comunidad y en situaciones equitativas que permitan una participación e inclusión plena en la sociedad, contando con la posibilidad de elegir su lugar de residencia y su compañía, con acceso a los servicios fundamentales.

El trabajo del Relator Especial sobre la vivienda adecuada, figura creada por resolución 2000/9¹º de la Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas, contribuye en la temática al tomar desde sus inicios como principales finalidades el promover la plena efectividad del derecho a una vivienda adecuada como parte del derecho a un nivel de vida adecuado, identificar los aciertos y obstáculos para efectivizarlo, facilitar el suministro de asistencia técnica, aplicar perspectiva de género e identificar elementos de vulnerabilidad específicos, entre otras. La persona designada para este cargo ha establecido la necesidad de ampliar lo que el derecho a la vivienda adecuada implica, "en los países en desarrollo las definiciones más comunes reconocen que la carencia de hogar incluye un elemento de exclusión social" (ONU Hábitat, 2010:23), y esa falta de definiciones unánimes imposibilita contar con encuestas y cifras concretas acerca de las personas sin hogar y dificulta plantear estrategias masivas o lineamientos generales de acción.

Lo que la normativa y los comités refuerzan se encuentra estipulado así mismo en la nombrada LNSM; más allá de considerar como factores no menores los aspectos socioeconómicos y culturales para la construcción de un padecimiento subjetivo y explicar desde allí su vida institucionalizada, la ley resiste la naturalización de vivir en un manicomio, busca alternativas sustentables para combatirlo e intenta revertirlo para las más de doce mil personas que se encuentran ya manicomializadas al establecer que "...En caso de que la prolongación de la internación fuese por problemáticas de orden social, el juez deberá ordenar al órgano administrativo correspondiente la inclusión en programas sociales y dispositivos específicos y la externación a la mayor brevedad posible..." (Ley 26.657, 2010, Art.18) y ello, desde el nivel nacional, pretende ser respaldado con el debido ajuste presupuestario¹¹ destinando gran parte del porcentaje dirigido a la salud mental a nuevas formas de atención, no mejorando necesariamente las instituciones que existen, sino pensando en otras formas de habitar, que disminuyan y no agraven el padecimiento, las violencias y los abandonos vividos.

III. ¿Puede el manicomio ser adecuado como vivienda?

Para abordar la vulneración del derecho a la vivienda adecuada en estos casos, y por ende profundizar sobre el derecho a una vida digna, es preciso establecer que no sólo el 37,2% de las personas internadas se encuentra allí por problemas sociales o de vivienda sino que un mayor porcentaje aún se encuentra en privación de su libertad y ello lo afirma el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas en su Observación General n°35 (2014) ya sea porque no han firmado el consentimiento informado al ingresar y es una internación involuntaria o bien porque entraron como una internación voluntaria, pasajera, y esa estadía se vio prolongada en contra de su voluntad¹² al no tener la persona herramientas desde lo económico, lo afectivo, lo laboral, para salir del encierro.

¹⁰ Comisión de Derechos Humanos, 56º período de sesiones. Res. 2000/9 disponible en: https://www.ohchr.org/SP/Issues/Housing/Pages/OverviewMandate.aspx. Consultado el 16 de diciembre del 2019.

¹¹ El artículo 32 de la LNSM establece que "En forma progresiva y en un plazo no mayor a TRES (3) años a partir de la sanción de la presente ley, el Poder Ejecutivo debe incluir en los proyectos de presupuesto un incremento en las partidas destinadas a salud mental hasta alcanzar un mínimo del DIEZ POR CIENTO (10%) del presupuesto total de salud".

¹² Tanto la internación voluntaria como involuntaria se ven contempladas en la Ley 26.657.

La importancia de pensar en el derecho a la vivienda de usuarios y usuarias institucionalizados no solo es una cuestión que cae sobre maduro si se consideran las necesidades y derechos mínimos de cualquier persona sin discriminación alguna sino que, a su vez, se presenta como una de las mayores y más frecuentes demandas de los equipos interdisciplinarios que conforman los equipos de salud de los hospitales monovalentes. La vivienda como instrumento facilitador de una vida libre de institucionalización y de violencias tiene una fuerte presencia en los discursos de trabajadores/as en salud una vez que la LNSM replanteó la estadía ilimitada en los manicomios y generó que se abrieran mayores puertas y una mirada más enfocada en la externación; de allí en adelante no solo se reformularon las modalidades de atención por dentro de los equipos sino que se predicó la necesidad de políticas públicas sobre viviendas.

El derecho a una vivienda adecuada es un derecho interdependiente, indivisible e interrelacionado; tal y como lo establece Pisarello "una vivienda digna resulta fundamental para la supervivencia y para llevar una vida decente, en paz y con seguridad" (2004: 259), lo caracteriza como un "derecho compuesto" (:259) debido al peligro que enfrentan las personas que carecen de ese derecho para garantizar el goce de otros tantos tales como el trabajo, la vida, la integridad, la familia, etc. Es un derecho que no exige que todas las personas tengan una propiedad a su nombre ni que el Estado otorgue viviendas, dado que en el caso en particular el fin último de las esferas públicas es garantizar que se cumpla el espíritu de la ley y la reinserción social de quienes se encuentran en circunstancias adversas, pero sí comprende

"las medidas necesarias para prevenir la falta de un techo, prohibir los desalojos forzosos, luchar contra la discriminación, centrarse en los grupos más vulnerables y marginados, asegurar la seguridad de tenencia para todos y garantizar que la vivienda de todas las personas sea adecuada" (ONU Hábitat, 2010: 6-7)

Más allá de que todos los derechos humanos sean universales y por ende exigibles a todos los Estados para ser cumplidos, es importante remarcar que todos a su vez:

"han ratificado por lo menos un tratado internacional relativo a la vivienda adecuada y se han comprometido a proteger el derecho a una vivienda adecuada mediante declaraciones y planes de acción internacionales o documentos emanados de conferencias internacionales" (ONU Hábitat, 2010:1).

Uno de los documentos con mayor valor en lo que respecta al derecho a la vivienda es la Observación General nº 4 del Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales (1991); allí se realiza una interpretación extensiva de lo que reconoce el art 11 par. 1 del PIDESC¹³ y se menciona al derecho a la vivienda adecuada como un derecho que no debe estar sujeto a discriminación alguna (sea mediante acciones u omisiones) y que debe ser interpretado desde un sentido amplio, no buscando la equiparación del derecho a la vivienda con el derecho a ser propietario/a, a tener la potestad de exigirle al Estado una vivienda propia, ni cuestiones similares.

Lo significativo de la nombrada observación general se debe a la mención de siete caracteres que se consideran como esenciales para esa adecuación y que deben tomarse a

¹³ PIDESC, 1966, Art.11 par. 1.:: "1. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia, incluso alimentación, vestido y vivienda adecuados, y a una mejora continua de las condiciones de existencia. Los Estados Partes tomarán medidas apropiadas para asegurar la efectividad de este derecho, reconociendo a este efecto la importancia esencial de la cooperación internacional fundada en el libre consentimiento".

la hora de pensar en una vivienda habitable y correspondiente ante cualquier contexto. Estos aspectos, enumerados en la observación general mencionada, deben contrastarse con los escenarios facticos que atraviesan la mayor parte de las personas institucionalizadas en hospitales públicos (más aun al recordar que el 37% de las mismas está allí por encontrarse insatisfechos sus derechos económicos, sociales y culturales fundamentales). El necesario contraste de los aspectos mínimos para considerar a una vivienda como adecuada y la forma en que ello puede incorporarse en un hospital, que cumple las funciones de vivienda de los usuarios/as, resulta significativo partiendo de la base de que ellos/as en muchas ocasiones se refieren al hospital como su hogar, al encontrarse alojados allí desde hace más de una década.

Los aspectos mencionados por la Observación General nº4 son:

- Seguridad jurídica de la tenencia: implica una protección legal con el fin de garantizar el goce del derecho a una vivienda sin obstáculos, barreras o posibilidades de vulneración por distintas causales tales como desahucio, hostigamiento, etc. Lo que se remarca es que la observación menciona meramente la tenencia, ello no implica entonces la propiedad ni "está limitada al otorgamiento de un título jurídico formal" (ONU Hábitat, 2010:8); con la mera tenencia es suficiente para el caso, pero frente a las personas institucionalizadas nos encontramos que su situación en el hospital –de considerarse una vivienda- es incierta ya que su permanencia en el mismo no depende de ellos/as y, de ser factible una externación, no disponen de los recursos indispensables para decidir dónde y cómo vivir dado que no cuentan con vivienda propia ni con vínculos afectivos que abran las puertas de sus propios hogares. Allí es el Estado quien debe brindarles a usuarios/as la seguridad en la tenencia no solo en la externación sino también en el momento en el cual su padecimiento está siendo tratado en un hospital; lo esencial sería que la intervención estatal evite la internación prolongada al asegurar la tenencia de cualquier tipo de vivienda adecuada y evitar principalmente las causas que llevaron a que a estas personas se les vulnere el derecho a la vivienda en el momento previo a ingresar al hospital.
- Disponibilidad de servicios, materiales, facilidades e infraestructura con el fin de generar una posibilidad de acceso lo más amplia posible a recursos indispensables. Desafortunadamente, en los manicomios una de las denuncias y exigencias más frecuentes abarca este aspecto referido a la falta de servicios mínimos (alimentos, higiene, ropa, etc.).
- Gastos soportables en lo que respecta a este derecho para no obstruir con ello la satisfacción de otros y que sean "conmensurados con los niveles de ingresos"; las personas con discapacidad mental o intelectual parten desde un problema fundamental que es la falta de recursos económico para cubrir cualquiera de los gastos mínimos, el único ingreso que perciben es una pensión no contributiva que los y las mantiene muy por debajo del umbral de pobreza.
- Habitabilidad en el sentido de brindar una seguridad física a quienes transitan el espacio, higiene y salud. En los hospitales psiquiátricos, contrariamente a lo estipulado en la observación, resulta frecuente la transmisión de enfermedades por falta de cuidados necesarios, por deficiencias en la infraestructura, golpes, falta de sanitarios, etc. Vale cuestionarse a su vez cuán posible es habitar un lugar en donde se medica periódicamente a quienes allí mismo realizan sus otras actividades cotidianas.
- Asequibilidad: se considera en especial las realidades de personas en situación

de vulnerabilidad y establece la necesidad de brindar mayores recursos para que logren la efectiva y adecuada vivienda; la propia observación hace referencia a las personas que se nombran en este trabajo (mencionadas allí como "enfermos mentales" (1991: 4) pero es aun hoy que las políticas en salud mental y hábitat no han realizado mayores avances ni se han entrelazado en torno a ello.

- Lugar con acceso al resto de las prestaciones, servicios, ofertas de empleo, etc. Los manicomios al momento de ser construidos fueron pensados lejos de todo lo que se considere como lugares neurálgicos de la sociedad, los antes considerados insanos/as, dementes e incapaces debían ser apartados/as del resto principalmente por su peligrosidad y aun hoy, más allá de que la urbanización haya ampliado las fronteras habitables y las lejanías son menos, el vivir en una sala del hospital es una frontera para el acceso.
- Adecuación cultural para permitir la libertad de culto, expresión y pensamiento y así sentirse cómoda la persona con esa pertenencia cultural. Gran parte de quienes habitan los hospitales carecen de formación -sea formal o informal- y de historias claras, no tienen referentes afectivos ni culturales más que sus compañeros/as de sala sumado a que adecuar culturalmente el hospital no es al día de hoy una posibilidad cierta pensando que habitan muchas personas allí con diversas costumbres y creencias.

Frente a los *ítems ut supra* mencionados para considerar a una vivienda como adecuada y la imposibilidad de poder encajar debidamente alguno de ellos en los hospitales-hogares para las personas con discapacidad, el Estado se encuentra con diversos deberes y obligaciones para reformar la situación formal y material de las personas internadas con medidas a corto y largo plazo.

Las medidas pueden implicar una acción directa brindando los recursos, programas sociales o infraestructura necesaria para afrontar la problemática, también pueden traducirse en la prevención de situaciones que puedan vulnerar este derecho o la protección a violaciones arbitrarias (principalmente al tratarse de personas en situación de vulnerabilidad); conjuntamente, contar con medidas que garanticen la seguridad en la tenencia y el respeto a la vivienda mediante acciones u omisiones (traducidas en medidas de no intervención), garantizar otros de los derechos que acompañan la efectividad del mencionado, no discriminar como medida en todas las esferas de intervención del Estado (legislación, políticas públicas, desarrollo, orden territorial, etc.) y brindar las explicaciones correspondientes para justificar la razonabilidad las medidas adoptadas – sobre todo las regresivas y la rendición de cuentas correspondiente-, como algunas de las dimensiones fundamentales en estos casos.

IV. La exigibilidad de los derechos sociales y sus lazos con la perspectiva de género Pese a todo lo exigido por los ordenamientos jurídicos nacionales e internacionales, organismos nacionales como internacionales (en sus recomendaciones o en su jurisprudencia) y organizaciones civiles, el futuro de los usuarios y usuarias continua incierto y sin miras de una modificación cualitativa, ello en cierta parte se debe a las resistencias de los Estados en asegurar los derechos económicos sociales y culturales y la débil construcción de la exigibilidad de los mismos en relación a los derechos civiles y políticos – subsistiendo hasta este momento el mito, y estrategia política, de que existen derechos de primera y segunda generación- .

Lo expuesto por Courtis al tratar la exigibilidad de los derechos económicos sociales y culturales, que en este caso tendrá especial énfasis en el derecho a la vivienda adecuada (aunque deban considerarse todo el resto de derechos relacionados que intervienen en la satisfacción del mismo, a sabiendas del carácter interdependiente de los derechos humanos), resalta que la sola existencia de esta clase de derechos en el "sistema legal de un país de normas legales" (2004: 2) hace posible su reclamo. La tajante división entre obligaciones positivas en estos derechos y obligaciones negativas en los derechos civiles y políticos es una forma de naturalizar la inacción del Estado en cuestiones de fundamental importancia, tales como la ausencia de viviendas adecuadas para las personas internadas durante décadas, y que todas esas obligaciones positivas sean pseudo-imposibles de realizar por el excesivo gasto público que podría implicar no es fundamento suficiente cuando no se garantiza la satisfacción de un piso mínimo en cada uno de los derechos fundamentales.

Según Courtis, una de las barreras para modificar el statu quo y continuar pensando que los derechos económicos sociales y culturales no pueden ser promovidos, satisfechos y garantizados por el Estado, es sostener el discurso que considera que ellos demandan de mucho presupuesto, casi inconmensurable, y que llevaría a las ruinas a las arcas del Estado cumplir con todas las obligaciones pendientes; frente a posturas como tales el autor sostiene que al mantener este mito divisorio de derechos se sostiene una postura funcional al poder capitalista, neoliberal, propietario y, por qué no, patriarcal¹⁴.

Lo cierto es que los derechos tales como la vivienda adecuada son derechos sociales, que abarcan a un grupo situado y determinado de personas más que a un individuo aislado, que aborda las desigualdades y "pretende construirse en instrumento de equiparación, igualación o compensación" (Courtis, 2004: 49) y que se encuentra íntimamente ligado a áreas, nociones y disciplinas que traspasan lo estrictamente jurídico, frente a lo cual, las respuestas brindadas en esa categoría de derechos deberían considerarse desde longitudes más amplias y abarcables pero no por ello menos efectivas.

Ampliar ese abanico de respuestas y de abordajes en los derechos sociales incluye como uno de sus puntos centrales aplicar perspectiva de género, en este como en otros análisis, pues el género es una categoría que impacta en distintas esferas de las personas – social, económica, cultural, publica, privada, entre otras-y que no es lo mismo para el caso considerar a una mujer institucionalizada y que ve vulnerado su derecho a la vivienda y a un varón en iguales circunstancias; esta perspectiva nos permite quitar el velo de la igualdad que se presenta en múltiples discursos, prácticas y normas para cuestionarse verdaderamente si las mujeres encuentran más o mayores barreras para gozar libre y equitativamente de sus derechos o si tienen mayores posibilidades de que los mismos sean vulnerados.

Resulta necesario partir desde el reconocimiento de que, en los contextos actuales de globalización y neoliberalismo,

"las mujeres, en especial aquellas que pertenecen a grupos minoritarios, son vulnerables a violaciones de sus derechos a vivienda, debido a la tradición, la falta de conocimiento de sus derechos, prácticas y legislaciones local o nacional discriminatorias y la implementación de leyes que no toman en cuenta el género" (Kaijser, 2007: 3)

¹⁴ Este último no se encontraba en lo expuesto por el autor pero fue agregado aquí teniendo en cuenta la fuerte vinculación de estos sistemas de opresión y los múltiples estudios de género al respecto.

Ello se ve acompañado por una discriminación y violencia estructural, multiplicada por el hecho de ser mujeres con discapacidad mental o intelectual privadas de su libertad, y por ver violados múltiples derechos que exceden lo relativo a la vivienda, en razón de esa doble vulnerabilidad.

La realidad de las mujeres institucionalizadas y restringidas en su capacidad jurídica requiere considerar que a esas condiciones se le adiciona el contexto en el que habitan y las formas de habitarlo.

Tal y como lo menciona Ballesteros(2011), y contextualizándolo en el escenario al cual se hace referencia en este trabajo, las mujeres atraviesan situaciones tales que las colocan en posiciones desventajosas o de mayor vulnerabilidad respecto a los varones; el fenómeno de la feminización de la pobreza, los accesos más angostos a puestos de trabajo por su condición de mujer con padecimientos mentales sumado a la dificultad de pensarlas fuera del hogar – en este caso del encierro-, la falta de sistemas de aprendizaje y educativos así como también el débil acceso a la información necesaria en lo que a sus derechos respecta, las dificultades para acceder a justicia, entre otras tantas, son las cuestiones que permiten que exista una mayor posibilidad en ellas de sufrir violencias y violaciones a derechos.

En ese sentido, lo que ocurre con la disparidad a la hora de gozar de ciertos derechos repercute – quizás, de manera recíproca- con la gran problemática que atraviesan las mujeres, particularmente las institucionalizadas, y es la violencia de género (sexual, intrafamiliar, verbal, económica, etc.). Más allá de los instrumentos internacionales mencionados anteriormente en los que en ciertas ocasiones se reconoce la vulnerabilidad de las mujeres, Bellasteros (2011: 118) remarca el interesante agregado de lo trabajado por el Relator especial sobre el derecho a la vivienda adecuada, Miloon Kothari, al adicionar a los factores estipulados por la ya desglosada Observación General nº 4 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales otros nueve elementos en los cuales se incluye la integridad y seguridad de la vida privada, el acceso a la educación y la vida libre de violencias contra las mujeres. Lo cierto es que la falta de una vivienda adecuada implica que esos y tantos otros factores no se encuentran asegurados (tales como el alumbrado, la educación- incluyendo la educación sexual integral-, las formas de asegurar la seguridad personal, el transporte, el debido acompañamiento, etc.) y muchos de ellos podrían ser modificados de existir voluntad política y recursos del Estado para asegurar la vida digna e integridad personal de las mujeres, cuyas posibilidades de ser víctimas de violencia se agudizan por no tener muchas veces un lugar apropiado donde ampararse.

Cabe una mirada crítica a lo destacado por las normas y declaraciones internacionales al desentrañar que "en muchos casos, el problema no son las leyes en sí, sino su implementación. La legislación neutral en cuanto al género puede no ser suficiente para llevar a cabo los derechos de la mujer" (Kaijser, 2007: 6) y eso es particularmente lo que ocurre con la LNSM y su decreto reglamentario, los cuales no gozan con la perspectiva de género suficiente para afrontar la situación particular de las padecientes y ello genera, con esa invisibilización, mayores dificultades y nuevas barreras para pensar en su acceso a derechos.

Con lo expuesto respecto a la necesaria mirada diferencial de lo que ocurre con las mujeres en el encierro Muxí Martínez afirma que "Se hace necesario un cambio de paradig-

ma ya que el espacio no es neutro, nos condiciona, y como tal lo hace de manera diferente a mujeres que a hombres" (2009: 42) y mediante dichas palabras abre a la reflexión y la difícil tarea de imaginarse a la mujer en un manicomio y su situación de vulnerabilidad allí, en un espacio donde desde lo normativo se parte de una igualdad ficticia, y desde donde la realidad muchas veces refleja la distancia con las normas.

Las obligaciones y responsabilidades estatales que deben aun ser cumplidas son numerosas, el hecho de que la vivienda sea considerada un derecho perteneciente a los de segunda generación no es una respuesta válida para mantener su estado de emergencia y la LNSM demuestra que con la sanción de una ley no se solucionan las carencias de los sectores que lucharon por ella – aunque sin duda es un paso de vital importancia-.

En la actualidad, tal y como lo informa FAICA:

"no se puede verificar que el Estado cuente con una política consistente en la asignación de viviendas para personas con discapacidad, dentro de los planes nacionales de acceso a la vivienda... Tampoco se puede verificar la transversalidad de políticas de albergues" (FAICA et al., 2017: 13).

"En muchos casos, los/as profesionales deben recurrir a hogares de beneficencia o albergues en busca de soluciones de emergencia aun cuando no garanticen una alternativa sostenible para la inclusión social... Los/as usuarios/as quedan vinculados a la institución de la cual fueron externados/as para acceder a recursos básicos como la alimentación, la vestimenta, el aseo o el alojamiento. Esto es contrario a los objetivos de externación basados en la reinserción dentro del ámbito comunitario. No se cuenta con suficientes dispositivos que contribuyan al sostenimiento de la atención en salud mental de los usuarios que se encuentran en un proceso de externación." (FAICA et al., 2017: 14).

La situación es alarmante si se tiene en cuenta que hace nueve años la LNSM fue sancionada y con suficiente visibilidad como para pretender hacer la vista gorda, el estado de abandono no solo de las instituciones totales sino también de las pensiones¹5 a las que son derivados/as quienes logran la externación, junto con los tiempos que se dilatan para llegar a ella¹6 y sumado a la falta de apoyo del Estado y las instituciones privadas para quitar los estigmas de los usuarios y usuarias con los recortes presupuestarios en salud, en pensiones no contributivas y en pensiones por discapacidad, entre otras preocupaciones vigentes, hacen de la ley un logro demasiado parcial y sinuoso.

Con promesas de avances¹⁷ y con las barreras que existen y han existido a la hora de satisfacer derechos económicos sociales y culturales- sumado a las barreras que de por si se encuentran las personas con discapacidad, en este caso, mental e intelectual-, uno de los puntos que se intenta remarcar en este trabajo es la importancia de una perspectiva de género en las leyes y políticas de todas las esferas estatales ya que no es posible asimilar lo que transitan en un manicomio las mujeres y los varones en relación a la asequibilidad de sus derechos- principalmente los sexuales y reproductivos y los referidos a

¹⁵ Ver nota periodística disponible en http://www.infoblancosobrenegro.com/noticias/21514-denuncian-que-una-pension-aloja-en-condiciones-infrahumanas-a-externados-del-melchor-romero. Consultado el 16 de diciembre del 2019.

¹⁶ Ver https://www.lanacion.com.ar/comunidad/sin-salida-tienen-su-alta-medica-pero-igual-viven-en-neuropsiquiatricos-nid1920297. Consultado el 16 de diciembre del 2019.

¹⁷ Una de ellas es la comentada por el CELS en el siguiente enlace: https://www.cels.org.ar/web/2019/04/melchor-romero-el-estado-provincial-comprometio-23-millones-de-pesos-para-la-externacion-de-personas-manicomializadas/. Consultado el 16 de diciembre del 2019.

su integridad física y mental, vulnerados como consecuencias de las violencias- sumado a las posibilidades de ser oídas y buscar una progresividad en sus trayectorias de vida -lo que abarca primordialmente en este caso el disponer de una vivienda adecuada cuando llegue el momento, cercano, de sostener un tratamiento extramuros – con las dificultades que conforman la falta de lazos afectivos, la ausencia de personas a cargo de los cuidados para las mujeres, el estrecho y ficticio cupo laboral que se les garantiza, la (des) información y otra serie de factores que hacen al nudo de problemáticas centrales .

V. Consideraciones finales

Lo expuesto a lo largo de estas páginas tuvo la intención de visibilizar la importancia del derecho a la vivienda adecuada para las personas institucionalizadas en hospitales neuropsiquiátricos, principalmente para las mujeres, y de allí contrastar lo que se establece en las normas e instrumentos nacionales e internacionales con la realidad de las personas en situaciones de vulnerabilidad multiplicada y de condiciones de vida riesgosas y precarias.

Para generar una mejoría en alguna de las necesidades que presentan las mujeres institucionalizadas debería no solo tomarse la doctrina y normativa relacionada a la discapacidad mental o intelectual sino que imprescindiblemente ella debe entrelazarse con normativa y doctrina que refiere a las mujeres por su condición de tales, para abordar de manera integral la problemática y enriquecer el abordaje con la perspectiva de género, pensando particularmente lo que implica para estas mujeres acceder a una vivienda adecuada y las condiciones que tienen para hacerlo.

Desde ese lugar, considerar la fuerza de las asociaciones civiles y las organizaciones no gubernamentales como actores significativos para exigir y generar cambios es una importante herramienta para solicitar una nueva forma de hacer -o una mayor efectividad en- las políticas públicas y en el uso de los recursos, así como también focalizar en el derecho de las propias mujeres a ser oídas y participar en la toma de decisiones respecto a donde y como vivir –y todo el resto de los asuntos que atraviesen su vida-.

Lograr lo estipulado en las normas puede concretarse desde varios caminos, uno de ellos es mediante la judicialización de estos casos lo cual resulta una decisión más que razonable si se consideran todos los derechos vulnerados de quienes se encuentran internados/as durante décadas. Tal y como lo establecen Abramovich y Courtis la vivienda, como todos los derechos sociales, tienen la posibilidad de ser exigidos mediante su justiciabilidad si se tiene en cuenta a su vez que

"Lo que calificará la existencia de un derecho social como derecho pleno no es simplemente la conducta cumplida por el Estado, sino también la posibilidad de reclamo ante el incumplimiento: que -al menos en alguna medida- el titular/acreedor esté en condiciones de producir mediante una demanda o queja, el dictado de una sentencia que imponga el cumplimiento de la obligación generada por su derecho" (2014: 3).

La justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales posibilita la intervención y el juzgamiento no solo de las decisiones tomadas por el Estado en su esfera administrativa, legislativa y judicial sino que permite a su vez la intervención en el mercado, en las esferas privadas y en los usos y costumbres que vulneren derechos humanos, acompañando mediante asistencia letrada y acceso a los recursos a aquellas interesadas en hacer valer sus derechos, para asegurar que dicho proceso sea legítimo.

El derecho a una vivienda adecuada es imprescindible para una vida digna, libre de violencias, autónoma y en libertad;

"es importante establecer mecanismos de comunicación, debate y diálogo a través de los cuales se "recuerde" a los poderes públicos los compromisos asumidos, forzándolos a incorporar dentro de las prioridades de gobierno la toma de medidas destinadas a cumplir con sus obligaciones en materia de derechos sociales" (Abramovich y Courtis, 2014: 5).

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Abramovich, V. y Courtis, C. (2014). *Apuntes sobre la exigibilidad judicial de los derechos sociales*. Disponible en: http://repositoriocdpd.net:8080/bitstream/handle/123456789/429/Art_CourtisC_ApuntesExibilidadJudicial_2001.pdf?sequence=1. Ultima consulta 18 de diciembre de 2019
- Asociación Civil por la Igualdad y la Justicia (2016). *Informe alternativo para el Comité de Derechos Humanos. Revisión periódica sobre Argentina*. Disponible en:https://acij.org.ar/wp-content/uploads/2016/06/INT_CCPR_CSS_ARG_24147_S.pdf. Ultima consulta 18 de diciembre de 2019
- Ballesteros, S. (2011). Las consecuencias de las violaciones al derecho a una vivienda adecuada. Un análisis desde una perspectiva de género. *Revista Derecho y Ciencias Sociales*, 4, 111-126
- Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales (1991). *Observación General N°4. El derecho a una vivienda adecuada* (Art. 11, par. 1 PIDESC)
- Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (2018). *Observaciones Finales so-bre el cuarto informe periódico de la Argentina*.
- Comité de Derechos Humanos (2014). *Observación general núm. 35 sobre el artículo 9 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, relativo al derecho a la seguridad y libertad personal.*
- Comité de Derechos Humanos (2017). *Observación general núm. 36 sobre el artículo 6 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, relativo al derecho a la vida.*
- Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (CEDAW) (1999). *Recomendación General N°24. La mujer y la salud.*
- Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (2012). *Observaciones Finales sobre el informe inicial de Argentina*.
- Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CRPD). Asamblea General de Naciones Unidas, Nueva York, 13 de diciembre de 2006.
- Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Contra la Mujer (CEDAW). Asamblea General de Naciones Unidas, 18 de diciembre de 1979.
- Courtis, C. *Los derechos sociales como derechos*. Disponible en: http://www.derechos-humanos.unlp.edu.ar/assets/files/documentos/los-derechos-sociales-como-derechos-2. pdf. Ultima consulta 18 de diciembre de 2019
- Decreto Reglamentario N° 603. Boletín Oficial de la República Argentina, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Argentina, 29 de mayo de 2013.
- Dirección Nacional de Salud Mental y Adicciones (2019). *Censo Nacional de Personas Internadas por Motivos de Salud Mental (CNSM)*. Secretaria de Gobierno de Salud, Ministerio de Salud y Desarrollo Social, Presidencia de la Nación

- FAICA, REDI, Mesa de Trabajo en Discapacidad y DDHH de Córdoba y Observatorio de Salud Mental y DDHH de Córdoba (2017). *Informe Alterno sobre la Situación de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Personas con Discapacidad.*
- Kaijser, A. (2007). Las Mujeres y el Derecho a una Vivienda adecuada Una Introducción a los Problemas Centrales. Hábitat Internacional Coalition (HIC). Secretaria General.
- Ley N° 26.657. Boletín Oficial de la República Argentina, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Argentina, 2 de diciembre de 2010.
- Muxí Martínez, Z (2009). *Reflexiones en torno a las mujeres y el derecho a la vivienda desde una realidad con espejismos*. Disponible en: https://upcommons.upc.edu/bitstream/ handle/2117/6726/derecho_humano_vivienda.pdf. Ultima consulta 18 de diciembre de 2019
- ONU Hábitat (2010). El derecho a una vivienda adecuada. *Folleto Normativo N°21* (1). Naciones Unidas, Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos.
- Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales (PIDESC). Asamblea General de Naciones Unidas, 16 de diciembre de 1966.
- Pisarello, G. (2004). Vivienda para todos: derecho en construcción. *Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM*, (pp. 259-282). Disponible en: https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/10/4556/12.pdf. Ultima consulta 18 de diciembre de 2019

PAULA GASTALDI 63

CONCEPCIONES DE LA DISCAPACIDAD Y NUEVA GENÉTICA

Un abordaje a partir de un dilema bioético

CONCEPTIONS OF DISABILITY AND NEW GENETICS An approach based on a bioethical dilemma

Paula Gastaldi¹

DOI: https://doi.org/10.37767/2591-3476(2020)17

Fecha de envío: 30.06.2020 Fecha de aceptación: 19.08.2020

RESUMEN:

A través de un proceso de fecundación asistida, una pareja de mujeres con sordera ha decidido implantar a la persona gestante un embrión genéticamente predispuesto a desarrollar sordera, seleccionando un donante de esperma que garantice dicha condición por sucesivas generaciones de sordera en su familia. Analizaremos dicho caso como un dilema toda vez que entran en choque dos principios bioéticos: el principio de autonomía de la paciente, por un lado; el principio de no maleficencia, por el otro. El objetivo de este artículo es interrogar acerca de las diversas concepciones de la discapacidad y cómo estás impactan en el modelo de trato brindado a personas con discapacidad. Siendo que no existe unanimidad acerca de cómo debemos conceptualizar la discapacidad y qué implicancias tiene cada modo de conceptualizar a la hora de asumir discusiones filosófico-políticas, abordaremos las distintas concepciones sobre la discapacidad a los efectos mostrar cómo cada concepción razonaría, justificaría y resolvería el dilema moral vinculado a la selección genética.

ABSTRACT

Through a process of assisted fertilization, a couple has decided to implant in the pregnant person an embryo genetically predisposed to develop deafness, selecting a sperm donor that guarantees this condition for successive generations of deafness in their family. We will analyze this case as a dilemma whenever two bioethical principles come into shock: the principle of patient autonomy, on the one hand; the principle of non-maleficence, on the other. The objective of this article is to question about the different conceptions of disability and how they impact the model of treatment offered to people with disabilities. Since there is no unanimity about how we should conceptualize disability and what implications each way of conceptualizing has when assuming philosophical-political discussions, we will approach the different conceptions of disability in order to show how each conception would reason, justify and solve the problem. moral dilemma linked to genetic selection.

¹ Abogada (UCC). Magister en Argumentación Jurídica, Universidad de Alicante. Maestranda en Bioética (FLACSO). Doctoranda en Derecho (UNC). Prof. Adjunta Filosofía del Derecho, Facultad de Derecho (UCC). Prof. Asistente Filosofía y Ética de la Educación, Prof. en Cs. Jurídicas (UNC). Miembro integrante del Grupo de Investigación Sesgos implícitos y Decisión Judicial bajo la dirección del Dr. Federico Arena (UBP). Mail: gastaldipau@hotmail.com. ORCID iD: https://orcid.org/0000-0003-3534-9731

PALABRAS CLAVE: adjudicación judicial; racionalidad material; Derecho a la Salud.

KEY WORDS: Discapacidad; concepciones; fecundación asistida; nueva genética; embriones; sordera.

I. Introducción. Presentación de la problemática

El objetivo de este artículo es interrogar acerca de las diversas concepciones de la discapacidad y cómo estás impactan en el modelo de trato brindado a personas con discapacidad. En ese sentido, no existe unanimidad acerca de cómo debemos conceptualizar la discapacidad y qué implicancias tiene cada modo de conceptualizar a la hora de asumir discusiones filosófico-políticas. Aunque abordar esta discusión excede el presente trabajo, sí nos detendremos en las concepciones sobre la discapacidad a los efectos mostrar cómo cada concepción razonaría, justificaría y resolvería un dilema moral vinculado a la selección genética.

En el caso que analizaremos, una pareja de mujeres con sordera ha decidido implantar a la persona gestante un embrión genéticamente predispuesto a desarrollar sordera. Para ello, selecciona un donante de esperma que garantice genéticamente dicha condición por sucesivas generaciones de sordera en su familia. Veremos a dicho caso como un dilema moral toda vez que entran en choque dos principios bioéticos: el principio de autonomía de la paciente, por un lado; el principio de no maleficencia, por el otro.

Para ello, en primer lugar, comenzaremos por identificar las conexiones que median entre la construcción de la categoría "discapacidad" y las concepciones que proponen abordajes sobre cómo debe ser el modo de trato brindado a la misma desde una discusión filosófico política. Veremos, entonces, cuatro propuestas acerca de cómo teorizar la discapacidad: el modelo de la prescindencia; el modelo médico; el modelo médico-social y; el modelo de la diversidad funcional.

En un segundo momento, presentaremos el caso bajo análisis desde la óptica de un dilema moral. Sin embargo, para ello primero comenzaremos por presentar la propuesta principialista de Beauchamp y Childress (1999) y los cuatro principios asumidos por los autores.

Claro está que dicha propuesta no es la única en el campo de la teoría moral respecto a qué decisiones morales debemos tomar en conflictos bioéticos. Por ello, el presente artículo presentará una crítica de parte de otras alternativas morales a dicha propuesta en pos de dilucidar ciertas limitaciones que la misma contendría. De todos modos, parte del objetivo del presente artículo es mostrar cómo el principialismo cuenta con fuerza y aplicabilidad a la hora de resolver dilemas morales. Así, buscará mostrar cómo dichos principios morales son especificados, identificados y presentados bajo una posible lupa de dilema moral.

Indagaremos, entonces, qué solución ofrece cada concepción de la discapacidad y cuál disímiles pueden ser los argumentos esbozados por cada una de ellas a la hora de resolver tensiones al respecto.

PAULA GASTALDI 65

II. Conceptos y concepciones de la discapacidad

El objetivo de este apartado es identificar las conexiones que median entre la construcción de la categoría "discapacidad" y las concepciones que proponen abordajes sobre cómo *debe* ser el modo de trato brindado a la misma.

Es posible distinguir cuatro propuestas sobre cómo teorizar la discapacidad. La primera concepción, que se define como "de prescindencia", considera a la discapacidad como "Una anomalía o estado indeseable para la salud de la persona". En respuesta a esta anomalía, la sociedad decide segregar a las personas con discapacidad, ya sea a través de la aplicación de políticas eugenésicas, o situándolas en el espacio destinado para "anormales" y clases sociales marginadas (Palacios, 2008). Así, esta primera concepción tiene como rasgo conceptualmente relevante y distintivo la comprensión de la discapacidad como una anormalidad física y orgánica notoria y una respuesta de exclusión, eliminación o marginación de las personas con discapacidad.

La segunda concepción, denominada "rehabilitadora" y afincada en el modelo médico, "visualiza la discapacidad como una enfermedad y pregona la rehabilitación como una alternativa superadora de la misma" (Alemany, 2018). Esta segunda concepción tiene como rasgo conceptualmente relevante y distintivo la comprensión de la discapacidad como una enfermedad o patología que debe eliminarse o erradicarse según las posibilidades médicas.

La tercera concepción, denominada "social", considera que la discapacidad es una combinación entre factores médicos en interacción con el entorno. Esta concepción está plasmada en la Convención de Personas con Discapacidad (C.P.D). Su artículo primero reza: "Las personas con discapacidad incluyen a aquéllas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás"². Así, este tercer modelo tiene como rasgo conceptualmente relevante y distintivo hacer una focalización en las deficiencias en la salud que la discapacidad acarrea, en combinación con una especial interacción entre estas y la sociedad en la cual la persona se desarrolla. Desde esta perspectiva, la manera en la cual se identifica la discapacidad guarda una relación estrecha con el modo como las deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo aparecen condicionadas por el entorno y, por tanto, el dato acerca de la interacción es el rasgo característico. La Organización Mundial de la Salud (en adelante, O.M.S) entiende a la discapacidad como:

"... un término general que abarca las deficiencias, las limitaciones de la actividad y las restricciones de la participación. Las deficiencias son problemas que afectan a una estructura o función corporal; las limitaciones de la actividad son dificultades para ejecutar acciones o tareas, y las restricciones de la participación son problemas para participar en situaciones vitales. Por consiguiente, la discapacidad es un fenómeno complejo que refleja una interacción entre las características del organismo humano y las características de la sociedad en la que vive."³

Como vemos, la OMS entiende por deficiencia a los problemas que *afectan a una estructura o función corporal*. Es decir, la deficiencia, ya sea física, mental, intelectual o senso-

 $^{2\ {\}rm El}$ resaltado con cursiva me pertenece.

³ Recuperado el 20/11/2019 de http://www.who.int/topics/disabilities/es.

rial que se presenta en el organismo a largo plazo, es el rasgo médico; mientras que la interacción con el entorno puede presentar las siguientes manifestaciones: por un lado, limitaciones de la actividad, entendidas como las dificultades para ejecutar acciones o tareas; por otro lado, las restricciones de la participación entendidas como problemas para participar en situaciones vitales. En estas limitaciones y restricciones estaría el rasgo social que remarca el modelo social de la discapacidad.

La cuarta concepción, relativa a la diversidad funcional, sostiene que el modelo social ha mantenido ciertas aspiraciones de "normalidad", lo que tornaría necesaria su superación (Romañach, 2008). Así, esta última concepción tiene como rasgo conceptualmente relevante y distintivo proponer un abordaje de la discapacidad que abandona la óptica médica y apuesta por identificar el origen de los aspectos problemáticos de este fenómeno ni más ni menos que en el trato discriminatorio que reciben los sujetos que lo padecen. De hecho, desde esta concepción, se argumenta que el propio criterio de qué debe ser considerado deficiencia funcional está construido por la manera que se menosprecia la discapacidad. El fundamento de esta concepción se basa en la aserción según la cual la diversidad en el funcionamiento del cuerpo es inherente al ser humano, por lo que esta diversidad debería recibir una valoración positiva (Morales Aguilera y Vallés González, 2013).

Presentados, entonces, los modos en que cada concepción identifica los rasgos conceptualmente relevantes y distintivos respecto al trato brindado hacia la discapacidad, podemos ahora indagar las clases de conexiones que se dan entre cada enfoque y la manera conceptualizarlo. De esta manera, es posible distinguir tres ópticas para conceptualizar la discapacidad. La primera óptica es médica (en adelante, O1), utilizada tanto por la concepción de la prescindencia como por la rehabilitadora. Según O1, a los efectos de definir la categoría de "discapacidad" es necesario remitirse a cierta enfermedad, de naturaleza prolongada y/o perdurable. La segunda es la óptica médico-social (O2), utilizada por la concepción social. Esta O2 sostiene que la definición misma de discapacidad se basa en una relación dada entre cierta deficiencia en la salud y el entorno⁴ social en el que la persona se desarrolla. Esta óptica pone especial atención en el entorno social en tanto éste condiciona y levanta barreras a personas con discapacidad. Así, por ejemplo, personas con talla baja podrían llegar a ser consideradas personas con discapacidad si el entorno imposibilita el acceso al transporte público (y las demás estructuras de funcionamiento social) en razón de su altura. La tercera es la óptica social (O3), utilizada por la concepción de la diversidad funcional. Desde esta óptica la definición de discapacidad depende exclusivamente de una construcción social de qué se considera disvalioso y, por tanto, es menospreciado.

De esta manera, mientras que la O1 reposa en un aspecto de naturaleza psicofísica y la O2, de base médica, vinculando a la discapacidad con el entorno (por ello la he denominado médica- social), O3 elimina esa base médica. Sin embargo, considero que la O2, defendida por la concepción social, la única comprometida con un abordaje mixto de la discapacidad, poniendo la nota distintiva tanto en las cuestiones médicas como en el entorno social. Veremos, al concluir este trabajo, las razones en las que descansa esta defensa.

III. Bioética: el principialismo de Beauchamp y Childress

⁴ Por entorno entiendo hábitos (de insolidaridad, por ejemplo), prácticas, instituciones, normas, costumbres, discursos. En este sentido, engloba la noción de interacción.

El presente artículo recorre una fundamentación respecto a cómo resolver un caso bioético partiendo por abordar un modelo teórico de justificación que permita valorar éticamente la situación planteada. Claro está que no es posible unificar el campo de la bioética en una sola teoría moral. Si nos preguntamos cuál es la teoría ética para la bioética, correremos con la misma suerte que las teorías morales en general: tendremos un abanico de discusiones morales previas a consolidar un instrumento válido para analizar los casos planteados. Sin embargo, a los efectos del presente artículo nos basaremos en la teoría principialista de Beauchamp y Childress (1999)⁵, quienes han propuesto los siguientes cuatro principios: a) el principio de respeto de la autonomía; b) el de no maleficencia; c) el de beneficencia y d) el de justicia. Dichos principios se presentan como una proposición abstracta que engloba o representa algún valor moral y que aporta un fundamento a la conducta esperada por el agente. En este sentido, los principios son la base para una decisión moral, por lo que norman la conducta del agente, en este caso médicos y médicas, a la hora de resolver tensiones éticas. Ahora bien, ¿qué propone cada principio? Por el momento, nos conformamos por presentar las siguientes consideraciones en torno a cada uno de ellos:

- a) el principio de respeto de la autonomía indica que el agente debe tener en cuenta la decisión autónoma del paciente en lo que respecta a su salud, entendiendo como tal aquella que se decide intencionadamente, con cabal conocimiento de sus implicancias y sin influencias externas que vicien la voluntad;
- b) el de no maleficencia impone al agente el deber general de "no dañar a otro", es decir, cuenta con una formulación deontológica en negativo que obliga a abstenerse de concretar intencionalmente alguna práctica dañosa.
- c) el de beneficencia pone en cabeza de los profesionales de la salud la obligación de *tomar decisiones* y acciones en pos del bienestar del paciente, por ejemplo, amputar una pierna frenar la dispersión de un tumor maligno.
- d) el de justicia impone que las personas deben ser tratadas de modo igual y aborda los problemas de distribución de los recursos y el acceso a la justicia sanitaria.

Es loable exponer que no sólo existe el principialismo de Beauchamp y Childress como la propuesta de encuadre respecto a las discusiones éticas alrededor de la conducta esperable de médicos y médicas en determinada situación. Hay otras concepciones que se proponen alternativas y superadoras. Así, por ejemplo, lo que se conoce como ética de la virtud ha calado en una crítica sensata al modelo principialista, en donde pone en el centro de la discusión moral a la categoría virtud, que dotaría de sentido la práctica médica orientando las decisiones morales. Propone, entonces, abandonar el término "deber" sobre el cual está erigido el principialismo y reparar en el carácter del sujeto moral. El eje está en potenciar el carácter humano a través de las virtudes necesarias para iluminar toda decisión moral. Tal como ha sido entendido, supone que el quehacer sanitario médico parece estar atravesado por otras realidades que al principialismo de Beauchamp y Childress y su final propuesta basada en el seguimiento de reglas, no alcanzaría a dilucidar. Así, se ha asumido que la ética basada en las virtudes podría recuperar el carácter emocional de la práctica médica, siendo esta una razón para otorgarle validez de aplicación (Díaz García, 2009).

Sin embargo, tal como han analizado los autores, aunque la ética de la virtud puede

⁵ Ello se debe a una decisión tanto teórica como metodológica, ya que el presente artículo pretende rescatar la validez de dicha propuesta a la hora de resolver un dilema moral, toda vez que, a partir de la identificación e especificación de los principios morales en juego, podemos sopesarlos en proceso deliberativo que resuelve el dilema moral a través de la ponderación de dichos principios.

afianzar la propuesta principialista, preocupándose respecto a cómo guiar la conducta concreta a partir del carácter del agente moral, la ética de carácter no puede remplazarla. Ello, por cuanto, la ética de la virtud no ofrecer una explicación adecuada de porqué un determinado acto debe ser considerado incorrecto desde el punto de vista moral. Así, puede la persona virtuosa actuar incorrectamente. En este sentido, podría pensarse que son complementarias, pero nunca la ética de la virtud podría reemplazar a la ética de corte principialista expuesta por los famosos autores.

Ahora bien, la gran crítica a dicha propuesta es cómo resolver una tensión o contradicción entre los principios. ¿Existe una jerarquía entre ellos? Aunque ha habido intentos por jerarquizar uno por sobre otro y, ante un choque siempre priorizar alguno de ellos; lo cierto es que eso conlleva aparejada una rigidez que dota de sentido a una crítica sensata. La propia propuesta de Beauchamp y Childress, en cambio, consiste en reconocer distintos aspectos claves hacia la concreción de los principios cuando estamos frente a un dilema moral.

Asumiendo que el dilema moral aparece cuando no existe un único principio, jerárquicamente superior, que resuelve los conflictos, siguiendo la línea de la propuesta del filósofo inglés Ross (2002), aunque las obligaciones que emergen de dichos deberes son *prima facie*, estas sólo se mantienen mientras no entran en conflicto entre sí. Es decir, al entrar en conflicto la situación debe resolverse haciendo una evaluación y ponderación de las obligaciones contrapuestas en esa situación en particular. En una ponderación entre las diferentes obligaciones prima facie que están en conflicto, los principios – a priori generales y abstractos – deben ser traducidos en normas particulares concretas. De esta manera, ponderar exige también *especificar*, es decir, reducirlos a reglas menos indeterminadas. En este proceso de especificación, es posible identificar que no todos los principios nombrados entrarían en juego en un caso concreto. Así las cosas, el primer paso es especificar el alcance de los principios en el caso concreto para posibilitar *determinar* cuáles de ellos entraría en juego y dónde estaría *situado* el dilema moral. Luego, para posibilitar una resolución de dicho dilema, procede la ponderación, esto es, sopesar cada principio y deliberar cuál tiene más peso en la situación concreta.

En este sentido, el presente artículo ofrece una muestra de dicho procedimiento, a saber: especificar la presencia de cada principio para dar cuenta de porqué entrarían en colisión dos de ellos para, finalmente, resolver el dilema moral a través de ponderar su sentido y alcance a la luz de las distintas concepciones de la discapacidad.

IV. Un dilema moral: la presentación de un caso.

En Contra la Perfección, Michael Sandel (2007) relata un caso famoso: en el año 2002, S. y C., una pareja de mujeres sordas, se someten a un proceso de inseminación artificial para el que buscan como donante de esperma a una persona con cinco generaciones de sordera en su familiar. Así, con esta elección lograban que su descendencia tuviera necesariamente el gen de la sordera. S. y C., finalmente, tuvieron un hijo sordo a partir de la fertilización asistida. Este caso ha llevado a un profundo debate. Las madres han sido atacadas duramente por la opinión pública de haber elegido que su hijo tenga una discapacidad. Sin embargo, su defensa ha sido terminante, "Ser sordo es solo una forma de vida", dijo C. (Sandel, 2007). "Nos sentimos completas como personas sordas y queremos compartir los maravillosos aspectos de nuestra comunidad sorda, un sentido de pertenencia y conexión con los niños" (Sandel, 2007: 7). Es decir, desde la mirada de las

PAULA GASTALDI 69

madres, la sordera no debe asociarse a algo negativo, sino por el contrario es una concepción de vida y la unión a un grupo de pertenencia.

Sobre el caso Sandel se pregunta: ¿Está mal hacer que un niño sea sordo por diseño? Si es así, ¿qué lo hace mal: la sordera o el diseño? Aunque la pregunta que dispara Sandel despierta gran interés – y es, sin duda, la pregunta central -, en esta oportunidad pretendo abordar el caso comprendiéndolo bajo de la lupa de un dilema moral. Se presentan dos deberes en conflicto: por un lado, el deber de no maleficencia que obliga a abstenerse de llevar a cabo una práctica que dañaría la salud y aptitudes físicas del hijo/a; por otro lado, el deber de respeto por la autonomía de las madres, quienes han expresado un deseo de que su hijo/a tenga sordera.⁶

Tal como hemos presentado anteriormente, el dilema moral aparece toda vez que asumimos que no existe un único principio, jerárquicamente superior, que resuelve los conflictos. Cabe preguntarse, ¿cuál es la decisión que debieran tomar las/os médicos/as frente a este dilema?

Lo primero que debemos hacer es especificar el alcance de los principios en el caso concreto para posibilitar *determinar* cuáles de ellos entraría en juego y dónde estaría situado el dilema moral. Veamos.

El principio de autonomía está en juego toda vez que la pareja de mujeres ha expresado su decisión de implantar un embrión con fertilización asistida. Por su parte, el principio de no maleficencia estaría en juego toda vez que dicho procedimiento podría traer una consecuencia indeseada – según la concepción de la discapacidad desde la cual se lo aborde. Siendo que las madres han decidido que el embrión implantado tenga como condición genética la sordera, habría que indagar si dicho procedimiento es permisible a la luz del principio en cuestión. En cambio, el principio de beneficencia no entraría en el caso concreto. Ello, por cuanto, si entendemos que beneficencia impone la obligación a médicos y médicas de tomar decisiones y acciones en pos del bienestar del paciente, por ejemplo, aquí debemos considerar a las mujeres como las pacientes y, por tanto, no aplicaría una obligación moral formulada en positivo que contradiga la decisión autónoma que ellas tomaron.

Por último, en cuanto al principio de justicia, y derivado de entender a la pareja de mujeres como las pacientes, en este caso el principio de justicia no estaría en juego toda vez que no se discute respecto a la imposibilidad del acceso a un procedimiento médico sobre la base de problemas de recursos o justicia sanitaria. Una aclaración: las mujeres que pretenden acceder a una fertilización asistida cuentan con discapacidad. A la luz de nuestro ordenamiento jurídico, los derechos de personas con discapacidad al acceso a la salud deben ser considerados amplios, sobre la base de una asignación mayor de recursos que a personas sin discapacidad, toda vez que -para dotar de vida digna- es necesario elevar los recursos sanitarios en pos de lograr el bienestar de pacientes. Argentina pone

⁶ En Argentina, la ley Nº 26.862 de "Acceso integral a los procedimientos y técnicas médico-asistenciales de reproducción médicamente asistida" y su decreto reglamentario Nro.956/2013, tiene por objeto garantizar el acceso integral a los procedimientos y técnicas médico asistenciales de reproducción asistida (cfr. art. 1º), tanto de baja como de alta complejidad (cfr. art. 2º). Por su parte, tienen derecho a acceder toda persona mayor de edad que haya explicitado su consentimiento informado (cfr. art. 7º). Asimismo, las obras sociales y entidades de medicina prepaga tienen el deber de incorporar dicho procedimiento a las prestaciones obligatorias a brindar a sus afiliados y se determina su inclusión en el Programa Médico Obligatorio, con los criterios y modalidades de cobertura que establezca el Ministerio de Salud como autoridad de aplicación (cfr. arts. 3º y 8º). Por su parte, sus disposiciones son de orden público y de aplicación en todo el territorio de la República (cfr. art. 10). Para determinar cuáles son los "embriones viables", es decir, "aquellos que pueden ser transferidos al útero de la mujer, en virtud de estudios previos que así lo determinan" (cfr. art. 14), se utiliza el Diagnóstico Genético Preimplantatorio.

en cabeza del Estado – y las obras sociales – la cobertura integral de estos procedimientos para personas con discapacidad. De todas maneras, y si de nuestra legislación se trata, también existe una ley de acceso a los procedimientos de fertilización asistida que declara la obligación del Estado y las obras sociales a la cobertura integral de estos procedimientos, ya sea personas con discapacidad o personas sin discapacidad (Ley N° 28.862).⁷ . De esta manera, y a los efectos del presente artículo, no entraría en juego el principio de justicia toda vez que no habría una imposibilidad de acceso al tratamiento que se funde en cuestiones de recursos.

Una vez especificada esta contradicción entre el respeto de la autonomía y el principio de no maleficencia, en pos de resolver dicha tensión entre dichos principios resta ponderar el alcance y sentido de cada uno de ellos a la luz del caso concreto. El primer principio, entonces, obliga a los médicos a tomar en cuenta la decisión libre de las pacientes; el segundo principio, a diferencia del principio de beneficencia, reposa sobre el deber general de "no dañar a otro", es decir, cuenta con una formulación deontológica en negativo que obliga a abstenerse de concretar intencionalmente alguna práctica dañosa. Veremos qué argumentos hay para sostener cómo deben proceder los médicos en este caso, haciendo una evaluación y ponderación de las obligaciones contrapuestas en esa situación en particular.

1. El principio de respeto por la autonomía del paciente y su análisis desde el consentimiento.

El principio de respeto por la autonomía consiste en partir de la voluntad del paciente a los efectos de tomar cualquier decisión médica que pueda afectar su salud. En el caso que analiza Sandel (2007), en pos de cuestionar el alcance del principio de autonomía, tomamos como paciente a la persona gestante que debe ser auxiliada mediante un procedimiento médico para tener un/a hija. Ahora bien, a la luz de este artículo, cuando refiero a autonomía incluyo dentro de ésta la autonomía procreativa. Esta aclaración se realiza ya que podría objetarse que, en general, hablamos del principio de autonomía del paciente cuando hay un rasgo de la salud que podría verse afectado y aquí no es la salud de las madres la que podría verse afectada sino la salud de su hijo. En esta línea, alguien podría sostener que, para que la autonomía de las madres "en tanto pacientes" se vea comprometida, necesariamente lo que debe estar en cuestión es un aspecto de su salud vinculado al procedimiento de inseminación. De todas maneras, y desde un sentido amplio del término salud, su autonomía "procreativa" está en juego y se verá afectada la salud en caso de recibir una negativa médica de llevar adelante un procedimiento de inseminación.

A esta altura podemos comprometernos a sostener que existe un deber médico de preservar y hacer valer la decisión autónoma que toma la paciente. Ahora bien, para considerar que la decisión de un paciente es autónoma debemos asegurarnos que procede de

⁷ El artículo 8 de la ley Nº 28.862 sostiene: "Cobertura. El sector público de salud, las obras sociales enmarcadas en las leyes 23.660 y 23.661, la Obra Social del Poder Judicial de la Nación, la Dirección de Ayuda Social para el Personal del Congreso de la Nación, las entidades de medicina prepaga y las entidades que brinden atención al personal de las universidades, así como también todos aquellos agentes que brinden servicios médico-asistenciales a sus afiliados independientemente de la figura jurídica que posean, incorporarán como prestaciones obligatorias y a brindar a sus afiliados o beneficiarios, la cobertura integral e interdisciplinaria del abordaje, el diagnóstico, los medicamentos y las terapias de apoyo y los procedimientos y las técnicas que la Organización Mundial de la Salud define como de reproducción médicamente asistida, los cuales incluyen: a la inducción de ovulación; la estimulación ovárica controlada; el desencadenamiento de la ovulación; las técnicas de reproducción asistida (TRA); y la inseminación intrauterina, intracervical o intravaginal, con gametos del cónyuge, pareja conviviente o no, o de un donante, según los criterios que establezca la autoridad de aplicación. Quedan incluidos en el Programa Médico Obligatorio (PMO) estos procedimientos, así como los de diagnóstico, medicamentos y terapias de apoyo, con los criterios y modalidades de cobertura que establezca la autoridad de aplicación, la cual no podrá introducir requisitos o limitaciones que impliquen la exclusión debido a la orientación sexual o el establez o los destinatarios (...)".

PAULA GASTALDI 71

los valores y creencias propios de dicha persona, se basa en una información y comprensión adecuadas y no viene impuesta por coacciones internas o externas.

Aquí debemos indagar la validez de la decisión autónoma que han tomado las madres. Comencemos por advertir, entonces, la necesidad de analizar las condiciones que establece Brock (1994) para el consentimiento válido. Tal como sostiene el autor, las condiciones son tres. La primera, la competencia, establece el requerimiento que las pacientes sean competentes para que el consentimiento sea vinculante. Ahora bien, tal como se advierte, no es una tarea simple determinar cuándo el paciente ha dado integro consentimiento a un tratamiento o intervención. Se ha sostenido que se debe asegurar un balance aceptable entre permitir a las personas decidir por sí mismas, por un lado, y protegerlas de las consecuencias dañinas de sus propias decisiones cuando su capacidad de decisión está seriamente limitada o sea deficiente, por el otro. De esta manera, considero necesario indagar acerca de diferentes criterios de competencia que van desde el criterio menos estricto al más estricto. Podemos, o bien reparar en la habilidad para expresar una preferencia, o bien utilizar criterios para evaluar el contenido de la decisión del paciente y, por último, utilizar criterios que evalúan la naturaleza de la comprensión y del razonamiento del paciente. Este último criterio de competencia se centra en el proceso de la toma de decisión, más que en el hecho de si el paciente meramente hizo una elección o en el contenido de su elección. En el caso bajo análisis, considero necesario detenernos sobre este último criterio y considerar como válido el consentimiento dado por las madres toda vez que, del relato de los hechos, no surge que no comprendan las consecuencias de implantar un embrión que tendrá sordera. El segundo criterio es la voluntariedad. Para que el consentimiento a una toma de decisión sea respetable, ésta debe ser voluntaria o tomada libremente. En este sentido, cabe advertir que sólo sería aceptable una adecuada persuasión racional, mediante la cual el médico brindara información acerca de los distintos las consecuencias de llevar adelante la fertilización, así como de sus beneficios e inconvenientes, y ofreciera su posición personal al respecto. En este sentido, el caso muestra una clara voluntariedad por parte de las madres. Así, aparece ligado el tercer criterio: la comprensión informada. El objetivo del requerimiento de que el consentimiento sea informado consiste en que los pacientes alcancen una suficiente comprensión de su condición y de sus posibles tratamientos para que ellos puedan establecer qué tratamiento quieren afrontar. Aquí, sin dudas, existe una compresión informada por parte de ambas pacientes.

Dicho esto, el principio de autonomía está presente en el caso. A su vez, si a esta altura alguien pretendiera atacar que el principio de autonomía no juega toda vez que las pacientes están tomando una decisión sobre un embrión "persona por nacer", advierto que el embrión es vida humana pero no cuenta con el status de persona humana.⁸ Por su parte, respecto a las consecuencias de esta fecundación que será el nacimiento de una persona con discapacidad, vale aclarar que allí – justamente – ya entraría el principio de no maleficencia⁹. Veremos cómo se resuelve el alcance de dicho principio a continuación.

⁸ Aquí corresponde hacer una aclaración: a los efectos del presente trabajo se considera que los embriones no son persona humana. Aquí no ingresaría la discusión acerca del status moral del embrión. Por el momento, el argumento puede ser que hasta que no sean implantados no cuentan con status moral de protección jurídica independiente, sino dependientes de la autonomía de la paciente o persona gestante que tiene interés en ser implantada. Ver nota 10.

⁹ Puede haber una manera no conflictivista de reconstruir este caso. Si el deber de no maleficencia tan sólo consiste en garantizar una inseminación segura, sin importar el contenido del material genético inseminado, entonces el médico no infringirá este deber, aun cuando actúe a sabiendas de que la persona que será gestada padecerá de sordera. En este caso, el deber del médico se circunscribiría a garantizar la salud de la persona inseminada, no la salud de quien nacerá como fruto de esta inseminación. Ulteriormente, si alguien debiera responder por esta decisión, no es el médico, sino las madres. De todas maneras, entiendo que el deber del médico debe abarcar las consecuencias de las prácticas que imparte y no solo la viabilidad y éxito de la práctica en sí misma.

2. El principio de no maleficencia

Retomemos las palabras de las mujeres, "Ser sordo es solo una forma de vida"; "Nos sentimos completas como personas sordas y queremos compartir los maravillosos aspectos de nuestra comunidad sorda, un sentido de pertenencia y conexión con los niños" (Sandel, 2007: 7). De esta manera, el argumento de ellas esboza que la sordera no debe ser considerada una discapacidad, sino una diversidad. Sin embargo, el presente artículo comenzó mostrando distintas concepciones de la discapacidad y advirtió la existencia de un desacuerdo desde el momento mismo de abordar un concepto de discapacidad. Vale aclarar que todos los conceptos que allí se abordaron son normativos: no sólo describen qué es discapacidad sino que van de la mano de una propuesta de cómo debe ser tratada la discapacidad. Ahora bien, en pos de lograr articular una respuesta en torno a la presencia del principio de no maleficencia en el caso bajo análisis, propongo detenerme en la noción de secuela: es decir, ahondar en la sordera como una consecuencia médica de la decisión que han tomado las pacientes sobre el hijo por nacer e indagar qué tipo de respuesta daría cada concepción de las plasmadas y cómo ello impacta en la manera en la que se identifican los rasgos relevantes del concepto de discapacidad.¹⁰

Secuela, en su sentido etimológico, proviene del latín "sequela" que refiere a aquello que sigue a algo. En este sentido, entendemos a la secuela como el resultado que conlleva un hecho determinado.

Comenzando por la primera concepción, la de la prescindencia, la persona con discapacidad es considerada anormal por razones exclusivamente naturales/ biologicistas. Tal como he sostenido, esta concepción suele poner a PDC en espacios marginados, con una fuerte dependencia hacia sus cuidadores, marcada por la asistencia por parte de su núcleo afectivo o familiar. Palacios (2008) nos recuerda que esta concepción está vigente, por ejemplo, cuando se discute acerca del aborto y cuestiones relativas a los análisis genéticos prenatales que buscan detectar ciertas discapacidades; la Nueva Genética y el descarte de embriones con discapacidad, entre otros. En esta línea se ha discutido la ética utilitarista de Singer, y ha sido rechazada por el colectivo de personas con discapacidad, desde que el autor sostiene que no sólo los fetos sino también los bebés con discapacidad pueden ser evitados. En febrero de 2003, apareció publicado en el magazine del New York Times un relato que causó un notable impacto: "Unspeakable Conversations", de Harriet McBryde Johnson quien cuenta con una discapacidad y relata una conversación con Singer. Baena (2008) traduce la conversación y narra las palabras de Harriet:

"Él insiste en que no me quiere matar. Simplemente piensa que habría sido mejor, en conjunto, haber dado a mis padres la opción de matar al bebé que una vez fui, y, también, permitir que otros padres pudieran matar a futuros bebés parecidos. De ese modo, se evitaría el sufrimiento que suponen vidas como la mía, y se verían satisfechas las razonables preferencias de los padres por otro tipo de niño. No es nada personal. No tendría por qué sentirme amenazada" (Baena, 2008: 3).

Las razones de porqué Singer considera la eugenesia como un camino deseable se debe a que considera que ciertas discapacidades generan que la persona no sea considerada persona, ya que no tiene conciencia de sí. Sin embargo, tal como lo presenta McBryde Johnson, la propuesta de Singer nada tiene que ver con que si la persona (niña o niño) puede tener conciencia de sí y es un abordaje de la discapacidad como una anomalía

¹⁰ Advierto que para las cuatro concepciones la sordera es una discapacidad, pero discurren acerca de qué trato se le debe brindar a la misma. El argumento que esbozaron las madres podría encuadrarse en la cuarta concepción: la de la diversidad funcional.

PAULA GASTALDI 73

indeseable, tanto para los padres como para la niña o niño. Ello, por considerar que la persona con discapacidad no podrá alcanzar la felicidad.

Por su parte, la concepción médica, al conceptualizar la discapacidad desde O1, sostiene que la misma es un problema de salud. Por tanto, el modelo cuenta con la tendencia a emparentar discapacidad con enfermedad. En este sentido, la discapacidad es originada en una enfermedad o en una lesión. Ahora bien, desde esta óptica, ¿cuál sería la diferencia entre enfermedad y discapacidad? Tanto la enfermedad como la discapacidad representan una deficiencia o desviación de alguna norma en el estado biomédico del individuo. Sin embargo, la discapacidad se presenta en el organismo como una pérdida o anormalidad de una estructura o función psicológica, fisiológica o anatómica, que conlleva a la exteriorización de un estado patológico que refleja las perturbaciones a nivel del órgano. Y dicha exteriorización debe presentarse de manera prolongada en el tiempo.

Recordemos que, tanto la concepción de la prescindencia como el modelo médico, coinciden en la óptica de conceptualizar a la discapacidad, O1, en donde prima la óptica médica. De esta manera, desde ambas concepciones, la secuela es la expresión misma de la deficiencia en la salud. Así, mientras la concepción de la prescindencia excluye o prescinde de personas con discapacidad; la concepción médica defiende que se debe trabajar sobre la secuela, eliminándola en lo posible. El modelo médico pretende rehabilitar la salud de personas con discapacidad. Ahora bien, como respuesta exclusiva de trato hacia la discapacidad, la concepción médica propone la rehabilitación y, por tanto, el Estado debe garantizar el acceso a la salud de personas con discapacidad. Sin embargo, esto implica presuponer que la "rehabilitación" es el único modo de bienestar: la salud es un derecho, no un deber. Si la persona con discapacidad desea intentar algún mejoramiento de su salud, ello debe estar garantizado. Pero, suponer que todos los problemas derivan y son el estado de salud es (en el mejor de los casos) desconocer por completo la problemática.

Desde ambas, entonces, el accionar de las madres no es permisible toda vez que están decidiendo hacer el mal a su hijo. Por razones biológicas, carecer del sentido del oído es indeseable. Se perjudica al hijo desde el momento en el que se elige que carezca de un sentido básico para el desarrollo. El parámetro médico en ambas concepciones juega como un *parámetro perfeccionista* acerca de lo que es deseable a nivel biológico. De esta manera, las razones que ofrecen ambos modelos son incompatibles con un *reconocimiento* hacia la discapacidad que enfatice el rol de la sociedad en el desarrollo y vida de las personas con discapacidad. Veamos la propuesta de las siguientes dos concepciones.

La tercera concepción, la del modelo social, utiliza una óptica médico-social (O2), proponiendo otra manera de abordar la propia noción de secuela. Tal como hemos dicho, la O2 sostiene que la definición misma de discapacidad se basa en una relación dada entre cierta deficiencia en la salud y el *entorno* social en el que la persona se desarrolla. Esta óptica pone especial atención en el entorno social en tanto que condiciona y pone barreras a personas con discapacidad. La secuela no es la expresión misma de la deficiencia, sino que es la desventaja asociada a dicha deficiencia en la salud, en tanto impedimento de funcionalidad que acarrea la discapacidad. Desde este modelo, y enfatizando en la desigualdad que la diferencia acarrea, el trato brindado a la discapacidad debe incluir distintas medidas, a saber: una protección integral que garantice vivienda, acceso al trabajo, pensiones no contributivas, accesibilidad en los espacios sociales y, también, acceso a prestaciones médicas en el mejoramiento del estado de salud. Quiero ser clara: no

significa que la concepción social no pretenda aspirar al mayor bienestar posible de la persona con discapacidad en términos de salud, sino implica que no debemos presuponer que la "rehabilitación" es el único modo de bienestar y debe considerarse la decisión de la persona con discapacidad en relación a qué decide sobre su salud.

La concepción de la diversidad funcional cuestiona el foco que continúa manteniendo el modelo social. En este sentido, advierte que conserva cierta tendencia a mantener la normalización del modelo médico, justamente por entender a la secuela como una combinación de factores (O2). Desde la óptica de la diversidad, la secuela es exclusivamente social. Ello, por cómo la sociedad menosprecia la diversidad funcional. La diversidad funcional se presenta como inherente a la propia naturaleza humana, ya que nuestro cuerpo y nuestra mente (al igual que sucede con las capacidades físicas, mentales y sensoriales) no cuentan con la misma funcionalidad a lo largo de la vida, así, por ejemplo, la niñez cuenta con cierta diversidad funcional comparada con la juventud o la adultez, y ésta última a la vejez. En este sentido, la sociedad, a la luz de ciertos parámetros "deseables" menosprecia la diversidad. Pero, no sólo la menosprecia, sino que la condiciona. Incluso el discurso médico conserva una "patologización" y rotula de "deficiente" a la luz de un discurso normalizador (Eroles, 2008). La propuesta para lograr dirimir la secuela es, entonces, erradicar el menosprecio y compresión misma de la discapacidad y hacer foco en cómo revertir el trato hacia la diversidad funcional. En este sentido, el reconocimiento de la discapacidad debe cambiar. Para ello, se propone incluso una reconstrucción de la idea de dignidad humana, y una invitación de dar voz al colectivo y a la persona con discapacidad respecto a su propio desarrollo y proyecto de vida.

Ahora bien, respecto a estas dos últimas concepciones, ¿qué respuesta daría cada concepción acerca de la selección genética efectuada por estas madres? Considero que ambas concepciones lo considerarían permisible. Sin embargo, reconozco que una primera lectura haría pensar que la concepción médico social, al conservar el parámetro médico, diría que no es permisible. Pero si esa es la postura desde el modelo social, implicaría que, en caso de poder elegir, la discapacidad no es deseable toda vez que parece infringirle un daño físico a una persona.¹¹ Ahora bien, así puesto podría esta concepción parecerse a una concepción de la prescindencia y admitir, entonces, el desecho de embriones con discapacidad o el aborto por exclusivas razones eugenésicas. 12 Pensemos: en el caso del desecho de embriones por discapacidad. ¿Es lo mismo poder elegir un embrión que tenga discapacidad que poder desechar embriones que tengan discapacidad? Aunque esta pregunta nos lleva a la discusión compleja acerca de la selección genética a nivel general, reconociendo casos de pacientes que buscan elegir etnicidad, color de ojos, y demás cuestiones estéticas de una persona "valoradas" en un sistema normativizado como el que vivimos, para salir del brete es necesario - considero - detenerse a cuestionar la motivación que existe atrás de cada caso de selección genética. Mientras que el modelo de la prescindencia (y también el médico) defienden parámetros perfeccionistas acerca de la biología humana, buscando erradicar las diferencias que la discapacidad conlleva, por el contrario, el modelo médico social a la hora de abordar discapacidad conserva el

¹¹ Parece relevante detenerse a indicar que gran parte de las discapacidades son indeseadas, no como el caso bajo análisis que fue buscada por las madres. Me refiero a que no son planeadas: refieren a azar natural (Rawls, 1976), accidentes, falta o carencia de bienes materiales indispensables para el desarrollo, cuestiones genéticas, enfermedades prolongadas, etc.

¹² En el presente trabajo no nos detendremos a analizar aborto por razones eugenésicas. Sin embargo, y como advertí en la nota 7, podría sostenerse que vida humana no goza por sí solo de status moral de persona humana. Asimismo, entre quienes hablan del estatus moral del feto y aun así defienden el aborto tenemos a Warren (1995) y Thomson (2001). Sólo para resumir su postura, recordemos que Warren sostiene "que aun si las personas potenciales tienen prima facie un derecho a la vida, el derecho a la integridad y autonomía corporal de la mujer, que es una persona actual, siempre prevalece". Por su parte, Thomson sostiene que (aun asumiendo el estatus moral del feto) no estamos obligadas moralmente a dar o mantener con vida a un tercero.

PAULA GASTALDI 75

dato médico a los efectos de reconocer cómo debe ser el trato brindado a la discapacidad desde una discusión normativa pero no lo hace a los efectos de clasificar como indeseable dicho estado de salud. Así, desde los primeros dos modelos desechar embriones por discapacidad y no permitir el implante de embriones que tendrán discapacidad están justificados desde el momento que es deseable no tener inconvenientes en la salud. Como Peter Singer ha sostenido, no es digna una vida con discapacidad. Por el contrario, esa no es una afirmación que asumiría el modelo social (mucho menos el modelo de la diversidad funcional) la dignidad o indignidad de una vida no tiene en sí misma que ver con que se tenga o no se tenga discapacidad. Reparemos que la discusión, ahora, se ha llevado al plano de una discusión valorativa, por ello importa la motivación que existe atrás de cada caso de selección genética.

¿Qué diría el modelo social de la selección genética que desecha embriones por discapacidad? Ya hemos dicho que admitiría este implante de embrión con sordera, pero, ¿admitiría que se desechen los embriones que tienen discapacidad? A los efectos del presente trabajo nos excede dar una respuesta acerca de si el diseño genético en sí mismo está mal o, por el contrario, es permisible y deseable. Sólo pretendo indagar qué sucede en el particular caso de embriones con discapacidad, indagando las respuestas desde cada uno de los modelos. Veamos: el modelo médico social admitiría el desecho de los embriones con discapacidad, en cambio - por la envergadura de la justificación moral que asume – la concepción de la diversidad funcional no lo admitiría. 13 Aquí la diferencia que existe entre estas últimas concepciones es sustancial. Siendo que la concepción de la diversidad funcional pregona el reconocimiento y condena toda actitud de menosprecio hacia la discapacidad, nunca admitiría el desecho.14 Y, para ello, no hace falta entrar en la discusión del status moral del embrión en absoluto. Considera que admitir dichas prácticas esconde de lleno un menosprecio hacia la discapacidad, sin entender que la discapacidad en sí misma no es mala, sino el entorno es que lo concibe así en razón de no valorar la diversidad.

En cambio, el modelo médico social podría asumir el desecho de embriones toda vez que su justificación y concepción valorativa de la discapacidad es más estrecha que el último modelo: no asume que la respuesta exclusiva sea erradicar el mal reconocimiento hacia la discapacidad, sino que considera que debemos erradicar las barreras sociales que se imponen a la discapacidad la cual se compone de cierto estado patológico perdurable en el tiempo en conjunto con la interacción que el entorno ofrece. Hasta tanto ese entorno no cambie, no se eliminen las barreras sociales, la discapacidad merecerá un especial trato. Pero, ¿por qué admitiría el desecho mientras permitiría ésta implantación de embrión con sordera? ¿Hemos entrado en una contradicción? No. Lo admite justamente porque asume que en sí mismo el caso particular de este hijo que nacerá con sordera será introducido en una familia que considera dicha diversidad como parte de sus hábitos, especial modo de vida, etc. y por ello deciden llevar adelante un proyecto de vida compatible con el desarrollo de su identidad auto percibido. Recordemos que, para este modelo, la

¹³ Claro está que se podría objetar que esta interpretación que realizo acerca de la postura de la concepción de la diversidad funcional respecto desecho de embriones con discapacidad se extrema. Alguien podría argumentar que los embriones no cuentan con status y, por tanto, entrar en la discusión acerca de porqué su protección independiente de la autonomía de personas gestantes es innecesaria. Sin embargo, y a los efectos del desarrollo argumental del presente artículo, esta aclaración se hace a los efectos de mostrar cómo asumir a priori que toda vida humana que se desarrollaría potencialmente con alguna diversidad funcional es indeseable, cuenta con una raíz discriminatoria a la discapacidad per se.

¹⁴ Nuestra ley, en su art. 14 establece que "(...) se entiende por embriones viables aquellos que pueden ser transferidos al útero de la mujer, en virtud de estudios previos que así lo determinan. Son embriones no viables o inviables aquellos que se han detenido en su desarrollo o que presentan alteraciones cromosómicas incompatibles con su posterior desarrollo, (...)". No debemos confundir inviabildad con discapacidad. La concepción de la diversidad funcional admitiría el desecho de embriones inviables, pero no así los embriones con discapacidad.

dignidad o indignidad de una vida no tiene en sí misma que ver con que se tenga o no se tenga discapacidad. Así, prima facie, el desecho estaría permitido y el implante de embriones también, siempre y cuando la persona gestante decida llevar adelante una vida con discapacidad y pueda proveer de bienes necesarios para desarrollar una vida digna.

V. Conclusión

El presente trabajo pretendió esbozar una respuesta al dilema moral que aparece cuando unas pacientes pretenden implantar un embrión con sordera según las distintas concepciones de la discapacidad. Es un dilema moral toda vez que entran en contradicción dos principios bioéticos, a saber: el principio de autonomía del paciente, por un lado y el principio de no maleficencia, por el otro. ¿Cómo resuelve el dilema moral cada concepción de la discapacidad? Tanto la concepción de la prescindencia como la concepción médica entienden que no es permisible el accionar de las madres toda vez que se le generará un daño al niño que nacerá. Ello, por cuanto, carecer de salud es tener vida indigna y carecer de un sentido, como ser la audición, es indeseable. Así, estas concepciones ponen a la buena salud como un parámetro perfeccionista. Hacen valer, por tanto, el principio de no maleficencia por encima del de autonomía.

La concepción del modelo médico-social, por el contrario, haría primar al principio de autonomía por sobre el de no maleficencia. No por asumir que nunca una discapacidad en sí misma sea indeseable, sino porque en éste particular caso el contexto hará que la persona con discapacidad cuente con ciertos recursos para desenvolverse en una comunidad de personas con sordera y con ciertos bienes garantizados.

Por último, la concepción de la diversidad funcional diría, lisa y llanamente, que no existe dilema toda vez que no se pondría en juego el principio de no maleficencia: la discapacidad en sí misma no es negativa, sino que el entorno es la que menosprecia a personas con discapacidad. Esta concepción asume, así, el argumento que las madres han esbozado y permitiendo la fecundación de un embrión con sordera.

Ahora bien, por diversas razones de índole conceptual, pragmáticas y filosófico políticas defiendo la concepción médico-social que conserva el dato médico a la hora de conceptualizar discapacidad y, también, de abordar la discusión acerca de cómo brindar un trato justo a personas con discapacidad. Aclaro que el presente ejercicio reflexivo y argumental fue difícil desde el momento en que he reconocido que puede dicho modelo justificar ciertas prácticas eugenésicas, como ser el desecho de embriones por tener discapacidad. Pero, ¿cuáles son los efectos de que el modelo social conserve el dato médico a la hora de conceptualizar la discapacidad? Varias son las razones:

1. Cabe advertir que existen clases interactivas y clases no interactivas respecto al entorno (Hacking, 2001). Las clases típicamente interactivas son categorías, atributos y conductas humanas que pueden cambiar por efecto del *bucle clasificatorio* creado por la conciencia de dichas clases. Las clases no interactivas, por el contrario, no ven afectada su conducta y comportamiento por el hecho de ser categorizadas de una u otra manera. Ahora bien, ¿toda discapacidad es una clase interactiva? ¿Toda persona con discapacidad interactúa con el entorno, e incluso, con la categoría que el entorno impone? No. Pienso en caso de deficiencias que acarrean la carencia de lenguaje, como una parálisis cerebral compleja; o trastorno del espectro autista, entre otras. Aquí aparece una razón para conservar cuestiones médicas en torno al concepto mismo de discapacidad. Por ello, una concep-

ción que priorice o entienda que la categoría de la discapacidad es exclusivamente social peca de no advertir que no toda discapacidad interactúa con el entorno.

- 2. Muchos de los reclamos en materia de discapacidad tienen que ver con el acceso a la salud, mejora de las condiciones de vida, etc. Aunque este es un argumento pragmático, no veo por qué no registrar que los propios reclamos del colectivo se traducen en conflictos con los Estados, Obras Sociales o Prepagas a la hora de hacer cumplir sus derechos.
- 3. Considero que no tener en cuenta el dato médico puede arrastrar un problema en el campo filosófico político. Si queremos lograr una teoría de la justicia que sea comprehensiva de la discapacidad, no podemos obviar el dato relevante acerca de su estado de salud, sino nos vemos tentados a dar respuestas similares a todos los casos de injusticia social: pobreza, género, etc. Y, por el contrario, lo que pretendo defender es que la discapacidad, por el abordaje que reciben en nuestras sociedades actuales, es una específica y particular manera de sufrir injusticia social, por exclusivo motivo de cómo la diversidad genera desigualdades pero, también, por la carencia de bienes médicos y recursos recuerdos para afrontar ciertos gastos relativos a la calidad de vida a raíz de ciertas dificultades y dolores que traen aparejados ciertos estados de salud.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Alemany, M. (2018). Igualdad y diferencia en relación con las personas con discapacidad. (Una crítica a la Observación N^a (2014) del Comité (UN) de los derechos de las personas con discapacidad). Anales de la Cátedra Francisco Suárez 52, pp. 201-222
- Beauchamp, T. L. Childress, J. F. (1999) *Principios de ética biomédica* (4° edición), Masson S.A: Barcelona.
- Brock, D.W (1994) Life and Death, Cambridge University Press.
- Díaz García, A (2009) La ética de la virtud y la bioética Revista Colombiana de Bioética, vol. 4, núm. 1, enero-junio, 2009, pp. 93-128 Universidad El Bosque Bogotá, Colombia. Recuperado el 10/07/2020 de www.redalyc.org/
- Eroles, C. (2008). Diccionario latinoamericano de bioética. Dir. Juan Carlos Tealdi. –Bogotá: UNESCO Red Latinoamericana y del Caribe de Bioética: Universidad Nacional de Colombia, 2008.
- Hacking, I. (2001) ¿La construcción social de qué? Editorial Paidós, Buenos Aires;
- Luna, F., (2013) "Infertilidad en Latinoamérica. En busca de un nuevo modelo". Revista de Bioética y Derecho, núm. 28, mayo 2013, p. 33-47.
- Morales Aguilera, P. y Vallés González, B. (2013), B. Discapacidad y reconocimiento: reflexiones desde el prisma de Axel Honneth. Revista Dilemata, Año 5, 2013, P. 198-208. Recuperado el 06/06/2019 de www.revistes.ub.edu;
- Palacios, A. (2008). El modelo social de discapacidad: origenes, caracterizacion y plasmacion en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con discapacidad. Madrid: Cinca.
- Pfeiffer, M. L (2001) Acerca del bios. Una reflexión bioética. En HOOFT P, CHAPARRO E

y SALVADOR S (coord.) VII Jornadas Argentinas y Latinoamericanas de Bioética, Suárez, Mar del Plata.

- Romañach J. (2008). El modelo de la diversidad: una herramienta para la emancipación y la plena de ciudadanía de las personas con diversidad funcional (discapacidad). Recuperado el 09/06/202019 en http://www.ub.edu/demoment
- Ross, W.D (2002) The right and the good, Clarendon Press: Oxford.
- Sandel, M. (2007) Contra la perfección. La ética en la era de la ingeniería genética. Barcelona: Marbot.
- Singer, P. (2001) Killing Babies Isn't Always Wrong. The Spectator (September 16, 1995): 20-22.
- Thomson, J. J (2001) "Una defensa del aborto", en Margarita Valdés, Controversias sobre el Aborto, México, Fondo de Cultura Económica Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Filosóficas, 2001.
- Valdés, E. (2015) Haciendo más práctico el principialismo. La importancia de la especificación en bioética. Rev. Bioética y Derecho N° 35, Barcelona. Recuperado el 08/07/2020 de http://scielo.isciii.es/
- Warren, M. A. (1995) "Sobre el status moral y legal del aborto" en Luna, Florencia y Salles, Arleen L. F., Decisiones de vida y muerte. Eutanasia, aborto y otros temas de ética médica, Buenos Aires, Sudamericana, 1995.

LA PROTECCIÓN DEL DERECHO A LA SALUD: EL CASO PERUANO

THE PROTECTION OF THE RIGHT TO HEALTH: THE PERUVIAN CASE

Frank García Ascencios¹

DOI: https://doi.org/10.37767/2591-3476(2020)18

Fecha de envío: 30.06.2020 Fecha de aceptación: 21.08.2020

RESUMEN:

La protección del derecho a la salud busca hacer efectivo su acceso en condiciones de calidad, oportunidad, disponibilidad y aceptabilidad, tal como consagra el Derecho internacional. En el plano local, en el año 2013, el Perú decide reformular el sistema de protección de salud en beneficio del paciente. Sobre la base de una bibliografía relevante y la experiencia del autor, el artículo reflexiona sobre el actual sistema dirigido por la Superintendencia Nacional de Salud y lo considera un referente en América Latina, pues otorga al Estado la capacidad para sancionar administrativamente cualquier exceso de las empresas prestadoras y financiadoras de salud y, al mismo tiempo, provee eficaces espacios alternativos, a la vía judicial, para solucionar cualquier controversia en materia de salud.

ABSTRACT

The protection of the right to health attempts to make its access effective under conditions of quality, opportunity, availability, and acceptability, as enshrined in International Law. At the local level, in 2013, Peru decided to redesign the health protection system for the benefit of the patient. Based on relevant bibliography and the author's experience, this article reflects on the current system run, by Superintendence National of Health, and considers it a benchmark in Latin America, as it gives the State the ability to administratively sanction any excess by the health providers and financing companies and, at the same time, provides effective alternative channels, other to the judiciary, to solve any controversy in health matters.

PALABRAS CLAVE: Constitución; Políticas Públicas; Regulación; Salud; Susalud.

KEY WORDS: Constitution; Health; Public Policy; Regulation; SUSALUD.

¹ Abogado y Magíster en Derecho Empresarial por la Universidad de Lima (Perú). LLM en Derecho por la Universidad de Hawaii at Manoa (USA). Máster en Seguros y Gerencia de Riesgos por la Universidad Pontificia de Salamanca (España). Docente universitario en la Universidad de Lima. E-mail: frankgarciaascencios@gmail.com. ORCID iD: https://orcid.org/0000-0002-7117-5727.

I. Introducción.

La salud es un derecho consagrado en diversas Constituciones del mundo², pues goza de protección en el más alto nivel normativo. Asimismo, la salud ha traspasado el reconocimiento constitucional de cada Estado para impregnarse en diversas normas internacionales de protección de los derechos humanos, por lo que hoy es reconocido como un derecho humano.

Resulta irrefutable la preeminencia del derecho a la salud en todo país que considere ser un Estado constitucional. Por ende, el horizonte hacia la protección del derecho a la salud debe generar que cada Estado regule las acciones destinadas a garantizar su acceso, calidad, oportunidad, disponibilidad y aceptabilidad. Para lograr este objetivo, es necesario marchar más allá del reconocimiento constitucional, internacional y jurisprudencial.

A partir de la revisión de las principales normativas internacionales y un examen cuidadoso de la regulación local y políticas públicas específicas de salud en el país, este documento discute la amalgama de los servicios de salud actuales con el derecho a la salud en el Perú. Dado que finalmente la regulación administrativa es tarea de cada Estado y, por ello, acorde a su propia realidad, sin menoscabo de la dignidad del ser humano y de los principios de libre competencia, el artículo presenta un sistema regulatorio, sancionador y mecanismos alternativos de solución de conflictos, apoyado en la experiencia del autor sobre esta materia en particular. La información desplegada en el artículo permite al autor deducir las conclusiones que anota al final del mismo.

II. El derecho a la salud y su regulación administrativa

1. El derecho a la salud

La salud es un derecho inherente al ser humano. Es un derecho constitucional y un derecho humano. La persona goza del derecho a la salud por su sola condición de ser humano. Si hay un derecho esencial para la supervivencia ese es el derecho a la salud.

El artículo 25° numeral 1 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos regula que: "Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios; tiene asimismo derecho a los seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, viudez, vejez u otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad".

El artículo 12° del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales recoge que: "1. El derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental. 2. Entre las medidas que deberán adoptar los Estados Partes en el Pacto a fin de asegurar la plena efectividad de este derecho, figurarán las necesarias para: a) La reducción de la mortinatalidad y de la mortalidad infantil, y el sano desarrollo de los niños; b) El mejora-

² Por ejemplo, el artículo 7º de la Constitución del Perú regula que: "Todos tienen derecho a la protección de su salud, la del medio familiar y la de la comunidad así como el deber de contribuir a su promoción y defensa. La persona incapacitada para velar por sí misma a causa de una deficiencia física o mental tiene derecho al respeto de su dignidad y a un régimen legal de protección, atención, readaptación y seguridad".

El artículo 42º de la Constitución de Argentina recoge que: "Los consumidores y usuarios de bienes y servicios tienen derecho, en la relación de consumo, a la protección de su salud, seguridad e intereses económicos; a una información adecuada y veraz; a la libertad de elección, y a condiciones de trato equitativo y digno".

El artículo 43º de la Constitución de España señala que: "1. Se reconoce el derecho a la protección de la salud. 2. Compete a los poderes públicos organizar y tutelar la salud pública a través de medidas preventivas y de las prestaciones y servicios necesarios. La ley establecerá los derechos y deberes de todos al respecto. 3. Los poderes públicos fomentarán la educación sanitaria, la educación física y el deporte. Asimismo, facilitarán la adecuada utilización del ocio".

miento en todos sus aspectos de la higiene del trabajo y del medio ambiente; c) La prevención y el tratamiento de las enfermedades epidémicas, endémicas, profesionales y de otra índole, y la lucha contra ellas; d) La creación de condiciones que aseguren a todos asistencia médica y servicios médicos en caso de enfermedad".

El artículo XI de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre señala que: "Toda persona tiene derecho a que su salud sea preservada por medidas sanitarias y sociales, relativas a la alimentación, el vestido, la vivienda y la asistencia médica, correspondientes al nivel que permitan los recursos públicos y los de la comunidad".

El artículo 10° del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales recoge que: "1. Toda persona tiene derecho a la salud, entendida como el disfrute del más alto nivel de bienestar físico, mental y social. 2. Con el fin de hacer efectivo el derecho a la salud los Estados partes se comprometen a reconocer la salud como un bien público y particularmente a adoptar las siguientes medidas para garantizar este derecho: a. la atención primaria de la salud, entendiendo como tal la asistencia sanitaria esencial puesta al alcance de todos los individuos y familiares de la comunidad; b. la extensión de los beneficios de los servicios de salud a todos los individuos sujetos a la jurisdicción del Estado; c. la total inmunización contra las principales enfermedades infecciosas; d. la prevención y el tratamiento de las enfermedades endémicas, profesionales y de otra índole; e. la educación de la población sobre la prevención y tratamiento de los problemas de salud, y f. la satisfacción de las necesidades de salud de los grupos de más alto riesgo y que por sus condiciones de pobreza sean más vulnerables".

El derecho a la salud es universal, indivisible, integral, irrenunciable e inalienable, inviolable y progresivo. Es universal porque es inherente a todos los seres humanos. Es indivisible porque no puede dividirse, su reconocimiento es sistémico. Es integral porque se vincula con otros derechos como el derecho a la vida, integridad y a la dignidad. Es irrenunciable e inalienable porque es un derecho no objeto de transacción, ni disposición. Es inviolable porque el Estado garantiza su defensa. Es progresivo porque su ámbito de protección es cada vez mayor, no limitante, ni restringido.

La Organización Mundial de la Salud³ la define como un "bienestar físico, mental y social y no meramente la ausencia de enfermedad". La salud tiene una concepción amplia, y debe ser interpretada de forma extensiva, no restrictiva. El Estado es responsable de garantizar el pleno acceso a las prestaciones de salud. Esencialmente, la Constitución peruana⁴ y la Ley General de Salud⁵ recogen con claridad este rol del Estado.

Conjuntamente, al reconocimiento en declaraciones, pactos, cartas y convenciones de derechos humanos⁶, El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Na-

³ Organización Mundial de la Salud. Preguntas más frecuentes. Disponible en: http://www.who.int/suggestions/faq/es/. Fecha de consulta: 27.07.2020.

⁴ En adición al artículo 7°, los artículos 9°, 10° y 11° de la Constitución recogen que: "9. El Estado determina la política nacional de salud. El Poder Ejecutivo norma y supervisa su aplicación. Es responsable de diseñarla y conducirla en forma plural y descentralizadora para facilitar a todos el acceso equitativo a los servicios de salud". "10. El Estado reconoce el derecho universal y progresivo de toda persona a la seguridad social, para su protección frente a las contingencias que precise la ley y para la elevación de su calidad de vida". "11 El Estado garantiza el libre acceso a prestaciones de salud y a pensiones, a través de entidades públicas, privadas o mixtas. Supervisa asimismo su eficaz funcionamiento".

⁵ El artículo I de la Ley General de Salud, Ley Nº 26842, regula que: "la protección de la salud es de interés público. Por tanto, es responsabilidad del Estado regularla, vigilarla y promoverla".

⁶ El profesor español Pérez Luño expresa que: "Desde la génesis de los derechos humanos en la modernidad a su actual significación que se desprende de la Declaración de la ONU, la universalidad es un rasgo decisivo para definir a estos derechos. Sin el atributo de la universalidad nos podemos encontrar con derechos de los grupos, de las etnias, de los estamentos, de entes colectivos más o menos numerosos, pero no con derechos humanos. Precisamente

ciones Unidas, en la observación general 14, desarrolla el derecho a la salud reconocido en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, para lo cual considera la presencia de los siguientes elementos: disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y calidad.

Disponibilidad significa que el Estado debe contar con suficientes establecimientos de salud para la atención de la población; establecimientos que deben tener condiciones adecuadas, agua potable, profesional capacitado y bien remunerado.

Accesibilidad representa que los servicios de salud deben estar al alcance de todos, no discriminándose por ninguna causa. Garantizando que la geografía no sea una limitación para acceder a estos servicios. Asimismo, debe procederse conforme al principio de equidad, para que todos tengan acceso al servicio, sin importar su condición social.

Aceptabilidad significa que los establecimientos respeten la ética médica, la cultura de las personas, minorías y mayorías. Dentro del respeto a la cultura se procura mejorar el estado de salud de las personas.

Calidad representa que los establecimientos de salud deben ser óptimos, al igual que sus bienes y servicios, por lo que debe contarse con profesionales de la salud idóneos, y con medicamentos y equipamiento médico en óptimas condiciones.

El Tribunal Constitucional peruano ha considerado que el Estado debe jugar un rol activo en beneficio del derecho a la salud. Así, enfatiza en que "el Estado debe adoptar todas las medidas posibles para que, bajo los principios de continuidad en la prestación del servicio, eficacia, eficiencia, solidaridad y progresividad, etc., se haga viable su eficacia en la práctica, de manera tal que todas las prestaciones requeridas por una persona en determinada condición de salud sean garantizadas de modo efectivo y eficaz".

El derecho a la salud goza de un contenido principista de profundo alcance. El reconocimiento constitucional y legal exige medidas efectivas y progresivas de cada país para garantizar su protección. En otras palabras, este derecho no puede quedarse en el reconocimiento constitucional o en alguna ley en general, sino debe contar con regulación sectorial.

No hay discusión en que todos buscan un sistema de salud óptimo para su población, porque es un ideal que todos tengan acceso a un sistema sanitario de calidad. Este es un ideal en todo el mundo. Sin embargo, la interrogante es cómo se logra.

La realidad demuestra que incluso los países menos desarrollados, y con un sistema sanitario con carencias, consagran a la salud como un derecho constitucional y humano, pero no cuentan con mecanismos eficaces que garanticen su protección.

el gran avance de la modernidad reside en haber formulado la categoría de unos derechos del género humano, para evitar cualquier tipo de limitación o fragmentación en su titularidad. A partir de entonces la titularidad de los derechos, enunciados como derechos humanos, no va a estar restringida a determinadas personas o grupos privilegiados, sino que va a ser reconocida como un atributo básico inherente a todos los hombres, por el mero hecho de su nacimiento". Pérez Luño, A.E. (1998) La Universalidad de los Derechos Humanos. Anuario de Filosofía del Derecho. Disponible en: http://rodare.cl/fda/unidad-ii/Sobre%20la%20Universalidad%20de%20los%20Derechos%20Humanos.pdf. Fecha de consulta: 27.07.2020.

⁷ Tribunal Constitucional. (2010) Expediente N° 03426-2008-HC/TC, fundamento 9. Disponible en: https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2010/03426-2008-HC.html. Fecha de consulta: 27.07.2020.

2. La regulación administrativa

La función de regular, tradicionalmente, adoptó un rol protagónico del Estado. Éste, por ser titular de los recursos y al contar con calidad gubernamental, debía administrar directamente los servicios públicos. Así, por ejemplo, esta visión clásica⁸ sustenta que los servicios de salud, al ser un servicio público, deben ser administrados exclusivamente por el Estado.

La visión tradicional de la regulación buscó un estado paternalista donde los precios estuvieran controlados por el Estado, por lo que la diferencia de productos, lo que se conoce como calidad, fue perjudicada por la regulación de las etapas de producción de bienes y servicios.

En la segunda parte del siglo XX, la escuela liberal cuestiona severamente este modelo económico considerando este sistema como ineficiente y supresor de la innovación. Por consiguiente, hoy, al menos en el Perú, el Estado no juega un rol de planificador y controlador en la economía, sino garantiza su acceso en condiciones de calidad, para lo cual promueve la protección de los consumidores y la libre competencia en el mercado.

La noción de ser, o no, un Estado planificador y controlador genera debate. Perú ha adoptado el modelo de Economía Social de Mercado, por lo que permite el libre mercado, donde el Estado cumple un rol subsidiario en la economía, que incluso lo restringe de realizar actividades empresariales. Únicamente, por ley expresa y subsidiariamente, lo puede hacer. Esta decisión es adoptada en la Constitución de 1993.

Más allá de la discusión ideológica sobre el particular, estos cambios en el régimen económico permitieron el ascenso económico del Perú en Latinoamérica⁹.

Dentro del marco constitucional, el Estado peruano orienta el desarrollo del país y actúa principalmente solo en las siguientes áreas: promoción de empleo, salud, educación, seguridad, servicios públicos e infraestructura. Se promueve la inversión privada en estas áreas, pero simultáneamente interviene el Estado para garantizar, por ejemplo, el acceso a servicios como agua, luz, telefonía, educación, salud, entre otros.

Con la restricción en la actividad económica del Estado peruano, lo que sí crece es el nivel de regulación de diversas áreas, con el objeto de proteger a los consumidores de abusos por parte de los que realizan actividad económica. La regulación no puede sustituir al mercado debe promover la competencia, el no abuso del mercado y la protección de los consumidores. Esta es una regulación moderna, no planificadora del mercado, sino garantizando el juego limpio de los agentes.

Por consiguiente, el acto de regular es inevitable. Regular servicios públicos como la salud es imprescindible. En estos tiempos de COVID-19, de pandemia, el Estado, excepcionalmente, regula con mayor rigurosidad el acceso a servicios públicos como la salud. Incluso, la Ley General de Salud permite que el Estado disponga de todos los recursos médico-asistenciales de los sectores público y privado existentes en las zonas afectadas y en las colindantes.

⁸ Perú permite la inversión de empresas privadas en servicios públicos como la salud. No obstante, se reconoce que también existen cuestionamientos sobre la participación del privado en la oferta del servicio de salud.

⁹ Banco Mundial. (2020) Perú panorama general. Disponible en: https://www.bancomundial.org/es/country/peru/overview. Fecha de consulta: 27.07.2020.

El fondo del tema es la calidad regulatoria¹⁰. El rol como regulador del Estado ha generado la creación administrativa de organismos que vigilan la actividad privada y pública en diversos servicios públicos, como la salud.

El supervisor tiene un rol fundamental, debido a que desde su autonomía técnica regula, supervisa, fiscaliza y sanciona en el ámbito administrativo la conducta ilegal del Estado y de los privados respecto a la oferta de servicios públicos a los consumidores.

Simultáneamente, al rol desempeñado por los órganos reguladores o supervisores, el Estado peruano cuenta con un Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (INDECOPI), donde una de sus acciones es la vigilancia de la no vulneración o amenaza del derecho de los consumidores.

3. El Ministerio de Salud

El Ministerio de Salud (MINSA) es el órgano rector encargado de conducir el Sistema Nacional Coordinado y Descentralizado de Salud peruano. Formula, dirige, ejecuta, supervisa y evalúa las políticas nacionales del sector.

El MINSA, al ser órgano rector, goza de la función de regular políticas públicas que logren el aseguramiento universal en salud, promoción, prevención, recuperación y rehabilitación de la salud, incrementar la oferta pública y privada del servicio, generar proyectos de infraestructura sanitaria, entre otros.

El rol del MINSA es fundamental al generar políticas públicas. Sin embargo, el funcionamiento del sistema necesita de la interrelación de diversos agentes para que finalmente una persona goce de atención médica. Así, por ejemplo, los establecimientos de salud son prestadores de servicios de salud, pero para acudir a dicho centro debe tenerse la calidad de asegurado, salvo emergencia.

La atención médica no es gratuita, pese al loable reconocimiento constitucional y legal sobre la universalidad del derecho a la salud. En realidad, hay que determinar de dónde proceden los fondos para la atención, de capital público o privado. Sin embargo, resulta irrefutable la carencia de recursos frente a la amplia necesidad de servicios de salud.

Frente a este escenario, el MINSA cumple una labor gerencial. Sin embargo, la experiencia ha enseñado que a pesar de contarse con adecuadas políticas públicas la realidad muestra deficiencias en el sistema, por lo que los reclamos frente a un deficiente servicio de salud son parte ineludible del sistema.

En efecto, al MINSA gozar de una función esencialmente gerencial, entonces la labor de supervisar, fiscalizar y sancionar a los establecimientos y gestores de fondos de salud se encomienda a la Superintendencia Nacional de Salud. SUSALUD es la encargada de promover y proteger los derechos en salud.

¹⁰ El profesor Gaspar Ariño afirma que "la regulación tiene que aportar claridad y previsibilidad a la evolución de estos sectores, tiene que facilitar la realización de planes de negocio y promover la inversión en ellos, tiene que definir el "tablero de juego" cara al futuro de una manera clara y estable, en la que los operadores pueden confiar". Ariño Ortiz, G. (2006) Logros y fracasos de la regulación. Themis N° 52, Revista de Derecho.

III. La Superintendencia Nacional de Salud y la Protección del Derecho a la Salud

1. SUSALUD

SUSALUD es el órgano técnico adscrito al Ministerio de Salud responsable de promover y proteger los derechos en salud. Es el órgano que vela por la materialización del acceso a los servicios de salud, con calidad, disponibilidad y aceptabilidad. SUSALUD está en la primera línea de batalla, es decir, busca hacer realidad el derecho a la salud.

Con el objeto de proteger el derecho a la salud, SUSALUD regula, supervisa, fiscaliza y sanciona a las Instituciones Administradoras de Fondos de Aseguramiento en Salud (IAFAS), Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud (IPRESS) y Unidades de Gestión de IPRESS (UGIPRESS). Las IAFAS¹¹ son entidades públicas o privadas que captan, reciben y/o gestionan fondos para la atención o cobertura de salud. Las IPRESS son los establecimientos públicos y privados de salud, hospitales y clínicas. Las UGIPRESS son las unidades gestoras de los establecimientos salud.

SUSALUD enmarca sus competencias en el D.L. N° 1158, norma madre de la Superintendencia. No obstante, tiene su origen en la denominada Superintendencia de Entidades Prestadoras de Salud (SEPS), organismo que autorizó, reguló y supervisó a las entidades prestadoras de salud (EPS), conforme a las prerrogativas de la Ley N° 26790. Posteriormente, con la Ley Marco del Aseguramiento Universal en Salud, aprobada por la Ley N° 29344, la SEPS se convierte en la Superintendencia Nacional de Aseguramiento en Salud (SUNASA), que supervisó IAFAS e IPRESS, pero no gozó de potestad sancionadora establecida por ley.

En el año 2013, el Gobierno promueve una reforma en el sector salud, donde una de las principales reformas es garantizar la protección del derecho a la salud. En ese sentido, es emitido el DL. Nº 1158, norma que convierte a la SUNASA en SUSALUD. SUSALUD sí posee rol de regulador, supervisor, fiscalizador y sancionador de IAFAS, IPRESS y UGIPRESS.

SUSALUD es un ente administrativo orientado centralmente en los siguientes aspectos: a) Promoción y defensa de los derechos en salud; b) Regulación de las IAFAS, IPRESS y UGIPRESS; c) Supervisión y sanciones administrativas.

La creación de SUSALUD, como ente administrativo, genera controversia, debido a la sobre regulación, supervisión, fiscalización y sanción, pues en el medio también existen otras instituciones que gozan de estas funciones, como INDECOPI, la Superintendencia de Banca, Seguros y AFP (SBS) y el MINSA.

INDECOPI perdería su competencia para conocer y resolver casos vinculados a servicios de consumo de salud y cobertura médica, según el DL N° 1158 y el D.S. N° 026-2015-SA, reglamento de transferencia de funciones INDECOPI a SUSALUD.

SBS mantiene la facultad de regulación de las compañías aseguradoras que ofertan cobertura de salud. Sin embargo, su rol es disímil al de SUSALUD, debido a que se enfoca en su regulación como aseguradora, mientras que SUSALUD centra su atención a los asegurados o beneficiarios de los seguros de salud, cuando alegan vulneración a sus derechos como usuarios del servicio, es decir, en la cobertura ofrecida por la aseguradora.

¹¹ Por ejemplo, son IAFAS: Seguro Integral de Salud, Seguro Social de Salud, Fondo Intangible Solidario de Salud, Fondos de Aseguramiento en Salud de las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional del Perú, Entidades Prestadoras de Salud, Empresas aseguradoras que ofertan cobertura de salud, entre otras.

Asimismo, SUSALUD cuenta con la competencia para identificar cláusulas abusivas en los contratos y convenios, con excepción de las pólizas de salud, que son supervisadas por la SBS. Sin embargo, SUSALUD, en cada procedimiento sancionador, puede inaplicar la cuestionada cláusula abusiva.

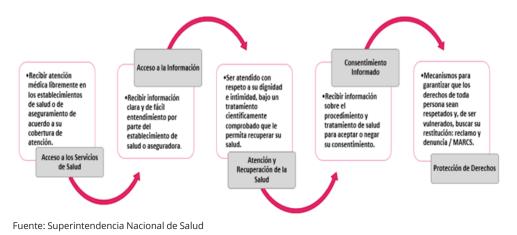
En efecto, el sistema peruano es *sui generis* porque en relación con las compañías aseguradoras existen dos órganos reguladores, supervisores y sancionadores, SBS y SUSA-LUD. Éste último solo interviene por la denuncia de un asegurado respecto a conflictos sobre la cobertura médica ofertada, sea por la cobertura del seguro de salud, o por las prestaciones médicas del Seguro Complementario de Trabajo de Riesgo (SCTR), o las atenciones médicas del Seguro Obligatorio contra Accidentes de Tránsito (SOAT), o de la Asociación de Fondos Regionales o Provinciales contra Accidentes de Tránsito (AFOCAT).

Finalmente, SUSALUD es un órgano técnico especializado adscrito al MINSA, pero goza de autonomía técnica, funcional, administrativa, económica y financiera. El MINSA regula la categorización de los establecimientos salud, es decir, el nivel de funcionamiento autorizado para que una clínica ofrezca sus servicios. SUSALUD se encarga de supervisar que los establecimientos categorizados cumplan con los requisitos de su categorización, es decir, SUSALUD realiza acciones orientadas a garantizar la atención sanitaria con calidad a los pacientes.

2. La Protección del Derecho a la Salud

La protección del derecho a la salud goza de desarrollo normativo en el Perú. La Ley N° 29414 y el DS. N° 027-2015-SA regulan los derechos de las personas usuarias de los servicios en salud. La norma tiene en cinco pilares: a) Derecho al acceso a los servicios de salud, b) Derecho al acceso a la información, c) Derecho a la atención y recuperación de la salud, d) Derecho al consentimiento informado; y, e) Derecho a la protección de los derechos.

El reconocimiento de los derechos del paciente es un hito en la historia, debido a que contiene principios cardinales del respeto al derecho de los usuarios del servicio de salud, es decir, concretiza la protección de derechos implícitos en el derecho a la salud. Así, se reconoce derechos primordiales como el ser informado sobre el estado de salud, respetar la privacidad y el derecho a brindar el consentimiento frente a tratamientos médicos. Inclusive, en una revolución de la forma de resolver los conflictos, se apuesta por los Mecanismos Alternativos de Solución de Controversias (MARCS o ADR) para la resolución de los conflictos.



El legislador busca la efectividad de estos derechos, por lo que denomina a SUSALUD como órgano encargado de velar por el cumplimiento de esta normativa. SUSALUD emite normas orientadas en lograr su finalidad: la protección de la salud. SUSALUD realiza labores de supervisión y/o fiscalización para prevenir futuras acciones que vulneren la salud. SUSALUD ejerce la potestad sancionadora sobre organizaciones por la violación del derecho a la salud. Finalmente, fomenta y gestiona los MARCS para la solución de conflictos.

El usuario tiene la posibilidad de formular denuncia administrativa contra la organización que afecta sus derechos en salud. Asimismo, tiene el derecho de contar con vías alternativas, a la vía judicial, para resolver sus conflictos, y contar con una solución célere y especializada. A continuación, se desarrolla la potestad sancionadora de SUSALUD y los MARCS en salud. Ambas se enmarcan con el objeto de lograr la protección de los derechos.

2.1. Potestad sancionadora

SUSALUD cuenta con la potestad para sancionar a IAFAS, IPRESS y UGIPRESS cuando por acción u omisión se afecta el derecho a la salud, como la información, cobertura, los estándares de acceso, calidad, oportunidad, disponibilidad y aceptabilidad.

La potestad sancionadora es definida como "el poder que posee la Administración Pública para castigar a los administrados, cuando estos lesionan determinados bienes jurídicos reconocidos por el marco constitucional y legal vigente. Esta potestad, mediante la represión de ciertas conductas, busca incentivar el respeto y cumplimiento del ordenamiento jurídico, desincentivando la realización de infracciones".

SUSALUD adquiere legalmente la potestad sancionadora del D.L. N° 1158; norma con rango de ley que faculta a imponer sanciones dependiendo de su gravedad: leves, graves y muy graves. Puede establecerse sanciones desde la amonestación escrita, multa hasta quinientas (500) Unidades Impositivas Tributarias (UIT)¹³, suspensión, restricción de servicios, cierre temporal, revocación de autorizaciones de funcionamiento de IAFAS y cierre definitivo de IPRESS.

El procedimiento administrativo sancionador o trilateral sancionador que inicia SUSA-LUD debe seguir los principios mínimos garantizados para el procedimiento sancionador. La Ley N° 27444 enumera las garantías que toda Entidad está obligada a cumplir al iniciar, tramitar y resolver un sancionador contra los administrados. Es imprescindible resguardar el debido procedimiento (debido proceso), pues SUSALUD ha de emitir decisiones administrativas que perjudicará a los administrados.

Algunas garantías mínimas del debido procedimiento son: principio de legalidad, debido procedimiento, razonabilidad, tipicidad, irretroactividad, concurso de infracciones, continuidad de infracciones, causalidad, principio de licitud, culpabilidad y non bis in idem. Legalidad porque la facultad para ejercer potestad sancionadora debe fijarse por ley o normas con rango de ley. Debido procedimiento porque el órgano que instruye debe ser distinto al órgano que resuelve, esto garantiza la imparcialidad de lo resuelto en instancia administrativa.

¹² Vergaray Béjar, V y Gómez Apac, H. (2006) La potestad sancionadora y los principios del procedimiento sancionador. En: Maraví, M. Sobre la Ley del Procedimiento Administrativo General. UPC.

¹³ Aproximadamente hasta S/ 2'100,000 (Dos Millones Cien Mil con 00/100 Soles) o su equivalente de \$ 615,000 (Seiscientos Quince mil con 00/100 Dólares).

Razonabilidad porque debe considerarse determinados elementos objetivos¹⁴ para graduar la sanción. Tipicidad porque la conducta debe estar plasmada como infracción. Irretroactividad porque no puede sancionarse al amparo de una norma no vigente al momento de la comisión de la infracción, salvo beneficie al administrado. Concurso de infracciones porque cuando haya más de una conducta, se aplica la sanción de mayor gravedad. Continuidad de infracciones porque determina la procedencia de la sanción en caso existir prolongación de su comisión, dentro de garantías.

Causalidad porque la sanción recae exclusivamente contra quien omite o realiza la infracción. Principio de licitud porque se presume que los administrados procedieron conforme a ley. Culpabilidad porque la responsabilidad administrativa es subjetiva, no objetiva, salvo ley o decreto legislativo que disponga lo contrario. Non bis in idem porque no puede imponerse doble sanción por casos donde se observe identidad de sujeto, hecho y fundamento.

Por consiguiente, SUSALUD procede conforme el respeto irrestricto de estas garantías administrativas, es decir, la posibilidad de imponer sanciones a IPRESS, IAFAS y UGIPRESS debe enmarcarse en el respeto irrestricto del debido procedimiento. A continuación, desarrollamos el procedimiento llevado a cabo por SUSALUD para lograr brindar una protección efectiva al derecho a la salud.

En caso de insatisfacción del servicio, el usuario puede formular directamente su reclamo contra la IPRESS, IAFAS y UGIPRESS. Estas organizaciones cuentan hasta con treinta (30) hábiles para la atención del reclamo. El sistema incentiva el trato directo (negociación) entre el usuario afectado por la atención médica o cobertura y el establecimiento salud o la financiadora del servicio. Asimismo, el usuario afectado puede recurrir a los centros de conciliación, mediación y arbitraje, para la resolución de los conflictos.

El sistema fomenta la protección del derecho a la salud porque crea un libro de reclamaciones en salud; cuaderno de obligatoria exhibición por parte de las IPRESS, IAFAS y UGIPRESS, por lo que cualquier usuario podrá formular su reclamo directamente en el libro. De igual modo, existe una exigencia legal para exhibir los derechos y obligaciones de los pacientes, para conocimiento de las personas en general. Incluso, el sistema obliga a contar con la Plataforma de Asistencia al Usuario en Salud (PAUS) para la atención de consultas y reclamos de los usuarios.

En caso el usuario no quede satisfecho por la respuesta a su reclamo, posterior o simultáneamente, puede formular denuncia acudiendo a SUSALUD. La Intendencia de Protección de Derechos en Salud (IPROT) es la dependencia donde se presenta las denuncias. IPROT recaba la documentación necesaria para emitir un informe de intervención, es decir, realiza una labor de investigación sobre el hecho denunciado por el usuario.

IPROT tiene un rol fundamental debido a que es la cara visible de SUSALUD, es la dependencia que está en la primera línea de batalla para lograr una efectiva protección de la salud. El informe de intervención de IPROT puede culminar con la derivación de la

¹⁴ La Entidad debe evaluar la razonabilidad de la sanción, por lo que considera los siguientes elementos antes de sancionar: a) Beneficio ilícito resultante por la comisión de la infracción; b) Probabilidad de detección de la infracción; c) Gravedad del daño al interés público y/o bien jurídico protegido; d) Perjuicio económico causado; e) Reincidencia, por la comisión de la misma infracción dentro del plazo de un (1) año desde que quedó firme la resolución que sancionó la primera infracción; f) Circunstancias de la comisión de la infracción; y g) Existencia o no de intencionalidad en la conducta del infractor.

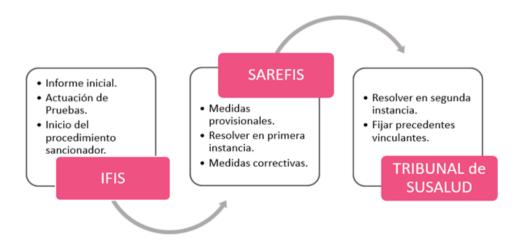
denuncia a la Intendencia de Fiscalización y Sanción (IFIS), que es finalmente la dependencia que decide el inicio del procedimiento administrativo sancionar en contra de las IPRESS, IAFAS y UGIPRESS.

IFIS es el órgano instructor del procedimiento administrativo sancionador, éste es el encargado de iniciar y conducir el procedimiento, que recomienda la imposición, o no, de sanciones. La Superintendencia Adjunta de Regulación y Fiscalización (SAREFIS) es el órgano decisor en primera instancia administrativa. SAREFIS recibe el informe final de instrucción de IFIS y convoca a vista de la causa, sesión donde el administrado tiene la posibilidad de brindar sus alegatos orales, luego SAREFIS resuelve el caso.

Desde el inicio del procedimiento sancionar, IFIS puede solicitar a SAREFIS el otorgamiento de medidas preventivas, es decir, cautelares al constatarse la verosimilitud de la vulneración del derecho a la salud y el peligro en la demora del procedimiento que puede causar un daño irreparable, entonces es factible concederse medida preventiva mientras se lleve a cabo el procedimiento.

SAREFIS, conjuntamente a la sanción, dicta medidas correctivas destinadas a corregir o revertir la conducta infractora, en protección del usuario y del sistema en salud. Las medidas correctivas no tienen naturaleza sancionadora. Entre las medidas que pueden imponerse están: devolver cobros indebidos o en exceso, atender la solicitud de información, declarar inexigible las cláusulas de los contratos que sean abusivas, publicación de avisos rectificatorios o informativos y someter a la IAFA a un régimen de vigilancia.

El Tribunal de SUSALUD es el órgano administrativo que conoce y resuelve en segunda instancia administrativa los recursos impugnatorios. El Tribunal es integrado por vocales no funcionarios de SUSALUD, por lo que garantiza una visión integral al resolver el conflicto. Asimismo, el Tribunal puede fijar precedentes vinculantes respecto a la interpretación de normas vinculadas a SUSALUD. La decisión del Tribunal agota la instancia administrativa.



Fuente: Superintendencia Nacional de Salud

El ejercicio de la potestad sancionadora culmina con la imposición, o no, de sanciones. En consecuencia, la responsabilidad administrativa, en contra de IPRESS, IAFAS y UGIPRESS, corresponde ser ejercida por SUSALUD, con el único objeto de lograr se brinde acceso a los servicios de salud con calidad, oportunidad, disponibilidad y aceptabilidad.

En adición a la función que cumple SUSALUD para la protección del derecho a la salud, también ha incentivado el uso de MARCS para brindar una alternativa de solución al usuario. Los MARCS cumplen un rol notable en la protección de derechos.

2.2. Mecanismos Alternativos de Solución de Conflictos.

Los MARCS o los *Alternative Dispute Resolution* (ADR) son mecanismos alternativos, a la vía judicial, de solución de conflictos. Buscan que no se acuda al litigio judicial, sino que solucionen sus conflictos a través de medios "alternativos", ajenos, al aparato estatal de justicia.

Tradicionalmente, los MARCS son los siguiente: negociación, mediación, conciliación y arbitraje. La *negociación* es iniciada voluntariamente en la búsqueda de una solución armoniosa, sin necesidad de contar con la presencia de un mediador o conciliador. En otras palabras, las propias partes directamente conversan para resolver el conflicto que surge entre ambas. SUSALUD incentiva el trato directo con el paciente. La ventaja que tienen las IAFAS, IPRESS y UGIPRESS es que resuelven el conflicto directamente sin acudir al regulador.

La *mediación* es el mecanismo por el cual un tercero, mediador, promueve el dialogo entre las partes, quienes pueden arribar, o no, a un acuerdo. La mediación es un mecanismo flexible donde no existen un procedimiento previamente determinado por ley, por lo que tiene bondades para resolver los casos sensibles sobre la atención o cobertura médica.

La conciliación es un procedimiento que promueve el dialogo voluntario para arribar a un acuerdo. En el Perú se emplea la conciliación administrativa y la extrajudicial. En la primera el procedimiento conciliatorio es regulada por cada Entidad. En contraste, en la segunda el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos (MINJUSH) es el que regula el procedimiento conciliatorio. El centro de conciliación extrajudicial tiene la obligación de cumplir con este procedimiento conciliatorio. Sobre el particular, las conciliaciones especializadas en salud se brindan en el marco de la conciliación extrajudicial.

El *arbitraje* es un medio alternativo de solución de conflictos donde las partes deciden no acudir al sistema judicial de justicia y eligen a un tercero, tribunal arbitral colegiado o unipersonal, para que de forma independiente e imparcial resuelva el conflicto mediante un laudo arbitral, de carácter inapelable.

El Centro de Conciliación y Arbitraje (CECONAR) es el órgano que gestiona los MARCS especializados en salud. El CECONAR lleva a cabo mediaciones, conciliaciones y arbitrajes, con el objeto de ofrecer un medio alternativo especializado y célere de solución de conflictos. CECONAR realiza conciliaciones extrajudiciales, por lo que está supeditado a la regulación del MINJUSDH sobre materia conciliatoria. Asimismo, administra con autonomía técnica los arbitrajes especializados en salud.

CECONAR cumple un rol acorde a la protección de los derechos en salud, debido a que la

Ley N° 29414¹⁵, Ley que establece los derechos de las Personas Usuarias de Los Servicios de Salud, y su reglamento, DS. N° 027-2015-SA¹⁶, garantizan el acceso al paciente de "mecanismos de acceso a la justicia a las personas que consideren haber sido vulnerados en sus derechos, sin que la capacidad económica de las personas sea un limitante para garantizar su acceso oportuno e independiente".

CECONAR es un centro público de conciliación y arbitraje. El rol desempeñado es trascendente dentro del sistema, debido a que es un órgano que efectiviza la cultura de paz frente a los conflictos. Adicionalmente, al rol de ser un centro público, el DL N° 1158 le otorga nuevas competencias. Así, debe cumplir con el rol de administrar a nivel nacional el servicio de conciliación y arbitraje en materia de salud, a través del registro y habilitación de centros de conciliación y arbitraje.

Sobre el particular, se considera que la labor regulatoria debe ejercitarse con cautela, sobre todo cuando abordamos los MARCS que por esencia son flexibles y de naturaleza voluntaria, y donde el MINJUSDH juega un rol protagónico. Es muy probable que estas nuevas competencias no lleguen a ser efectivas, porque es difícil encontrar una justificación para una sobrerregulación. De igual manera, al no otorgarle al CECONAR la potestad sancionadora, nada podría hacer para que los agentes cumplan con sus obligaciones, solo se tendría estos registros como referenciales, sin facultad para poder supervisar, fiscalizar, ni sancionar.

La función del CECONAR debe continuar en seguir desempeñándose como un centro que realiza mediaciones, conciliaciones extrajudiciales y arbitrajes, en beneficio del sistema, y dotando de mecanismos alternos de solución de conflictos, para la protección del derecho a la salud en el país.

IV. Colofón

Debido a las complejidades de los regímenes socioeconómicos, la protección del derecho a la salud es un constante desafío para todo Estado que se precie en cumplir las normativas internacionales y locales. Asimismo, dado que el principal centro de protección es el asegurado o paciente del servicio de salud, los Estados no deben pasar por alto el irrestricto respeto por las garantías esenciales de tal proceso. En ese marco, el Perú ha realizado avances significativos en la creación de todo un sistema administrativo, a fin de lograr efectivizar el acceso al derecho a salud de calidad.

Este marco legal posibilita al Estado la potestad de sancionar administrativamente todo exceso en las prácticas realizadas por las instituciones prestadoras y aseguradoras de fondos de salud, en cualquier modalidad: IAFAS, IPRESS o UGIPRESS. Además, paralelamente, se provee mecanismos alternativos de resolución de conflictos, con la ventaja efectiva de tiempo y todo tipo de costes. No obstante, el sistema adoptado aún cuenta con deficiencias, debido a la diversificación de los servicios de salud a través de distintas

¹⁵ El artículo 15.3º literal f) de la Ley Nº 29414 regula que: "A ser escuchada y recibir respuesta por la instancia correspondiente cuando se encuentre disconforme con la atención recibida, para estos efectos la Ley proveerá de mecanismos alternativos y previos al proceso judicial para la solución de conflictos en los servicios de salud".

¹⁶ El artículo 29º del DS. Nº 027-2015 recoge que: "En caso de surgir controversias entre las IAFAS, IPRESS o UGIPRESS y la persona usuaria de los servicios de salud, aquellas deberán generar mecanismos ágiles y oportunos de solución mediante el trato directo o el uso de mecanismos alternativos de solución de controversias, sin perjuicio del acceso a la vía jurisdiccional. En caso las partes hayan acordado el sometimiento a arbitraje y no alcancen un acuerdo sobre el centro competente, se entenderá como centro competente el Centro de Conciliación y Arbitraje de SUSALUD. SUSALUD propiciará mecanismos de acceso a la justicia a las personas que consideren haber sido vulnerados en sus derechos, sin que la capacidad económica de las personas sea un limitante para garantizar su acceso oportuno e independiente".

instituciones públicas y la ausencia a nivel nacional de SUSALUD, institución que carece de presencia nacional, pues solo figura en la capital y en la zona norte del país. Es urgente la unificación del sistema y una real inversión pública con eficiencia en SUSALUD.

Con el objeto de haber aportado en la difusión y reflexión sobre del sistema de protección a la salud peruano, se concluye estas líneas.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Ariño Ortiz, G. (2006) Logros y fracasos de la regulación. *Themis N° 52, Revista de Derecho*.
- Banco Mundial. (2020) Perú panorama general. Disponible en: https://www.bancomundial.org/es/country/peru/overview. Fecha de consulta: 27.07.2020
- Bello Janeiro, D. (2011) La responsabilidad médica. Pontificia Universidad Javeriana Bogotá.
- Constitución de la Nación Argentina. Disponible en: http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/0-4999/804/norma.htm. Fecha de consulta: 27.07.2020
- Constitución Española. Disponible en: https://www.senado.es/web/conocersenado/normas/constitucion/index.html. Fecha de consulta: 27.07.2020
- Constitución Política del Perú. Disponible en: http://www.pcm.gob.pe/wp-content/uploads/2013/09/Constitucion-Pol%C3%ADtica-del-Peru-1993.pdf. Fecha de consulta: 27.07.2020
- Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre. Disponible en: https://www.oas.org/dil/esp/Declaraci%C3%B3n_Americana_de_los_Derechos_y_Deberes_del_Hombre 1948.pdf. Fecha de consulta: 27.07.2020
- Declaración Universal de los Derechos Humanos. Disponible en: https://www.un.org/es/universal-declaration-human-rights/#:~:text=La%20Declaraci%C3%B3n%20Universal%20de%20los,historia%20de%20los%20derechos%20humanos.&text=La%20Declaraci%C3%B3n%20establece%2C%20por%20primera,a%20m%C3%A1s%20de%20500%20idiomas.. Fecha de consulta: 27.07.2020
- Ley General de Salud, Ley N° 26842. Disponible en: https://www.gob.pe/institucion/minsa/normas-legales/256661-26842. Fecha de consulta: 27.07.2020
- Ley que establece los derechos de las personas usuarias de los servicios de salud, Ley N° 29414. Disponible en: http://www.leyes.congreso.gob.pe/Documentos/Leyes/29414. pdf. Fecha de consulta: 27.07.2020
- Reglamento de la Ley N° 29414, Ley que establece los derechos de las personas usuarias de los servicios de salud, D.S N° 027-2015-SA. Disponible en: https://elperuano.pe/normaselperuano/2015/08/13/1273843-3.html. Fecha de consulta: 27.07.2020
- Organización Mundial de la Salud. Preguntas más frecuentes. Disponible en: http://www.who.int/suggestions/faq/es/. Fecha de consulta: 27.07.2020
- Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Disponible en: https://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CESCR.aspx. Fecha de consulta: 27.07.2020
- Pérez Luño, A.E. (1998) La Universalidad de los Derechos Humanos. *Anuario de Filoso-fía del Derecho*. Disponible en: http://rodare.cl/fda/unidad-ii/Sobre%20la%20Universalidad%20de%20los%20Derechos%20Humanos.pdf. Fecha de consulta: 27.07.2020

- Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Disponible en: http://derechoshumanos.pe/wp-content/woo_uploads/congreso/PROTOCOLO_SAN_ SALVADOR.pdf. Fecha de consulta: 27.07.2020
- Superintendencia Nacional de Salud. Disponible en: http://portal.susalud.gob.pe/. Fecha de consulta: 27.07.2020
- Tribunal Constitucional. (2010) Expediente N° 03426-2008-HC/TC, fundamento 9. Disponible en: https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2010/03426-2008-HC.html. Fecha de consulta: 27.07.2020
- United States Agency International Development (USAID PERÚ) y Asociación Peruana de Derecho Sanitario (APDS). (2005) Guía de Capacitación. Derechos de las personas usuarias y resolución de conflictos en los servicios de salud.
- Velásquez, A, Suarez, D y Nepo-Linares, E. (2016) Reforma del sector salud en el Perú: derecho, gobernanza, cobertura universal y respuesta contra riesgos sanitarios. En Revista Peruana de Medicina Experimental y Salud Pública. Disponible en: https://rpmesp.ins.gob.pe/index.php/rpmesp/article/view/2338/2313. Fecha de consulta: 27.07.2020
- Vergaray Béjar, V y Gómez Apac, H. (2006) La potestad sancionadora y los principios del procedimiento sancionador. En: Maraví, M. Sobre la Ley del Procedimiento Administrativo General. UPC.

BIOÉTICA, DERECHO A LA SALUD Y VIRTUDES JUDICIALES: DILEMAS E INTERROGANTES GIRATORIAS SOBRE EL COVID-19

BIOETHICS, THE RIGHT TO HEALTH AND JUDICIAL VIRTUES: DILEMMAS AND REVOLVING QUESTIONS ABOUT COVID-19

Ramsés Samael Montoya Camarena¹

DOI: https://doi.org/10.37767/2591-3476(2020)19

Fecha de envío: 17.08.2020 Fecha de aceptación: 08.09.2020

RESUMEN:

El texto tiene un triple propósito. Primero busca establecer que el principio de imparcialidad rawlsiano es rector en materia bioética y está relacionado con el modelo de las virtudes judiciales. En el segundo punto se describen los principios bioéticos que imperan en el derecho a la salud frente a casos de escasez de recursos. Finalmente, se presentan algunas interrogantes que a modo de diálogo abierto, nos llevan a dilemas inconclusos, susceptibles de razonar desde la ponderación de principios bioéticos y su relación con las emociones virtuosas en escenarios de judicialización del derecho a la salud y escasez de recursos a causa del COVID-19.

ABSTRACT

The text has a triple purpose. First, it seeks to establish that the rawlsian principle of impartiality is guiding in bioethics and is related to the model of judicial virtues. The second point describes the bioethical principles that prevail in the right to health in cases of scarcity of resources. Finally, some questions are presented that, by way of open dialogue, lead us to unfinished dilemmas, capable of reasoning from the weighting of bioethical principles and their relationship with virtuous emotions in scenarios of judicialization of the right to health and limited resources to provide it to cause of COVID-19.

PALABRAS CLAVE: bioética, imparcialidad, virtudes judiciales.

KEY WORDS: bioética, impartiality, judicial virtues.

¹ Especialista en Derecho Constitucional y Doctor en Derecho con Mención Honorífica por la Universidad Autónoma de Querétaro. Máster en Derechos Fundamentales por la Universidad Carlos III de Madrid y Máster en Argumentación Jurídica por la Universidad de Alicante, España y la Universidad de Palermo, Italia. Profesor en el Instituto de la Judicatura Federal y en la Universidad Autónoma de Querétaro. Investigador nivel Candidato en el Sistema Nacional de Investigadores en CONACYT México. Correo electrónico: ramgrrr@hotmail.com. ORCID iD: https://orcid.org/0000-0003-0022-5050.

BIOÉTICA, DERECHO A LA SALUD Y VIRTUDES JUDICIALES: DILEMAS E INTERROGANTES GIRATORIAS SOBRE EL COVID-19

I. Introducción.

Todo Estado constitucional defiende fines y valores. Los bienes valiosos que persigue el Estado constitucional son propios de las sociedades democráticas. La característica principal de la democracia se remonta a la pluralidad e igualdad de trato. La democracia y la situación demográfica demuestran que debido al crecimiento poblacional, aumentan las demandas de bienes y servicios en el sector público. El problema sienta sus bases en la escasez de recursos para satisfacer la creciente demanda de esos bienes de valor incomensurable.

El problema es más visible cuando la escasez de recursos impide que se garantice la igualdad de trato en la protección del derecho a la salud porque su acceso se encuentra condicionado por la disponibilidad de recursos para su satisfacción.

La escasez de recursos se debe a múltiples factores impulsados por el adelgazamiento del proyecto social democráta motivado por el pragmatismo libertario eficientista donde los fenómenos económicos del libre mercado como son: la concentración de riqueza, la privatización de servicios públicos, la defensa de un Estado mínimo como agente regulador, la idea de tecnocrácia acompañada de una cultura empresarial y directices competitivas de normalización social; han influido de forma determinante en que con esos cambios estructurales la oferta mundial de ciertos producos sea inelástica y, el acceso a los recursos disminuya (Vázquez, 2019: 114).

La pandemia global causada por el COVID-19 ha traído a nuestras vidas interrogantes muy díficiles de responder. En muchas de ellas, los dilemas morales desde la bioética, no parecen admitir una respuesta definitiva. Los tribunales han tenido que enfrentarse a algunas. Aquí nos ocuparemos de algunas preguntas que representan dilemas inconclusos que toca fibras del modelo judicial al que se puede aspirar. El método empleado en el texto es el deductivo y el crítico dialógico porque se plantean principios generales para resolver casos particulares que sugieren la ponderación de estos, según cada circunstancia y sus particularidades.

II. Bioética, imparcialidad y virtudes judiciales

Haremos un breve recorrido para identificar cómo y en dónde se conecta la bioética con el principio de imparcialidad rawlsiano y las virtudes judiciales. La idea de que a los problemas existen respuestas correctas y definitivas surge como una apelación ideal de la racionalidad. Se encuentra en el espectador imparcial de Adam Smith; el juez Hércules de Dworkin, el auditorio universal de Perelman o la comunidad ideal de diálogo de Habermas. Sin embargo, los dilemas morales que presenta la bioética, parecen encontrarse en la franja fronteriza de esa idealización de corrección moral.

Lo que busca la respuesta correcta, por ejemplo, desde la posición intermedia de Alexy, explica Atienza, consiste en una idea regulativa de la argumentación donde el operador ha llegado a la convicción de que es la única respuesta. La idea de la respuesta correcta se enfrenta a discernir sobre los medios para alcanzar los fines últimos. Por lo que se trata de una racionalidad instrumental y una racionalidad ética, donde no se pretenden juicios absolutos sobre los fines últimos.

Ante las dificultades de encontrar una decisión correcta en casos díficiles es necesario apostar por las virtudes de racionalidad práctica, dice Atienza y, también otras cualidades

como las propuestas por MacCormick, entre ellas: buen juicio, perspicacia, prudencia, altura de miras, sentido de justicia, humanidad, compasión o valentía. Es acompañar la teoría de la razón práctica con una teoría de las pasiones.

Atienza aclara que razón y pasión no es igual que el agua y el aceite; es decir, el mundo de las emociones no es simplemente el mundo de lo irracional. Las emociones, por el contrario, parecen guardar cierto tipo de relación interna con la razón. Por un lado, la razón no podría funcionar sin pasión, por lo que de ejemplo se toma a Hume en el dictum "la razón es esclava de las pasiones" por lo que la razón no se mueve por sí misma; no es un fin en sí misma, sino un medio para la satisfacción y ordenación de deseos y necesidades. Todos parecen aceptar que las emociones están sometidas a algún parámetro de racionalidad; incluso por ello algunas se califican de razonables o irrazonables. Entonces, dice Atienza, las pasiones, las buenas pasiones, parecen ser la mejor guía para la razón (Atienza, 2012: 136-141).

Una buena ruta para lo anterior es lo que propone Nino, a través de lo "segundo mejor", donde se propone que en el caso concreto el decisor opte por la decisión más óptima de las posibles mejores soluciones en abstracto, al comprender que la determinación de un operador no está aislada, sino que forma parte de un global social que habrá de imbrincarse e integrarse con otras acciones y decisiones constitutivas del orden constitucional (Nino, 1980: 66 y 67).

Por otra parte, el principio de imparcialidad defendido por Rawls parte del liberalismo igualitario secularizado, al señalar los problemas de los libertarios que piensan que la autonomía de las personas se distribuye espontáneamente, en una ilusión donde el contexto parece no importar y en el rechazo de que el liberalismo pueda fincarse en un perfeccionamiento moral construido desde sistemas de vida aceptables.

Detrás de ese principio, se encuentra una versión del neocontractualismo, en donde el acuerdo voluntario construido por las personas no impera por razones de poder, estatus social o cuestiones de privilegio y, además, se orienta hacia una protección prioritaria de los más vulnerables por desigualdades provocadas arbitrariamente, pero que merecen ser corregidas.

Cada persona debe ser comprendida independiente en sus elecciones y decisiones. Por lo que el principio de imparcialidad apunta a un enfoque de solidaridad colectiva que no acepta el individualismo atomista ni la tesis de sacrificio costo-beneficio que defiende el utilitarismo. Al contrario, la imparcialidad surge, desde la teoría de la elección racional, en un marco de cooperación y acuerdos respetuosos de las libertades, con racionalidad y auto-interés en obtener lo mejor en la peor situación a través de la llamada regla *maximin*.

El principio de imparcialidad se logra también mediante un juicio reflexivo donde haya un movimiento dinámico de los principios de igualdad y libertad en condiciones razonables. En ellos, el principio de diferencia señala que si en la asignación de recursos una situación es superior a otra, porque una persona está mejor que otra y no existe otra en peor situación; entonces, se justifica la desigualdad real entre los invidividuos siempre que se estructuren en beneficio de los menos aventajados; este principio también hace aceptable lo inverso cuando los más aventajados mejoren la situación de los más necesitados o vulnerables (Rawls, 2004: 17-118).

BIOÉTICA, DERECHO A LA SALUD Y VIRTUDES JUDICIALES: DILEMAS E INTERROGANTES GIRATORIAS SOBRE EL COVID-19

El Estado, desde este eje, debe distribuir en forma equitativa el acceso a los bienes básicos, en términos progresivos, en tanto deber positivo de acción con el que se procura la justicia dentro de una sociedad plural. Entonces, el Estado debe afrontar la escasez de recursos con medidas presupuestarias suficientes y, en ese sentido, priorizar aquellos escenarios donde haya mayor fragilidad en el acceso a esos bienes básicos.

Dice Vázquez que este tipo de liberalismo se compromete con una defensa de los derechos humanos, entendidos no solo como derechos negativos, protegidos por un Estado mínimo y gendarme, sino que amplía el horizonte de su comprensión hacia la satisfacción de bienes primarios con una decidida intervención del Estado para su protección y garantía (Vázquez, 2019: 29-56).

Es de interés para la bioética, esta mancuerna de libertad e igualdad, desde la solidaridad con los más necesitados, con la intención de proteger el bien primario de la salud. Además, debe tenerse en cuenta que los principios bioéticos, para Beauchamp y Childress, son prima facie y no absolutos, por lo que obligan siempre y cuando no entren en conflicto entre sí y, si existe un conflicto, entonces, deben jerarquizarse en casos concretos, según cada contexto (Beaucham y Childress, 1979: 7-13).

La vía sugerida apuesta por una aproximación hermenéutica, dialéctica y crítica al caso concreto, para evitar el conservadurismo moral. Atienza, en ese sentido, propone la idea de ponderar entre los principios en conflicto desde la igualdad de trato y reconociendo el mérito del trato diferente, cuando sea necesario.

Este principio de trato diferenciado indica lo siguiente: Es lícito tratar a una persona de manera distinta que otra si: a) la diferencia de trato se basa en una circunstancia que sea universalizable; b) produce un beneficio apreciable en otras u otras y, c) se puede presumir racionalmente que el perjudicado consentiría si pudiera decidir en circunstancias de imparcialidad (Atienza, 1999: 83-86).

Así, los dilemas morales en la bioética aplicada al caso deben pasar por un examen social, activo, imparcial, universal, racional y transparente. Cualquier decisión sobre los límites éticos debe tener de fuente, los intereses de todas las personas, desde una ética mínima, en términos de Adela Cortina, para nivelar también las cuestiones fácticas de desventaja (Cortina, 2010: 130-138) y, cuando estos problemas se llevan al terreno de los tribunales, las decisiones deben acompañarse de un modelo de virtudes judiciales porque los casos están sujetos a una concepción de racionalidad universal que debe inspirar confianza al corregir la escasez de recursos causada por desigualdades provocadas arbitrariamente.

III. Derecho a la protección de la salud y principios bioéticos

En México, la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha emitido diversos criterios de protección del derecho a la salud buscando que el Estado lo garantice tanto en su dimensión individual como en su sentido de responsabilidad social; por lo que se han emitido también sentencias acerca de que la protección de ese derecho no pueden implementarse medidas regresivas. También ha planteado la necesidad de contar con políticas públicas adecuadas en materia de servicios salud con establecimientos en condiciones sanitarias adecuadas.

En la Observación General número 14, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y

Culturales de la Organización de las Naciones Unidas dispone que el derecho a la salud garantiza pretensiones en términos de disponibilidad, accesibilidad, no discriminación, aceptabilidad y calidad de los servicios de salud y refiere que los poderes públicos tienen obligaciones de respeto, protección y cumplimiento en relación con él; además, se prevé la aplicación progresiva aunque se reconocen los obstáculos que representa la limitación de los recursos disponibles, por lo que existe el deber concreto y constante de avanzar lo más expedita y eficazmente posible hacia su plena realización.²

La Corte Interamericana de Derechos Humanos en el *Caso Ximenes Lopes Vs. Brasil* determinó que la salud es un bien público cuya protección está a cargo de los Estados, por lo que éstos tienen la obligación de prevenir que terceros interfieran indebidamente en el goce de los derechos a la vida y a la integridad personal, particularmente vulnerables cuando una persona se encuentra bajo tratamiento de salud. Por lo que además consideró que los Estados tienen el deber de regular y fiscalizar toda la asistencia de salud prestada a las personas bajo su jurisdicción, como deber especial de protección a la vida y a la integridad personal, independientemente de si la entidad que presta tales servicios es de carácter público o privado.³

En el *Caso Gonzales Lluy y otros Vs. Ecuador*, la Corte regional retomó que de acuerdo con el artículo 10.2, inciso f) del Protocolo de San Salvador se establece que entre las medidas para garantizar el derecho a la salud, los Estados deben impulsar "la total inmunización contra las principales enfermedades infecciosas"; "la prevención y el tratamiento de las enfermedades endémicas, profesionales y de otra índole", y "la satisfacción de las necesidades de salud de los grupos de más alto riesgo y que por sus condiciones de pobreza sean más vulnerables".

Añadió que las mismas obligaciones se prevén en el artículo 12.2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y, recapituló que de acuerdo con la Observación General número 14, el derecho al más alto nivel posible de salud genera algunas obligaciones básicas y mínimas, que incluyen facilitar medicamentos esenciales, según las definiciones periódicas que figuran en el Programa de Acción sobre Medicamentos Esenciales de la OMS.⁴

En materia de bioética y responsabilidad médica, la Corte Interamericana explicó que la Asociación Médica Mundial en su Declaración de Lisboa sobre los derechos del paciente en 1981, que es la primera que regula de manera más general la relación médico-paciente y en concreto, los derechos de este último, inicia señalando que "aunque el médico siempre debe actuar de acuerdo a su conciencia y en el mejor interés del paciente, se deben hacer los mismos esfuerzos a fin de garantizar la autonomía y justicia con el paciente".

Así, consideró el tribunal que el principio de autonomía adquiere vital importancia en el ámbito de la salud, como una regla que instaura un balance adecuado entre la actuación médica benéfica y el poder decisorio que retiene el paciente como sujeto moral autó-

² Observación General número 14 (2000). El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, sociales y Culturales de la Organización de las Naciones Unidas. 11 de agosto de 2000. E/C. 12/2000/4.

³ Corte IDH. Caso Ximenes Lopes Vs. Brasil. Sentencia de 4 de julio de 2006. Serie C No. 149, párr. 89.

⁴ Corte IDH. Caso Gonzales Lluy y otros Vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de septiembre de 2015. Serie C No. 298, párr. 193.

nomo, a fin de no incurrir en acciones de corte paternalista en las que el paciente sea instrumentalizado para evitarle un daño en su salud. Inclusive la propia Corte Interamericana interpretó cómo debe desarrollarse el consentimiento informado en términos de la Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos de la UNESCO.⁵

De esta forma, puede entenderse que el derecho a la salud es un bien valioso conectado con otros derechos fundamentales, a partir de los principios de indivisibilidad e interdependencia; por ello, los Estados deben desarrollar todas las acciones positivas para protegerlo en clave progresiva (sin regresar a medidas de menor tutela) y propiciando el más alto nivel de protección posible, sin discriminación alguna.

Desde esta óptica, en casos de conflicto del derecho a la salud, el tribunal debe decidir desde principios y razonabilidad, para evitar con sus decisiones la polarización social. Esos principios sirven de guía para su actuación, en la medida en que conforman un parámetro lo suficientemente aceptable y puede ponderarlos abierta y pluralmente. La Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos de la UNESCO en sus artículos 3 a 17 prevee varios de esos principios éticos susceptibles de ponderación, entre los cuales se encuentran los siguientes: dignidad humana, beneficios y efectos nocivos, autonomía, consentimiento, vulnerabilidad, privacidad, igualdad, justicia, equidad, acceso a la ciencia y protección del medio ambiente, etcétera.

En el escenario de la pandemia del COVID-19 y, frente a un supuesto caso de reclamo judicializado surgido por escasez de recursos, por ejemplo, ante la potencial falta de respiradores para dar acceso a la protección de la salud, en sede judicial se deben tomar en cuenta necesariamente, al menos, los siguientes principios:

- * Dignidad humana, para no degradar ni inhumanizar a la persona.
- * Maleficiencia y beneficiencia, para no dañar a alguien y, prevenirle el daño.
- * Autonomía, para respetar la elección y preferencia de la persona.
- * Vulnerabilidad, para proteger a los grupos vulnerables.
- * Igualdad y no discriminación, trato igual con miras a la justicia y trato diferenciado cuando existan condiciones para tal efecto.
- * Solidaridad y cooperación, para preocuparse desde lo colectivo.
- * Progresividad, para recibir el más alto nivel de salud, sin medidas regresivas.
- * Protección y sustentabilidad, para el beneficio futuro y a terceros de los recursos hospitalarios.

Debe recordarse, con Beauchamp y Childress, el hecho de que esos principios no son absolutos; sino que deben armonizarse o ponderarse en cada caso; para lo cual sirve de guía el principio de trato diferenciado que permite tratar a una persona de manera distinta en el acceso a la salud, cuando se puede presumir racionalmente que el perjudicado consentiría si pudiera decidir en circunstancias de imparcialidad, por ejemplo a sabiendas de que alguien tiene un mejor pronóstico que el suyo, pues de acuerdo con la regla *maximin* de Rawls, el principio de cooperación apuesta por obtener lo mejor en la peor situación.

De esta manera, se respeta el principio de no discriminación, en caso de tener que decidir qué personas deben tener preferencia de acceso a los servicios de salud en el caso

⁵ Corte IDH. Caso I.V. Vs. Bolivia. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de noviembre de 2016. Serie C No. 329, párrs. 160 y 182.

de desabasto de respiradores, en virtud de que se justifica la asignación y distribución de recursos escasos cuando ello suceda en beneficio de las personas más vulnerables o en menor ventaja que otras, salvo en la extrema situación de que la situación de los más aventajados pueda ayudar a mejorar la de los más necesitados o vulnerables. Esos principios pueden acompañarse de otras directrices que son una versión humanista de la igualdad progresiva y las virtudes judiciales:

- * Equidad: Principio aristótelico que contextualiza en sentido evolutivo la aplicación de la regla de justicia. Se procura el trato igual a las personas, salvo que se actualice alguna diferencia relevante que lo justifique.
- * Perspectiva de género: Busca equilibrar las relaciones de poder entre hombre y mujer, para reivindicar las libertades de la mujer; por lo que apuesta por una erradicación de las condiciones estructurales que impiden la igualdad sustantiva.
- * Principio de interseccionalidad y enfoque diferencial: Impone la necesidad de advertir los múltiples e interseccionales efectos de la discriminación y, dar un trato diferente y especializado a quienes se encuentren en mayor estado de vulnerabilidad.
- * Compasión: Concilia la preocupación de eliminar daños, en clave de progresividad de atención a los grupos más vulnerables.
- * Transparencia y rendición de cuentas: Permite, desde el derecho de acceso a la información, una vigilancia y escrutinio de las decisiones públicas que son de interés colectivo.
- * Reciprocidad y universalidad: Procura compartir el aprovechamiento de recursos desde el beneficio social idóneo y, en esa misma medida, hacer funcionar una regla de trato igual para casos que compartan las propiedades constitutivas relevantes.
- * Razonabilidad y proporcionalidad: Los medios para conseguir un fin debe reportar un beneficio mayor en el disfrute de los derechos de una persona o colectivo que el sacrificio que causan sobre tal disfrute en la otra persona o colectivo.
- * Coherencia sistémica: La decisión adoptada debe armonizarse con los materiales jurídicos disponibles, donde haya prevalencia de principios por encima de las reglas, para reflejar una confianza consistente con los fines que persigue el derecho, como es la protección general de la salud con preferencia de los menos favorecidos.

IV. Dilemas e interrogantes giratorias sobre el COVID-19

Bajo todo el marco abordado, los dilemas morales para enfrentar la pandemia son atravesados por la escasez de recursos en el acceso al derecho de protección de la salud. Para tal efecto, a modo reflexivo, se plantean algunos casos judicializables, donde las respuestas ofrecidas son una oportunidad de mantener en constante diálogo las inquietudes de cara al futuro.

Imaginemos tres escenarios. Todos comparten lo siguiente: personas contagiadas por COVID-19, sector de salud público, desabasto de ventiladores artificiales y prioridad de atención. En el primero, la escasez hace enfrentarse a un joven de 25 años con una mujer embarazada. El segundo supuesto se presenta entre un joven de 20 años sin estudios y un adulto mayor de 75 años que es cientifico de una universidad, presidente de una fundación de apoyo al cáncer de la niñez y que apoya otras acciones filantrópicas. En el tercer caso se enfrenta una persona (podría ser un familiar nuestro) con un médico. ¿Qué criterios éticos y jurídicos deberá tomar en cuenta el tribunal, frente a los que tuvo

BIOÉTICA, DERECHO A LA SALUD Y VIRTUDES JUDICIALES: DILEMAS E INTERROGANTES GIRATORIAS SOBRE EL COVID-19

el personal médico, para resolver la preferencia prioritaria en la colocación del respirador artificial?

Desde la idea de lo "segundo mejor" con extensión a los campos de las buenas pasiones, el principio de imparcialidad, la racionalidad argumentativa y los principios de acceso diferenciado a la protección de la salud, todo parece apuntar a que el tribunal debe tener en cuenta los siguientes factores concretos, según cada caso.

Caso del joven y la mujer embarazada. Tendría orden de preferencia la mujer embarazada, al tratarse de una persona con un mayor rango de vulnerabilidad. En efecto, en el preámbulo de la Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos de la UNESCO expresamente se indica: Reconociendo que una manera importante de evaluar las realidades sociales y lograr la equidad es prestando atención a la situación de la mujer. Lo cual denota una intención de proteger en forma robusta, desde la diferencia y la perspectiva de género, a aquellas mujeres que se encuentren en especial situación de riesgo o deventaja por su realidad social.

También es importante lo previsto en los artículos 2, inciso c), 4.2 y 12 de la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer establecen que los Estados deben adoptar las medidas de protección jurídica para garantizar los derechos de la mujer sobre una base de igualdad; asimismo, establece que se deben adoptar medidas de carácter especial, con énfasis a proteger la maternidad, las cuales no serán consideradas discriminatorias y, finalmente, se ordena que se adopten todas las medidas necesarias para eliminar la discriminación contra la mujer en la esfera de la atención médica, para la igualdad en el acceso a los servicios de atención médica respectivos; con especial referencia a los casos de parto o embarazo.

Asimismo, en el artículo 10.2, inciso f) del Protocolo de San Salvador en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, se observa la orden de que la satisfacción de las necesidades de salud, en orden de preferencia, debe hacerse por los grupos de más alto riesgo y que por sus condiciones de pobreza sean más vulnerables; lo cual es coherente con el principio de diferencia desde la imparcialidad rawlsiana.

Otro factor importante es que las mujeres se han visto mayormente afectadas por la crisis sanitaria, tanto por violencia doméstica como por exposición al contagio en el área médica en que predominante se desarrollan como cuidadoras o enfermeras. En la resolución 1/2020, *Pandemias y derechos humanos en las Américas*, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos diagnosticó que por lo general los cuidados de las personas enfermas o necesitadas de especial atención recaen fundamentalmente en las mujeres, a expensas de su desarrollo personal o laboral, existiendo un escaso nivel de institucionalización y reconocimiento social para las tareas de cuidado; asimismo, subrayó la necesidad de ofrecer una atención diferenciada a las mujeres profesionales de la salud que trabajan en la primera línea de respuesta a la crisis sanitaria del COVID-19.

Por lo que, el conjunto de factores muestran, incluso desde el principio de interseccionalidad y enfoque diferencial especializado, la necesidad de priorizar la protección de la mujer embarazada que se encuentra en una situación de mayor vulnerabilidad y, por lo tanto, dado el estado transicional de salud que atraviesa, la persona que se encuentra en mejor situación, como sería el joven del caso, debe ceder su posición de preferencia para quien se encuentra un escenario peor reciba la atención médica. Caso del joven sin estudios y el señor de 75 universitario. Tendrá orden de preferencia el joven por encima del señor adulto mayor, puesto que de acuerdo con los principios de beneficiencia, cooperación, sustentabilidad y principio de trato diferenciado; se puede presumir, en sentido racional que en circunstancias de imparcialidad y, no de egoísmo individual, la persona misma podría elegir a quien tiene un mejor diagnóstico en cantidad y calidad de vida.

La Comisión Interamericana en su resolución 1/2020 ha establecido la prohibición de limitar el acceso a los recursos y tratamientos médicos sustentados en la edad de las personas mayores de edad, pero ello en modo alguno impide que exista un balance para resolver dilemas de casos concretos, siempre que el factor de la edad no sea el detonante de la justificación para tomar la decisión.

En ese sentido, la Comisión también considera como grupo vulnerable a niñas, niños y adolescentes, al exigir su protección reforzada desde el interés superior de la infancia, donde se debe poner cuidado especial en aquellos casos que las condiciones económicas y sociales sean relevantes, para hacer un trato diferenciado.

Para resolver la cuestión, se debe tomar en cuenta aquellas situaciones de las personas que estuvieron fuera de su control, para responsabilizarse o no, de ellas. De modo que una sociedad justa pueda minimizar aquello que es ajeno al control de la persona y, solo dar importancia a las que estuvieron en su completo manejo y voluntad, ya que muchas de las ocasiones, de los contextos depende la disposición de recursos suficientes para el desarrollo de una persona.

Solo a modo de ejemplo, Rodolfo Vázquez nos recuerda que ese tipo de casos no son nuevos en teoría de la justicia, al respecto retoma a Dworkin quien planteó el caso de dos personas dotadas con iguales talentos y recurso naturales, una de las que trabajó con esfuerzo, esmero y ambición, para incrementar su dotación inicial, mientras que la otra prefierió no esforzarse y consumir sus dotaciones hasta colocarse en situación de desventaja. La gran pregunta que se detona es por qué la sociedad debería hacerse cargo de la irresponsabilidad del dilapidador e inclusive, asumir el pago (por ejemplo de un seguro de desempleo) y, transferirle al irresponsable parte de las ganancias producidas por el esforzado (Vázquez, 2019: 165 y 166).

De vuelta al caso, debe considerarse que México cuenta con datos alarmantes de deserción escolar y falta de oportunidades de acceso a la educación para los adolescentes, motivados generalmente por situaciones de pobreza, marginación y precaridad en el acceso a los servicios.

Por ejemplo, en su Informe Anual 2017, UNICEF reportó que la permanencia en la escuela es el primer reto que enfrentan los adolescentes en México. Más del 40% de jovenes en nuestro país no asiste a la escuela, la gran mayoría abandona los estudios al terminar la secundaria. 3 de cada 10 jovenes entre 15 y 17 años de edad está fuera de la escuela por ayudar económicamente a sus familias. Además, 4 de cada 10 adolescentes en situación de pobreza son los que pueden continuar estudiando después de la secundaria; entre lo que se detectó también fue el creciente número de mujeres en embarazo temprano y la propensión a encontrarse unidas informalmente en pareja, lo que afecta negativamente la permanencia escolar; por lo que una forma compensatoria de equilibrar las eventua-

BIOÉTICA, DERECHO A LA SALUD Y VIRTUDES JUDICIALES: DILEMAS E INTERROGANTES GIRATORIAS SOBRE EL COVID-19

lidades azarosas es dar una dotación adicional a la persona en desventaja, para acceder a ciertos servicios.

Recuérdese además que conforme al principio de interseccionalidad y de enfoque diferencial especializado, los grados de discriminación pueden ser mucho más arraigados o profundos, conforme aumenten la serie de características para la situación de vulnerabilidad o marginación. Por ejemplo, se puede ser pobre, pero blanco y de religión mayoritaria; en contrapartida, alguien puede ser pobre, índigena, mujer y, en la etapa de vejez. De suerte que dicho principio lo que procura es entender la profundidad e intensidad de la situación de vulnerabilidad, para descifrar cómo desde lo estructural es conveniente más una acción que otra.

Acá no aplica estrictamente el tema de la adolescencia porque se trata de un adulto joven (20 años) y, otro varon de 75 años (adulto mayor). Sin embargo aunque ambos comparten las características de hombre con capacidades potenciales, hay diferencias de grado que los colocan en situaciones diferentes. Uno de ellos, ha desarrollado sus capacidades y, eso le concede ciertos privilegios por encima del otro. En efecto, el adulto mayor tiene estudios univesitarios, probablemente de posgrado y se dedica a la ciencia, por lo que tiene acceso a ciertos satisfactores a través de su entorno laboral y, además, cuenta con cierta capacidad económica superior al grueso de la población, al dedicarse a actividades solidarias de filantropía.

En el otro lado, se tiene a una persona que podría encontrarse, cuando atravesó su etapa adolescente, en el porcentaje de personas que no pudieron permanecer en la escuela por diversos motivos, ya que al menos en esa escala se encuentran 4 de cada 10 jóvenes y, eso bien pudo colocarle en el escenario precariedad que influyó en su actual circunstancia, sin que pudiera controlar tales factores; o bien, encontrar redes de apoyo públicas para superarlos.

Otro elemento importante surgido de los principios de la vulnerabilidad, cooperación, solidaridad, dignidad humana y sustentabilidad radica en analizar que en las condiciones eutanásicas, indica Gascón, las situaciones de indignidad irreversible se pueden manifestar en el riesgo considerable de muerte próxima, por lo que en ese tipo de casos, se debe dignificar a la persona a través de la limitación del esfuerzo terapéutico (Gascón, 2003: 5-12), por lo que en unión con el principio de trato diferenciado, desde la imparcialidad ralwsiana, se presume que cualquiera de los involucrados, preferirá a aquel que tuviera el mejor diagnóstico de vida.

En tal virtud, las diferencias de privilegio de uno, frente a las circunstancias de desventaja del otro, sin fundarse en el razonamiento en la edad, deben orientarse a que se brinde el respirador a quien tiene mayores ventajas de sobrevivencia sin riesgo de muerte próxima; lo que en términos generales, puede suceder la mayor de las ocasiones en una etapa más joven que otra. Por lo que además, deberá considerarse si en el adulto mayor existen factores de cormobilidad que signifique, en forma adicional, una razón suficiente para situar a la persona en un diagnóstico mayor de muerte próxima.

En la Guía Bioética para la Asignación de Recursos Limitados de Medicina Crítica en Situación de Emergencia emitida por el Consejo de Salubridad General en México, con motivo del COVID-19; se establece que, entre los criterios para dicha asignación de recursos

escasos, el personal médico debe indicar el puntaje de priorización de cada paciente y evaluar de manera periódica la situación; ante la indicación específica de que el servicio de ventilador artificial es temporal y, por tanto, dar preferencia a quienes tienen una mayor probabilidad de sobrevivir con ayuda de la medicina crítica. Información con la cual, en caso de que sea el joven que se encuentre en peores condiciones de sobrevivencia, entonces, no habría ostáculo para dar preferencia al adulto mayor.

Caso de una persona (que puede ser un familiar) frente a personal médico. El principio de diferencia, ante casos de extrema situación, permite que se dé preferencia a los más aventajados cuando estos puedan ayudar a mejorar la situación de los más necesitados o vulnerables. La Comisión Interamericana en su resolución 1/2020 ha puesto énfasis en la necesidad de garantizar la continuidad de los servicios médicos y ha determinado que se deben movilizar el máximo de recursos disponibles, para hacer efectivo el derecho a la salud.

Una visión caleidoscópica nos orienta a entender que la presencia del personal médico es necesaria y no caben las codicias egoístas porque de ellos depende hacer operativos los principios de maleficiencia y beneficiencia; es decir, en ellos recae la posibilidad de no causar daños a otros y maximizar los beneficios para disminuir los daños posibles.

Un ejercicio cooperativo, solidario y de sociabilidad comprende que la salud es un bien colectivo que pasa antes, para su individualización, por las manos de los expertos, cuya presencia es imprescindible para conseguir el fin pretendido de maximizar la salud colectiva. Además, una posición de equidad, justicia y compasión permite darse cuenta de que ellos, por cuestiones ajenas a su control voluntario, son quienes se encuentran expuestos en mayor medida al contagio del virus, debido a la fraternidad manifiesta con la comunidad, para solidarizarse con la causa; por lo que en reciprocidad, su actuar desinteresado les coloca en orden de prioridad preferente para la atención de su salud.

Lo cual está auspiciado también en la regla *maximin*, al procurar que el mejor escenario de atención de la salud colectiva sea posible, cuando los encargados de hacerlo, se encuentren en óptimas condiciones de ofrecer sus servicios médicos, en las mejores condiciones posibles porque de otro modo encontrarían un desincentivo en continuar coayuvando en su labor. De ese modo también, se cumple con el principio de proporcionalidad porque se permite reportar un beneficio mayor en el disfrute de los derechos del colectivo que el sacrificio que causaría sobre tal disfrute en otras personas.

Los casos expuestos son un simple recorrido del diálogo bioético que debe permanecer abierto para escenarios futuros y compartirse entre la comunidad internacional para el intercambio de experiencias exitosas con enfoque de derechos humanos, como lo establece la Comisión Interamericana en la resolución 1/2020 y servir también de parangón para las decisiones de los tribunales en armonía orientativa con lo que discutan los Comités de Bioética.

A propósito de lo anterior, de acuerdo con la Guía Bioética para la Asignación de Recursos Limitados de Medicina Crítica en Situación de Emergencia emitida por el Consejo de Salubridad General en México, se obligó que en cada institución pública hospitalaria, se establecieran Comités Hospitalarios de Bioética para la toma de decisiones de triaje en la citada situación de emergencia sanitaria causada por el COVID-19. El Comité se confor-

BIOÉTICA, DERECHO A LA SALUD Y VIRTUDES JUDICIALES: DILEMAS E INTERROGANTES GIRATORIAS SOBRE EL COVID-19

ma por un primer responsable en medicina espcialista en terapia intensiva, medicina de urgencias, neumología, medicina interna o afín; un segundo médico responsable en las mismas áreas y el administrador de la unidad hospitalaria; los dos últimos apoyan con información y soporte técnico al primero, para la toma de decisiones.

Las decisiones del sistema de triaje tienen previstas al menos dos decisiones: la inicial y la posterior, derivada de una reevaluación. En ellas se determina el tratamiento médico y la asignación de recursos de acuerdo a un sistema de puntaje sobre la probabilidad de supervivencia tras la evaluación acuciosa del paciente (impacto de la infección, cormobilidad, expectativa del tratamiento, situación específica y de vulnerabilidad, etcétera).

Las decisiones pueden ser apeladas, sea para rectificar el puntaje (permitidas); o bien, para cuestionar el sistema de priorización (no permitidas). El Comité Revisor de Triaje resolverá lo conducente, considerando la situación especial de pacientes o familiares que tengan discapacidad o pertenezcan a algún grupo étnico. La finalidad específica del sistema de Triaje en la asignación de recursos escasos consiste en salvar la mayor cantidad de vidas en función de quienes tienen la mayor probabilidad de sobrevivir priorizando la ayuda de la medicina crítica.

En concomitancia, debe señalarse que en México no existen tribunales especializados en materia de protección de la salud; sin embargo, a través del juicio de amparo se pueden cuestionar decisiones públicas cuando la asignación de recursos para la protección de ese derecho, se considere inadecuada. Se trata de un mecanismo de protección constitucional de tramitación sumaria que puede emitir resoluciones urgentes, con la finalidad de tutelar de forma anticipada el derecho defendido, a través de medidas cautelares, como lo es la suspensión restitutiva de derechos. De modo que, las decisiones que se emitan a través del Comité Revisor de Triaje, producto de la apelación interpuesta contra decisiones del Comité Hospitalario de Bioética, puede ser revisable en el marco jurisdiccional del control concentrado de constitucionalidad, en caso de que no exista algún obstáculo procesal en el camino.

La relevencia de este mecanismo escalonado de control de las decisiones en materia de bioética, donde converge información y racionalidad entre los Comités de Bioética y los tribunales judiciales, radica en que hay una retroalimentación dialógica con enfoque crítico, para evaluar hermenéuticamente cada uno de los casos que se presentan y, de ellos, a través de la concreción de los principios bioéticos, unidos a las virtudes judiciales, pueden irse produciendo reglas específicas para futuros casos con propiedas constitutivas análogas.

De suerte que el diálogo médico-científico con el discurso judicial, se enriquece desde los parámetros bioéticos que concilian buscando una misma directriz, tal como lo propone Carlos Nino, resolver a través de lo "segundo mejor" y así proyectarlo en el derecho de protección de la salud, cuando la escasez de recursos apremie necesidades urgentes y diferencias relevantes en la atención de las personas por COVID-19 y, de esa manera, hacer que las decisiones de los Comités de Bioética y de los tribunales se imbrinquen e integren recíprocamente con decisiones que al futuro, a través de la jurisprudencia o *ratio decidendi*, serán constitutivas del orden constitucional en materia de protección del derecho a la salud, en clave de progresividad.

Un esquema que aunque no es novedoso bien la vale la pena reproducir, tal como lo ha hecho el sistema interamericano a través de la Corte que se ha enriquecido fruto del diálogo abierto que sobre bioética ha establecido con toma de conocimiento de los materiales jurídicos y asociaciones que sobre esa materia se han pronunciado, para avanzar y evolucionar críticamente en la protección de la salud, como bien colectivo de interés social, desde el principio pro persona que busca favorecer en la mayor medida posible la tutela de los derechos humanos.

V. Emociones virtuosas

Los casos de muestra, bien pueden apoyarse en la imparcialidad propuesta y las directrices aludidas, sin embargo, también será necesario que los tribunales al pronunciarse, lo hagan con base en diversas virtudes y buenas pasiones, en el sentido que lo defienden MacCormick y Atienza, las cuales pueden concretarse de la siguiente forma:

- * Objetividad y valentía: El tribunal debe actuar con serenidad y equilibrio reflexivo, cuestionando incluso cualquier prejuicio que contamine su decisión y, a la vez debe procurar que su actuación defienda en clave de progresividad, indivisibilidad e interdependencia, el disfrute del derecho a la salud.
- * Profesionalismo y compasión: El tribunal debe atender el caso con profundo conocimiento de las tensiones teóricas y filosóficas que rodean el problema, propiciando un diálogo bioético transdisciplinario y, evitar que su decisión replique efectos opresivos sobre los grupos menos privilegiados (que han sido quienes quedaron mayormente expuestos en la pandemia debido al ámbito informal laboral o los ingresos precarios, como se establece en la resolución 1/2020).
- * Excelencia humanista y perspicacia: El tribunal debe ser consciente de que su decisión afectará en lo individual y colectivo a un grupo de personas con intereses y preferencias; por lo que deberá resolver cada problema con agudeza, para lograr primero un empoderamiento de los menos aventajados y, luego, excepcionalmente, cuando se hayan corregido las deficiencias estructurales de mayor importancia, podrá hacerse un cambio paulatino en los parámetros de prioridad en la atención médica.
- * Excelencia responsable, con fortaleza y altura de miras: El tribunal debe asumir que la consecuencia de su decisión posiblemente encuentre resistencias o desacuerdos; por ello, resulta de primera importancia que la confianza de imparcialidad se logre mediante una argumentación jurídica sólida, correcta, persuasiva y transparente, ya que esa decisión será parte constitutiva del orden constitucional hacia el futuro.

VI. Conclusiones

El modelo de equilibrio reflexivo propuesto no se finca en decidir sobre todo o nada desde las principales corrientes éticas; sino que busca un despliegue de razones justificadas para evitar el utilitarismo radical, pero sin dejar de observar por completo las consecuencias y las condiciones de lo posible. Por ello, los tribunales pueden auxiliarse en un marco de virtudes desde la ética mínima acompañadas de una comprensión de la teoría de las buenas pasiones y propiciando un diálogo abierto con los Comités de Bioética para la mutua retroalimentación hacia el futuro.

Aún en la convicción de lo "segundo mejor" es inevitable que cualquier decisión deje heridas abiertas de lo que pudo ser. Una sensación entre memoria, culpa y justicia. Una

BIOÉTICA, DERECHO A LA SALUD Y VIRTUDES JUDICIALES: DILEMAS E INTERROGANTES GIRATORIAS SOBRE EL COVID-19

mezcla moral de transpolación hacia el derecho. Detrás de todo se esconde una profundad reflexión que en sentido metafórico podemos asociar a la historia de Hanna Schmitz cuando interpela al juez y le pregunta ¿Y usted qué hubiera hecho?

La expresión surge del libro "El lector" escrito por Bernhard Schlink, desarrollada en el plano de la época del nazismo alemán, donde la protagónista Hanna Schmitz es acusada de haber permitido que murieran más de trescientas mujeres judías encerradas en una iglesia que había sido bombardeada durante una de las marchas de la muerte del campo de concentración a su cargo. En el relato destaca por qué Hanna no se cuestionó por qué hizo lo que hizo; ni entiendía por qué se le reclamaba que no había abierto las puertas de la iglesia, pues ella de forma indignada preguntó ¿Qué hubiera sucedido, si al falicitarles la salida, huían dispersándose por el campo? Después, cuando el juez la cuestionó por lo sucedido, ella le espeta la pregunta ¿Y usted qué hubiera hecho? (Ruiz, Douglas y Cárcova, 2014: 9).

La fría frase, en el marco de la pandemia, nos da la posibilidad de sentir empatía en el esfuerzo de racionalidad universal donde los tribunales buscan encontrar una respuesta correcta, como ideal regulativo de los casos díficiles o trágicos, pero sobre todo, quiere alejarse de la cómplice frivolidad, para reivindicar el valor social del diálogo colectivo de las decisiones públicas que ante la escasez de recursos ven cómo las limitadas opciones de proteger el derecho a la salud, deben convocar más al encuentro que al desencuentro y frustación que causa la muerte y la desesperación. Un escrutinio más franco con los tribunales, también es aliciente de confianza en una justicia humanista, progresista e igualitaria.

En el esfuerzo de enfrentar el necroderecho desde la descomplicidad, propone Narváez, el operador jurídico debe trabajar con una ética hermenéutica de la emergencia, donde después de la catársis que implica aceptar la complicidad, debe distanciarse de la inercia normativista que le impone el ambiente propio de la judicatura formalista y buscar formas creativas con las que se elimine la posibilidad de poner en riesgo a otros seres humanos (Narváez, 2017: 111). De este modo, el tribunal puede aproximarse con una visión constitucionalista, pero crítica desde lo social, al buscar crear las mejores condiciones posibles dentro de las peores circunstancias existentes.

En cualquier caso, la mirada retrospectiva que convoca al tribunal desde las virtudes y las buenas pasiones, parte de un ejercicio de prudencia, para que en ese ejercicio de equilibrio reflexivo una ida y vuelta del presente al pasado le permita evaluar los méritos de la decisión y, aprender lo que se puede hacer mejor hacia el futuro.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ATIENZA, Manuel. (1999). "Juridificar la bioética". En VÁZQUEZ, Rodolfo. Bioética y derecho. México: FCE-ITAM.
- ATIENZA, Manuel. (2012). Tras la justicia. Madrid: Ariel.
- BEAUCHAM, Tom y CHILDRESS, James. (1979). Principles of biomedical ethics. Oxford: Oxford University Press.
- CORTINA, Adela. (2010). Ética mínima. Introducción a la filosofía práctica. Madrid: Tecnos.
- GASCÓN, Marina (2003). "De qué estamos hablando cuando hablamos de eutanasia. Humanitas. Humanidades Médicas, vol. 1, núm. 1, 5-12.
- NARVAÉZ, José Ramón. (2017). Necroderecho. México: Libitum.
- NINO, Carlos. (1980). Fundamentos de derecho constitucional. Buenos Aires: Astrea.
- RAWLS, John. (2004). Teoría de la justicia. México: FCE.
- RUIZ, Alicia, DOUGLAS, Jorge y CÁRCOVA, Carlos. (2014). La letra y la ley. Estudios sobre derecho y literatura. Buenos Aires: Infojus.
- VÁZQUEZ, Rodolfo. (2019). Teorías contemporáneas de la justicia. Introducción y notas críticas. México: IIJ.UNAM.

REFERENCIAS JURISPRUDENCIALES -

- Jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación de México.
- CIDH, Resolución 1-2020, Pandemias y derechos humanos en las Américas. Resolución 10 de abril de 2020.
- Corte IDH. Caso Gonzales Lluy y otros Vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de septiembre de 2015. Serie C No. 298.
- Corte IDH. *Caso I.V. Vs. Bolivia. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 30 de noviembre de 2016. Serie C No. 329.
- Corte IDH. Caso Ximenes Lopes Vs. Brasil. Sentencia de 4 de julio de 2006. Serie C No. 149.
- Observación General número 14 (2000). El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, sociales y Culturales). Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la Organización de las Naciones Unidas. 11 de agosto de 2000. E/C. 12/2000/4.

3. ESTUDIOS ESPECIALES

LA RESTRICCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS EN ÉPOCAS DE EMERGENCIA SANITARIA, ECONÓMICA Y SOCIAL

THE RESTRICTION OF HUMAN RIGHTS IN TIMES OF HEALTH, ECONOMIC AND SOCIAL EMERGENCY

Juan Santiago Ylarri¹

DOI: https://doi.org/10.37767/2591-3476(2020)20

RESUMEN:

El trabajo tiene por objeto analizar las restricciones de los derechos humanos en épocas de emergencia. En particular, se estudian los supuestos en los que es válido restringir con mayor intensidad los derechos individuales. Seguidamente, se indica si, para enfrentar esta situación, correspondía declarar el estado de sitio o bien resultaba válido dictar decretos de necesidad y urgencia. Se hace hincapié en la necesidad de respetar el diseño federal de Argentina y evitar decisiones centralizadas. Finalmente, se destaca la importancia de que el Congreso y el Poder Judicial cumplan los roles que constitucionalmente le corresponden en situaciones de emergencia.

ABSTRACT

The purpose of this paper is to analyze the restrictions of human rights in times of emergency. In particular, the cases in which it is valid to restrict individual rights with greater intensity are studied. It is specified whether, in order to face this situation, it was appropriate to declare the state of siege or it was valid to issue decrees of necessity and urgency. The need to respect Argentine federal design and avoid centralized decisions is emphasized. Finally, the importance of Congress and the Judicial Power fulfilling the roles that constitutionally correspond to it in emergency situations is highlighted.

PALABRAS CLAVE: Coronavirus, emergencia, decretos de necesidad y urgencia, poder legislativo, control judicial.

KEY WORDS: Coronavirus, emergency, decrees of need and urgency, legislative branch, judicial review.

¹ Abogado y Doctor en Derecho (UBA). Máster en Derecho Constitucional (Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, España). Especialista en Derecho Administrativo Económico (UCA). Profesor de Derecho Constitucional y Derecho Administrativo, en grado y posgrado, en UBA, UCES y UNLaM. Investigador adscripto al Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales "Ambrosio L. Gioja" (UBA). Se desempeña profesionalmente en el Poder Judicial de la Nación, en el fuero Contencioso Administrativo Federal. Autor de dos libros y de más de cincuenta publicaciones sobre temas de su especialidad en revistas argentinas y extranjeras. Contacto: juan@ylarri.com.ar. https://orcid.org/0000-0001-7805-4509.

Este trabajo se enmarca en el Proyecto de Investigación del Programa de Investigación Científica, Desarrollo y Transferencia de Tecnologías e Innovaciones de la Universidad Nacional de La Matanza, que lleva por título "Los alcances de la revisión judicial de las facultades legislativas del Presidente: la interpretación restrictiva".

I. Introducción

El Coronavirus –también llamado Covid-19 o SARS-CoV-2 – ha generado una crisis global absolutamente inédita. Nuestro país, que ya se encontraba en una situación económica endeble, no ha sido la excepción. La crisis no se limita al aspecto sanitario, sino que con ella se ha profundizado una crisis económica y social. Como señala Sagüés (2019: 14), la emergencia económica, "como el ave fénix, parece morir en cierto momento pero que pronto, o más tarde, renace de sus propias cenizas y reaparece fulgurante en el horizonte jurídico, con nuevos bríos e ingeniosos vuelos rasantes".

El propósito de este trabajo es analizar la restricción de los derechos constitucionales en épocas de emergencia. Luego de reseñar brevemente las normas aprobadas para enfrentar la pandemia, me referiré a los supuestos en los cuales es válido restringir derechos constitucionales en situaciones excepcionales. Seguidamente, indicaré si debía declararse el estado de sitio para enfrentar esta situación, o bien si resultó adecuado acudir al dictado de los decretos de necesidad y urgencia. Finalmente, haré hincapié en la necesidad de respetar el diseño federal de Argentina y evitar decisiones centralizadas, así como la importancia que el Congreso y el Poder Judicial cumplan los roles que constitucionalmente le corresponden.

II. Las principales normas adoptadas para enfrentar el Coronavirus

Para enfrentar los efectos del Coronavirus en Argentina, en un primer momento el Poder ejecutivo nacional dictó el decreto de necesidad y urgencia 260/20². La mencionada norma, amplió la emergencia pública en materia sanitaria establecida en la ley 27.541³, en virtud de la pandemia declarada por la Organización Mundial de la Salud (OMS) en relación con el Coronavirus por el plazo de un año a partir de la entrada en vigencia del decreto⁴. A su vez, otorgó numerosas facultades al Ministerio de Salud, en su carácter de autoridad de aplicación⁵, y dispuso que el citado ministerio conjuntamente con el Ministerio de Desarrollo Productivo podrían fijar precios máximos para el alcohol en gel, los barbijos, u otros insumos críticos, definidos como tales⁶. Asimismo, estableció que en determinados casos debería guardarse un aislamiento obligatorio⁶, y que se suspenderían los vuelos internacionales de pasajeros provenientes de determinadas "zonas afectadas", durante el plazo de treinta díasී.

Ante el avance de la pandemia, se estableció la prohibición de ingreso al territorio nacional a personas extranjeras no residentes en el país, a través de cualquier punto de acceso⁹. Aquella prohibición se extendió luego incluso a personas residentes en el país

² B.O. 12/3/2020. Luego modificado parcialmente por el decreto 287/20 (B.O. 18/3/2020). En virtud de este decreto, mediante la acordada 4/20 (16/3/2020), la Corte Suprema declaró inhábiles los días 16 a 31 de marzo de 2020 para las actuaciones judiciales ante todos los tribunales que integren el Poder Judicial de la Nación. Al mismo tiempo, dispuso que los tribunales aseguren una prestación mínima de servicio de justicia.

 $^{3\} B.O.\ 23/12/2019,$ ley denominada de Solidaridad Social y Reactivación Productiva.

⁴ Art. 1°.

⁵ Art. 2°.

⁶ Art. 6°. Ver al respecto la Resolución Conjunta 1/2020 (B.O. 21/3/2020) que luego de establecer los insumos críticos sanitarios necesarios para mitigar la propagación del Coronavirus intimó a las empresas productoras, distribuidoras y comercializadoras que participen de la cadena de producción de dichos insumos a incrementar la producción, distribución y comercialización de dichos insumos hasta el máximo de su capacidad instalada, y arbitrar los medios para asegurar su distribución y provisión a la población y entidades de salud.

También, cabe señalar que el decreto 287/20, incorporó al decreto 260/20 el art. 15 bis, que suspendió por el plazo que dure la emergencia, el último párrafo del artículo 1º de la ley de abastecimiento 20.680 (B.O. 25/6/1974), que exceptuaba de dicho régimen a los agentes económicos considerados micro, pequeñas o medianas empresas.

⁷ Art. 7°.

⁸ Art. 9°.

 $^{9\} Decreto\ 274/20\ (B.O.\ 16/3/2020).\ La\ norma\ fue\ prorrogada\ por\ los\ decretos\ 331/20\ (B.O.\ 1/4/2020),\ 365/20\ (B.O.\ 11/4/2020)\ y\ 409/20\ (B.O.\ 26/4/2020).$

y a los nacionales con residencia en el exterior¹⁰. En la misma línea, a finales del mes de abril, mediante una resolución de la Administración Nacional de Aviación Civil se estableció que las líneas aéreas que operan servicios de transporte aéreo de pasajeros desde, hacia o dentro del territorio nacional, podrían comercializar pasajes aéreos con fecha de inicio de operaciones a partir del 1/9/2020¹¹. Esto implica prácticamente la imposibilidad de salir del territorio o que quienes se encuentren fuera no puedan ingresar.

Por su parte, el decreto de necesidad y urgencia 297/20¹², estableció para todas las personas que habitan en el país o que se encuentren en él en forma temporaria, la medida de "aislamiento social, preventivo y obligatorio", con vigencia desde el 20 hasta el 31 de marzo, pudiéndose prorrogar este plazo por el tiempo que se considere necesario en atención a la situación epidemiológica¹³. Ante el incumplimiento del aislamiento, la norma prevé que debe procederse de inmediato a hacer cesar la conducta infractora y dar actuación a la autoridad competente, en el marco de los arts. 205, 239 y concordantes del Código Penal¹⁴.

De este modo, se dispuso que durante la vigencia del "aislamiento social, preventivo y obligatorio" no podrían realizarse eventos culturales, recreativos, deportivos, religiosos, ni de ninguna otra índole que impliquen la concurrencia de personas. A su vez, se suspendió la apertura de locales, centros comerciales, establecimientos mayoristas y minoristas, y cualquier otro lugar que requiera la presencia de personas¹⁵.

Por supuesto, la norma fijó una serie de excepciones. Así, estableció que quedaban exceptuadas del cumplimiento del aislamiento y de la prohibición de circular, las personas afectadas a las actividades y servicios declarados esenciales en la emergencia que la norma detalla, poniendo de relieve que los desplazamientos debían limitarse al estricto cumplimiento de esas actividades y servicios¹⁶.

La implementación y el combate frente al Coronavirus conllevan un esfuerzo federal. Así, el decreto dispuso que las provincias, la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y los municipios debían dictar las medidas necesarias para implementar lo dispuesto en él,

¹⁰ Decreto 313/20 (B.O. 27/3/2020).

¹¹ Resolución 133/20 (B.O. 27/4/2020).

¹² B.O. 18/3/2020. El aislamiento fue prorrogado por los decretos 325/20 (B.O. 31/3/2020), 355/20 (B.O. 11/4/2020), 408/20 (B.O. 26/4/2020), 459/20 (11/5/2020), 493/20 (B.O. 25/5/2020), 520/20 (B.O. 8/6/2020) y 576/20 (B.O. 29/6/2020). Este último, dispuso también el "distanciamiento social, preventivo y obligatorio" para todas las personas que residan o transiten en aglomerados urbanos, partidos y departamentos de las provincias argentinas que posean ciertos parámetros epidemiológicos y sanitarios.

En la misma línea, la Corte Suprema mediante acordada 6/20 (B.O. 26/3/2020) dispuso feria extraordinaria respecto de todos los tribunales federales y nacionales y demás dependencias que integran este Poder Judicial de la Nación, desde el 20 hasta el 31 de marzo de 2020, indicando que la misma se extendería por igual plazo que el que Poder Ejecutivo Nacional pudiera disponer su prórroga. La feria extraordinaria fue prorrogada por las acordadas 8/20, 10/20, 13/20, 14/20, 16/20, 18/20 y 25/20. Las acordadas 12/20 y 14/20 permitieron que los distintos tribunales nacionales federales que tengan a su cargo la superintendencia de cada fuero jurisdicción puedan ampliar las materias a ser consideradas por aquellos tribunales durante la feria extraordinaria. A su vez, la acordada 14/20 aprobó el "Protocolo y pautas para la tramitación de causas judiciales durante la feria extraordinaria", el "Protocolo referido a la convocatoria de funcionarios y empleados", el "Protocolo para formular consultas en el Poder Judicial" y el "Protocolo de medidas de prevención, higiene y seguridad para el Poder Judicial de la Nación por la pandemia de Covid-19". Asimismo, mediante las acordadas 17/20, 19/20, 20/20 y 23 en ciertas jurisdicciones se dispuso el levantamiento de la feria judicial.

¹³ Art. 1°.

¹⁴ Art. 4°. El art. 205 del Código Penal dispone lo siguiente: "Será reprimido con prisión de seis meses a dos años, el que violare las medidas adoptadas por las autoridades competentes, para impedir la introducción o propagación de una epidemia". Por su parte, el art. 239 determina: "Será reprimido con prisión de quince días a un año, el que resistiere o desobedeciere a un funcionario público en el ejercicio legítimo de sus funciones o a la persona que le prestare asistencia a requerimiento de aquél o en virtud de una obligación legal".

¹⁵ Art. 5°

¹⁶ Art. 6°. La norma permitió que el Jefe de Gabinete de Ministros, en su carácter de coordinador de la "Unidad de Coordinación General del Plan Integral para la Prevención de Eventos de Salud Pública de Importancia Internacional" y con recomendación de la autoridad sanitaria podría ampliar o reducir las excepciones dispuestas.

como delegados del gobierno federal, conforme lo establece el art. 128 de la Constitución Nacional, sin perjuicio de otras medidas que deban adoptar tanto las provincias, como la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, como los municipios, en ejercicio de sus competencias propias¹⁷.

Estas normas fueron complementadas por otros decretos, decisiones administrativas, resoluciones y disposiciones de diversos organismos, como las que dispusieron la abstención del corte de servicios en caso de mora o falta de pago¹⁸, la suspensión de cierre de cuentas bancarias por determinado plazo por librar cheques sin fondos¹⁹, el congelamiento del valor de las cuotas de créditos hipotecarios y la suspensión de las ejecuciones hipotecarias²⁰, la suspensión de desalojos, la prórroga de los contratos de locación y congelamiento del precio de alquileres²¹, la suspensión del deber de asistencia al lugar de trabajo con goce íntegro de las remuneraciones²², la prohibición de los despidos sin justa causa y por las causales de falta o disminución de trabajo y fuerza mayor, así como las suspensiones por dichos motivos²³, la suspensión del dictado de clases presenciales en los niveles inicial, primario, secundario en todas sus modalidades, e institutos de educación superior²⁴. También se dictaron normas con incidencia en el procedimiento administrativo, como las que dispusieron la suspensión de los plazos²⁵ y la admisión de efectuar contrataciones directas en la administración pública²⁶. A su vez, se modificó el Presupuesto General de la Administración Nacional para el ejercicio 2020 y se suspendió durante el mismo ejercicio, para aquellas modificaciones presupuestarias necesarias en virtud de medidas dictadas en el marco de las disposiciones del decreto 260/20, la aplicación de los límites a las reestructuraciones presupuestarias que puede disponer el Jefe de Gabinete de Ministros establecidos en la ley de Administración Financiera y de los Sistemas de Control del Sector Público Nacional²⁷.

Se ha puesto de relieve también que, para enfrentar la pandemia, los gobiernos realizan "vigilancia digital", que incluye el control mediante las cámaras de televisión, de los celulares, drones, big data y la inteligencia artificial, permiten tener información sobre los movimientos de cada individuo (Lorenzetti, 2020a, 2020b).

III. La restricción más intensa de derechos constitucionales en épocas de emergencia La pandemia generará una serie de cambios a nivel mundial en todo tipo de órdenes. En efecto, Snowden (2019: 2-7) –quien, pocos meses antes de la crisis generada por el coronavirus expresó que la sociedad moderna es extremadamente vulnerable al desafío de una pandemia– señala que las enfermedades infecciosas son tan importantes para comprender el desarrollo social como las crisis económicas, las guerras, las revoluciones y el cambio demográfico. En este sentido, refiere que las epidemias han impactado no

¹⁷ Art. 10.

¹⁸ Decreto 311/20 (B.O. 25/3/2020).

¹⁹ Decreto 312/20 (B.O. 25/3/2020).

²⁰ Decreto 319/2020 (B.O. 29/3/2020).

²¹ Decreto 320/2020 (B.O. 29/3/2020).

²² Decreto 297/20, art. 8º y resolución del Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social 202/20 (B.O. 14/3/2020).

²³ Decreto 329/20 (B.O. 31/3/2020).

²⁴ Resolución del Ministerio de Educación 108/20 (B.O. 16/3/2020).

²⁵ Decreto 298/2020 (B.O. 20/2/2020).

²⁶ Art. 15 ter del decreto 260/20, incorporado por el decreto 287/20. Ver al respecto la Decisión administrativa 409/2020 (B.O. 18/3/2020) y la disposición de la Oficina Nacional de Contrataciones 48/20 (B.O. 20/3/2020).

²⁷ Decreto 427/20 (B.O. 11/5/2020).

sólo en la vida de las personas, sino también en la religión, las artes, el surgimiento de la medicina moderna y la salud pública, y la historia de las ideas.

La crisis del Coronavirus ha producido que la totalidad de las relaciones jurídicas se vea impactada por la acción estatal a escala global. Las nociones de propiedad, comercio y contrato, las relaciones interpersonales, y aun las de familia, se ponen en cuestionamiento (Vítolo, 2020). Así, la pandemia ha generado una gran restricción de derechos, incluso en las relaciones privadas (Mazzinghi, 2020). Esta crisis se da también en un contexto económico crítico de la economía Argentina, por lo que es esperable que se dicten nuevas medidas en este sentido, con sustento en la doctrina de emergencia (Schurig, 2020).

Ahora bien, para analizar el marco en el cual fueron dictadas las normas mencionadas, cabe distinguir en el derecho constitucional las situaciones de normalidad y las situaciones de excepción. En efecto, como lo ha destacado el jurista español Cruz Villalón (1984: 17-19), la Constitución configura un determinado proyecto en relación con una situación considerada normal y previsible. Sin embargo, aquella norma puede verse súbitamente confrontada con una situación distinta, no prevista, por lo que la Constitución puede encontrarse en una situación de no poder asegurar su propia eficacia. Frente a estas situaciones, las Constituciones incorporan a su ordenamiento un modo alternativo de organización del poder que supone la negación temporal del orden constitucional en principio previsto, pero la cual tiene al menos dos ventajas. Por un lado, mantiene la eficacia formal de la Constitución como Constitución "alternativa" de emergencia, evitando la imposición de la fuerza normativa de lo fáctico. Por otro lado, facilita la vuelta ordenada a la Constitución ordinaria o "legítima".

Así las cosas, hay que distinguir los "eventos o situaciones de emergencia" y los "institutos de emergencia". Los primeros, son acontecimientos reales o fácticos, eventos que perturban el orden constitucional con carácter de emergencia. En cambio, los institutos de emergencia, son creaciones del derecho que importan medidas de prevención, seguridad y remedio para contener, atenuar o subsanar las emergencias (Bidart Campos, 1995: 301). En lo que respecta a las prescripciones constitucionales con relación a los institutos de emergencia, cabe señalar que si bien la gama de emergencias es muy variada²⁸, la Constitución, hasta la reforma de 1994, siempre reguló uno sólo: el estado de sitio, aplicable a las emergencias de la guerra (ataque exterior) y a la conmoción interior, en su art. 23. A su vez, otros autores, sostienen que puede incluirse dentro de los institutos de emergencia a la intervención federal, prevista en el art. 6 de la Constitución, que procede para garantizar la forma republicana de gobierno, o repeler invasiones exteriores, y a requisición de sus autoridades constituidas para sostenerlas o restablecerlas, si hubiesen sido depuestas por la sedición, o por invasión de otra provincia (Dalla Vía, 2002: 40-41). En la misma línea, Gelli (2008: t. l, 390) sostiene que el estado de sitio, junto con la intervención federal, constituyen las respuestas institucionales, regladas por la Constitución nacional, ante emergencias de carácter político. Afirma, a su vez, que luego de la reforma de 1994 se admitieron dos tipos más de emergencias, las que dan lugar a la delegación legislativa y las que autorizan el dictado de decretos de necesidad y urgencia. Así podríamos decir que hay cuatro institutos de excepciones. Dos existentes desde la Constitución de 1853/60, la intervención federal y el estado de sitio; y dos incorporados

²⁸ Sin perjuicio de los institutos de excepción que más adelante se abordarán, Sacristán (2014) enumera diversos institutos que integran las "medidas de emergencia", entre los que menciona el estado de asamblea, la ley marcial, las facultades extraordinarias o suma del poder público, el estado de prevención y de alarma, el estado de guerra interno, y la revolución.

en la reforma constitucional de 1994, la delegación legislativa y los decretos de necesidad y urgencia, aunque ya habían sido admitidos con anterioridad por la jurisprudencia de la Corte Suprema.

A su vez, en lo que respecta a las características que poseen los institutos de emergencia, se distinguen dos características fundamentales. Por un lado, acrecientan ciertas competencias del poder, reforzando algún órgano de gobierno. Por el otro, originan una restricción a las libertades, derechos y garantías individuales (Bidart Campos 1995: 301; Padilla, 2002; Loianno, 2005; Gross y Ní Aoláin, 2006; Jakab, 2006; Diana, 2020). Esto es precisamente lo que ocurre en esta emergencia sanitaria, en la cual el Poder Ejecutivo ha reforzado su poder, dictando numerosas normas y delegando también facultades en diversos organismos de la Administración Pública. A su vez, se han restringido numerosos derechos constitucionales. Pensemos que con la adopción de estas normas no se pueden realizar actividades tan elementales como transitar por la calle, abrir las puertas de un comercio, ir al colegio, asistir a un recital, un partido de fútbol o a una ceremonia religiosa, o salir a correr por un parque, cuestiones que las normas comentadas vedan.

Así, en el centro de la cuestión se encuentra el art. 19 de la Constitución nacional, según el cual "las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados". De este modo, en la medida que exista el riesgo razonable que una persona pueda contagiar el nuevo Coronavirus, su accionar deja de ser privada, y se admite la intervención estatal.

Ahora bien, cabe señalar que aun en tiempos normales los derechos reconocidos constitucionalmente no son absolutos, sino que están sujetos a las leyes que reglamenten su ejercicio²⁹, siempre que aquella reglamentación sea razonable³⁰. Así, se ha definido al poder de policía como la facultad del Estado de limitar el ejercicio de los derechos individuales para asegurar determinadas finalidades con el consiguiente efecto de limitar los derechos individuales para hacer efectivos esos objetivos concretos. Se distingue un concepto restringido ("narrow") de poder de policía, de origen europeo, que comprende la seguridad, salubridad o moralidad y un concepto amplio ("broad") de origen norteamericano, que agrega el bienestar general (Hernández, 2004: 358). La Corte Suprema en sus comienzos ya definió el poder de policía³¹. Sobre el poder de policía restringido, en el precedente "Plaza de Toros" el máximo tribunal sostuvo que "es un hecho y también un principio de derecho constitucional, que la policía de las provincias está a cargo de sus gobiernos locales, entendiéndose incluido en los poderes que se han reservado el de proveer lo conveniente a la seguridad, salubridad y moralidad de sus vecinos; y que, por consiguiente, pueden lícitamente dictar leyes y reglamentos con estos fines, no habiéndose garantido por el art. 14 de la Constitución nacional a los habitantes de la República el derecho absoluto de ejercer su industria o profesión, sino con sujeción a las leyes que reglamentan su ejercicio"32. Un precedente que ha vuelto a tener una gran actualidad es

²⁹ Art. 14 CN: "Todos los habitantes de la Nación gozan de los siguientes derechos conforme a las leyes que reglamenten su ejercicio...". Por su parte, el art. 99, inc. 2 CN establece que el Presidente "Expide las instrucciones y reglamentos que sean necesarios para la ejecución de las leyes de la Nación, cuidando de no alterar su espíritu con excepciones reglamentarias".

³⁰ Art. 28 CN: "Los principios, garantías y derechos reconocidos en los anteriores artículos, no podrán ser alterados por las leyes que reglamenten su ejercicio".

³¹ CSJN, "Varios Puesteros Próximos al Mercado del Centro c/ El empresario del mismo mercado, el Dr. García Juan Agustín por varios puesteros c/ concesionarios del 'Mercado' Independencia', 8/11/1866, Fallos: 3:468.

³² CSJN, "La Empresa 'Plaza de Toros', quejándose por un decreto expedido por el Gobierno de Buenos Aires", 13/4/1869, Fallos: 7:150.

el precedente "Saladeristas", por el cual la Corte Suprema convalidó la suspensión dispuesta por la legislatura de la provincia de Buenos Aires de las faenas de los saladeros situados en el Riachuelo de Barracas, pues eran "una amenaza constante a la salud pública en las condiciones en que se les explotaba". De este modo, adujo que no podía señalarse que se violaba el derecho de propiedad y el ejercicio de una industria lícita, pues según la Constitución, esos derechos estaban sujetos a las leyes que reglamentan su ejercicio, y que nadie tenía el derecho de propiedad, para usar de ésta en daño de otro³³.

Con posterioridad, en el precedente "Russo", la Corte Suprema admitió el poder de policía de emergencia, el cual supone como presupuesto de hecho, "una situación de emergencia, es decir, la existencia de una crisis o bien de un grave trastorno social originado por acontecimientos físicos, políticos, económicos, etc. Ante la imperiosa necesidad de afrontar los daños o riesgos creados por esa situación de emergencia y de borrar o mitigar sus efectos, la potestad reglamentaria del Congreso, a la que se refiere el art. 14, se hace más amplia y profunda y, por lógica derivación, da origen a una mayor injerencia del Estado en el régimen de los derechos humanos. Operase, pues, una intensificación del poder estatal y resultan constitucionalmente válidos medios o procedimientos que en circunstancias normales no lo serían. No se trata de que la emergencia cree un nuevo poder; simplemente autoriza a ejercer con mayor energía un poder ya existente. Acontecimientos extraordinarios, ha dicho esta Corte, demandan remedios también extraordinarios. Y es indispensable que así sea, por cuanto si estos últimos no se adoptaran no sólo habría interés público insatisfecho, como ocurre cada vez que el poder de policía es usado de modo ineficiente, sino que además existiría una comunidad grave y hondamente perturbada, lo que podría comportar uno de los más graves peligros a que está expuesto el Estado democrático: el de su fracaso como custodio de la paz social y del bienestar colectivo"34.

Así las cosas, como lo ha señalado el máximo tribunal en numerosos pronunciamientos, el poder de policía de emergencia no nace fuera de la Constitución Nacional sino dentro de ella³⁵, por lo que en determinados casos es posible el ejercicio del poder del Estado en forma más enérgica que la admisible en períodos de sosiego y normalidad³⁶, ya que acontecimientos extraordinarios justifican remedios extraordinarios³⁷.

Sin embargo, como bien ha señalado Marienhoff (2010: 1605-1607), el poder de policía en modo alguno constituye una potestad estatal absoluta o ilimitada, toda vez que aquello contrariaría los postulados del Estado de Derecho. Por el contrario, el autor afirma que cuando se reglamenta un derecho de índole constitucional se debe supeditar el ejercicio de ese derecho a un criterio razonable, pero que en modo alguno significa cercenar o "suprimir" el ejercicio del derecho respectivo. Por lo tanto, el hecho de que se reconozca un poder de policía amplio no implica que su ejercicio sea ilimitado, ya que incluso en el amplio sistema americano ("broad and plenary") dicho poder "tiene por fronteras los derechos constitucionales del individuo".

³³ CSJN, "Los Saladeristas Podestá, Bertram, Anderson, Ferrer y otros contra la provincia de Buenos Aires; sobre indemnización de daños y perjuicios", 14/5/1887, Fallos 31:273.

³⁴ CSJN, "Russo, Angel y otra c/ C. de Delle Donne E.", 15/5/1959, Fallos: 243:467, voto de los doctores Araoz de Lamadrid y Oyhanarte, considerando 4.

³⁵ CSJN, "Rinaldi, Francisco Augusto y otro c/ Guzman Toledo, Ronal Constante y otra s/ Ejecución hipotecaria", 15/3/2007, Fallos: 330:855.

³⁶ CSJN, "Vicente Martini e Hijos, S.R.L Infac. Ley 12.591", 27/12/1944, Fallos: 200:450.

³⁷ CSJN, "Juan Domingo Perón", 21/6/1957, Fallos: 238:76.

Ahora bien, ¿cuáles son las pautas que aseguran la validez de estas normas de emergencia? Las condiciones mínimas de validez constitucional que han de reunir los institutos y medidas de emergencia pueden resumirse en las siguientes: a) la efectiva existencia de una situación de emergencia declarada por órgano competente; b) una finalidad de interés social y público; c) la transitoriedad de la regulación excepcional, es decir, sujeta a un plazo; d) la razonabilidad del medio elegido, o sea proporción y adecuación entre la medida dispuesta, el fin perseguido, y los motivos y causas que dan origen a la medida de emergencia (Bidart Campos, 2000:352)³⁸. El control sobre el cumplimiento de estos requisitos le compete al Poder Judicial, a fin de que pueda asegurar la vigencia de los derechos y el respeto a la supremacía constitucional.

IV. Estado de sitio o decretos de necesidad y urgencia

Habiendo afirmado la facultad del Estado de dictar normas de excepción ante circunstancias excepcionales, cabe referirse expresamente al medio escogido para declarar la emergencia sanitaria en Argentina, es decir, un decreto de necesidad y urgencia. En efecto, algunos autores se han expresado en el sentido que el Poder Ejecutivo debería haber declarado el estado de sitio (Ramírez Calvo, 2020), mientras otros se han expresado en contra de esa posibilidad (Boico, 2020; Cao, 2020). Sin perjuicio de lo expuesto, se ha apuntado que estamos frente a un "estado de sitio virtual", en tanto se han restringido prácticamente todos los derechos constitucionales, desde el derecho a trabajar hasta el derecho de ejercer libremente el culto (Ibarlucía, 2020).

El art. 23 de la Constitución nacional dispone que "[e]n caso de conmoción interior o de ataque exterior que pongan en peligro el ejercicio de esta Constitución y de las autoridades creadas por ella, se declarará en estado de sitio la provincia o territorio en donde exista la perturbación del orden, quedando suspensas allí las garantías constitucionales. Pero durante esta suspensión no podrá el presidente de la República condenar por sí ni aplicar penas. Su poder se limitará en tal caso respecto de las personas, a arrestarlas o trasladarlas de un punto a otro de la Nación, si ellas no prefiriesen salir fuera del territorio argentino".

Habría que determinar si esta crisis sanitaria quedaría comprendida dentro del supuesto de "conmoción interior". Debe tenerse presente que no basta sólo esta circunstancia, sino que esta situación debe, por un lado, poner en peligro el ejercicio de la Constitución y de las autoridades creadas por ella y, por el otro, debe existir perturbación del orden. Considero que, al menos en las actuales circunstancias en las que se encuentra el país, es dudoso que se reúnan todos estos requisitos en el caso de la pandemia del Covid-19, más aún cuando, si nos atenemos a la literalidad del texto constitucional, la norma señala que el poder del Presidente respecto de las personas se limita a "arrestarlas o trasladarlas de un punto a otro de la Nación...".

Es cierto que otros países, como España, han acudido a otros institutos de excepción y no al dictado de decretos de necesidad y urgencia. Sin embargo, cabe señalar que en aquel país no se acudió al dictado de un decreto-ley, sino que se declaró el estado de alarma, previsto en el art. 116.2 de la Constitución Española el cual está previsto, entre otros supuestos, expresamente para "crisis sanitarias, tales como epidemias y situaciones de contaminación graves"³⁹.

³⁸ En sentido coincidente con las pautas enunciadas en relación con la emergencia económica por la Corte Suprema, en el precedente "Avico, Oscar Agustín c/ de la Pesa, Saúl G.", 7/12/1934, Fallos: 172:21, reiteradas de forma constante por la Corte Suprema hasta la actualidad.

³⁹ La doctrina española ha señalado que a diferencia de los estados de excepción, de alarma y de sitio, el presupuesto habilitante para los decretos-leyes es

De este modo, teniendo en cuenta los distintos institutos de excepción contemplados en la Constitución, creo que es admisible que se utilice un decreto de necesidad y urgencia para combatir una emergencia como la suscitada por el Covid-19. Nótese la amplitud con que está redactado el texto constitucional al admitir este tipo de decretos: "Solamente cuando circunstancias excepcionales hicieran imposible seguir los trámites ordinarios previstos por esta Constitución para la sanción de las leyes (...) podrá dictar decretos por razones de necesidad y urgencia". Además, el término "conmoción interior" no es tan específico como, por ejemplo, las disposiciones previstas en el art. 116.2 de la Constitución española para el estado de alarma. Por ende, creo que no podría impugnarse la norma comentada por no ser el instrumento apto para combatir la pandemia.

V. ¿Puede ampliarse una emergencia pública declarada por el Congreso a través de un decreto de necesidad y urgencia?

En primer lugar, cabe expresarse respecto de las facultades que invocaron los decretos de necesidad y urgencia para su dictado. En ambos se expresó que la medida "se dicta en uso de las atribuciones conferidas por el artículo 99, incisos 1 y 3 de la Constitución Nacional", es decir como decretos autónomos, y como decretos de necesidad y urgencia. Si bien resulta evidente que ambos tipos de decretos no se identifican, se podría justificar la mención del art. 99, inc. 1° en que hay ciertas prescripciones del decreto que son propias del Presidente.

Sin embargo, cabe destacar que el decreto 260/20, en su art. 1°, amplía "la emergencia pública en materia sanitaria establecida por Ley N° 27.541"40. Como señalé antes, la reforma constitucional introdujo dos institutos de excepción nuevos. Por un lado, la posibilidad que el Congreso declare una "emergencia pública" y delegue determinadas facultades al Poder Ejecutivo, o bien que el Poder Ejecutivo, sin intervención previa del Congreso, dicte un decreto con fuerza de ley. Pero lo que no puede hacer el Presidente es ampliar una "emergencia pública", pues precisamente es al Congreso a quien le corresponde declarar las características de la "emergencia pública" y delegar dentro de determinadas bases y dentro de un plazo facultades al Poder Ejecutivo. El Presidente no podría "auto-delegarse" funciones legislativas. Considero que la ampliación dispuesta constituye un exceso de facultades. Es cierto que la ley 27.541 declaró la emergencia "sanitaria", pero aquella emergencia nada tiene que ver con la crisis generada por el Covid-19. En efecto, la doctrina ha precisado que cuando el art. 76 de la Constitución utiliza el término "determinadas" está usado en la acepción de "precisadas", por lo que el artículo prohíbe una delegación legislativa sobre una materia genérica o ambigua (Gelli, 2008: t. II, 269). Por lo tanto, al tratarse de una emergencia sanitaria distinta, el Ejecutivo se encontraba facultado para dictar un decreto de necesidad y urgencia, pero no para ampliar una emergencia pública en el marco de una delegación, pues el Poder Legislativo es el único que puede fijar las materias -especificadas en la Constitución- sobre las cuales quiere delegar determinadas facultades al Ejecutivo.

una "anormalidad de tono menor" (De Otto, 1988: 197). Sobre los diversos estados de excepción en España y su relación con el presupuesto habilitante de los decretos-leyes, ver Ylarri, 2019a: 59.

⁴⁰ A modo de ejemplo, cabe mencionar que en los considerandos del decreto 319/20 se indica que la norma "se dicta en el marco de la emergencia pública en materia económica, financiera, fiscal, administrativa, previsional, tarifaria, energética, sanitaria y social establecida por la Ley N° 27.541, la ampliación de la emergencia sanitaria dispuesta por el Decreto N° 260/20 y su modificatorio...". A su vez, en los considerandos del decreto 320/20 se sostiene que "por el Decreto N° 260 del 12 de marzo de 2020 se amplió en nuestro país la emergencia pública en materia sanitaria establecida por la Ley N° 27.541, por el plazo de UN (1) año. en virtud de la pandemia declarada".

VI. Cooperación internacional, regional y federal

El esfuerzo para salir de esta crisis requiere de cooperación internacional. Al respecto, la Corte Interamericana, en la Declaración 1/20 ha expresado que los problemas y desafíos extraordinarios que ocasiona la presente pandemia deben ser abordados a través del diálogo y la cooperación internacional y regional conjunta, solidaria y transparente entre todos los Estados. Resaltó que el multilateralismo es esencial para coordinar los esfuerzos regionales para contener la pandemia.

En la misma línea, ante esta situación extraordinaria, la doctrina se ha planteado la necesidad de adoptar soluciones globales, políticas, planes, instituciones y normativas de carácter supranacional (Cafferata, 2020). Así, la crisis ha movilizado a distintos organismos a nivel internacional para procurar combatir la pandemia (Medina, G. y Yuba, G., 2020). Desde la misma óptica, y teniendo en cuenta nuestra forma federal de Estado, se ha puesto de manifiesto la necesidad de que los cuatro niveles de gobierno –federal, provincias, Ciudad de Buenos Aires y municipios– tengan el mejor funcionamiento posible, pues todos tienen competencia en materia de salud (Hernández, 2020a: 24). Por lo tanto, se ha sostenido que esta emergencia no puede llevar a convertirnos en un estado unitario, donde cesen las autonomías de las Provincias, la Ciudad de Buenos Aires y los municipios. En efecto, más allá del cumplimiento de los decretos 260/20 y 297/20, deben ejercitarse adecuadas relaciones interjurisdiccionales entre los diversos Gobiernos, que integran el Estado Federal (Hernández, 2020b).

Así las cosas, en cuanto al poder de policía concurrente en materia de emergencia sanitaria, se ha precisado que los municipios pueden ser más severos en tanto no interfieran sobre el interés nacional (Machiaro, 2020). Sin embargo, respecto de la aplicación de la ley de abastecimiento, la doctrina ha puesto de manifiesto los límites a la intervención de los municipios. Sobre la cuestión, Castro Videla y Maqueda (2020) sostienen que los destinatarios de las facultades de regulación, fiscalización y sanción en el régimen de la ley de abastecimiento deberían ser exclusivamente entes u órganos de la jurisdicción "provincial" o "nacional", según corresponda, sin que puedan transferirse al nivel municipal.

Por otro lado, de más está decir que aquellas disposiciones de los entes locales no deben violar la Constitución. En este sentido, cabe mencionar una resolución conjunta de la Ciudad de Buenos Aires que dispuso que las personas de setenta años o más debían comunicarse previamente con el servicio de atención ciudadana a los efectos de garantizar el conocimiento de todas las alternativas puestas a disposición por parte de la Ciudad, para evitar que aquellas personas salgan innecesariamente de su domicilio. La mencionada norma fue declarada inconstitucional por el Poder Judicial, en el entendimiento que violaba el derecho a la igualdad⁴¹. Más allá de ello, acertadamente la doctrina ha apuntado que medidas de esa índole deben formularse, como principio, por norma con rango y naturaleza de ley, nunca por resolución ministerial (Sagüés, 2020).

VII. El rol del Congreso en la emergencia

Una cuestión sumamente relevante en esta crisis sanitaria es la ausencia prolongada del Poder Legislativo⁴². Al respecto, la doctrina ha puesto de relieve que la falta de funcionamiento del Congreso, constituye una cuestión de gravedad institucional que agrava

⁴¹ Juzgado de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad de Buenos Aires Nº 14, "Lanzieri, Silvano c/ GCBA s/ Amparo – Otros", Causa N° 3045/2020-0, 20/4/2020.

⁴² Téngase presente que ambas Cámaras del Congreso retomaron sus respectivas sesiones, desde el comienzo de la crisis sanitaria, el 13 de mayo.

hondamente la realización de la democracia republicana y federal. Acertadamente se ha señalado que frente a la complejidad de la pandemia, con sus múltiples problemas no sólo sanitarios, sino también políticos, económicos, sociales, institucionales, éticos e internacionales, no se puede prescindir del necesario debate y deliberación del órgano que representa la legitimidad popular en su más amplia expresión. Así, se ha indicado que la unión nacional que se necesita frente a tan grave desafío no debe implicar un pensamiento único y centralista, sino la expresión plural de la sociedad abierta, para alcanzar el mayor consenso democrático posible en la emergencia. Por el contrario, resulta fundamental que sesione el Congreso, que con sus dos Cámaras, representa al pueblo de la Nación y de las Provincias (Hernández, 2020b).

En esta línea, se ha sostenido que aunque los Poderes Ejecutivos sean los órganos que en la instancia tengan mayores competencias para afrontar la situación excepcional, ello no significa que el Congreso y los otros cuerpos legislativos dejen de cumplir sus roles para la aprobación y control de las medidas basadas en los institutos de emergencia utilizados (Hernández, 2020a: 24). En la misma línea, Sabsay (2020) señala que no se justifica que el Presidente continúe tomando decisiones de altísima importancia institucional, pues tienen que ver con la organización del Estado, con su régimen económico con efectos directos sobre los derechos de las personas, por defecto del Legislativo.

Sobre el rol del Congreso en esta emergencia, no puedo dejar de referirme a la consulta realizada por la Presidencia del Senado a la Corte Suprema. Cristina Fernández, en su carácter de Presidenta del Honorable Senado de la Nación, promovió una acción declarativa de certeza a fin de que se despeje el estado de incertidumbre respecto a la validez legal de sesionar mediante medios virtuales o remotos en el contexto de la emergencia sanitaria ocasionada por el Covid-19. Solicitó que la petición se examinara a la luz de la doctrina de gravedad institucional, pues estaba comprometida la posibilidad de funcionamiento de uno de los tres poderes que conformaban el Estado Argentino.

La acción iniciada por la Presidenta del Senado a la Corte Suprema, hizo recordar las preguntas remitidas en 1793 por Thomas Jefferson –cuando se desempeñaba como Secretario de Estado durante la primera presidencia de los Estados Unidos, a cargo de George Washington– a la Corte Suprema sobre la neutralidad norteamericana respecto de la guerra entre Francia e Inglaterra y la interpretación de ciertos tratados y leyes. Sin embargo, la Suprema Corte señaló que no podía dar respuesta a las preguntas formuladas, pues en caso de dar su opinión se violaría la separación de poderes⁴³.

Creo que la Corte Suprema argentina a la hora de resolver tenía tres alternativas: 1. Rechazar *in limine* la acción; 2. rechazar la acción pero, de todos modos, dejar sentada una postura a modo de *obiter dictum*; 3. admitir la acción y dar su opinión. La primera de ellas es la que desde el punto de vista de la técnica procesal correspondía, pues claramente no se configuraba el requisito de "caso" exigido desde antiguo por la Corte Suprema. La tercera de ellas, supondría romper de cuajo con una doctrina tradicional de la Corte Suprema, aunque para algunos constitucionalistas era lo más conveniente en términos de colaboración entre las ramas de gobierno, como referiré más adelante. El Máximo

⁴³ En efecto, se ha señalado que la prohibición de que la Suprema Corte dé opiniones consultivas ("advisory opinions") está en el centro de la Sección III de la Constitución americana, que establece que los tribunales se expiden siempre que exista un caso (Chemerinsky, 2015: 90-98). En este sentido, cabe puntualizar que una jurisprudencia constante de la Corte Suprema ha definido el concepto de caso como aquellas causas "en las que se persigue en concreto la determinación del derecho debatido entre partes adversas" ("Administración de Parques Nacionales c/ Neuquén Provincia del s/ acción declarativa de inconstitucionalidad", 20/4/2010, Fallos: 333:487).

Tribunal eligió la segunda postura. Rechazó la acción y, al mismo tiempo, afirmó que el Senado de la Nación "tenía todas las atribuciones constitucionales para interpretar su propio reglamento en cuanto a la manera virtual o remota de sesionar, sin recurrir a la Corte Suprema de Justicia de la Nación".

Considero que no es errada la postura adoptada por la Corte, pues señaló que no había caso pero, al mismo tiempo, y en atención a las especiales circunstancias que se están atravesando, dio su opinión al respecto "desde el punto de vista constitucional" –como ella expresó– dejando en claro que el Congreso no podía desatenderse de sus funciones esenciales. En efecto, precisó que la continuidad de la tarea de legislar del Congreso de la Nación resulta absolutamente esencial para el normal desarrollo de la vida constitucional de la Argentina⁴⁴. Así, manifestó que la parálisis causada por la pandemia "exige de las instituciones de la República el desarrollo de los mecanismos que sus autoridades consideren necesarios para asegurar la permanencia de sus tareas", reseñando de qué modo distintos congresos y parlamentos adoptaron diferentes formas para continuar con sus funciones y cumplir su rol constitucional⁴⁵.

El ministro Rosatti fue un poco más allá. A la vez que puntualizó que la acción no era de competencia de la Corte por no configurarse un caso, de modo más patente hizo alusión a las "consideraciones colaborativas" entre las ramas de gobierno. En efecto, adujo que "el principio de colaboración entre los poderes del Estado, que se invoca frente a la inédita situación planteada por la proyección de la pandemia en la vida institucional del país, justifica que [la] Corte –sin invadir competencias ajenas y sin prejuzgar a futuro– formule algunas consideraciones adicionales, recordando cuales han sido sus criterios jurisprudenciales". Asimismo, puso de manifiesto que la gravedad institucional no estaba en la incertidumbre que generaba la posibilidad de que el Congreso sesionara por medios virtuales, y en atención a esa gravedad la Corte se expida, sino precisamente en el hecho que el Senado, al no sesionar, dificultaba el procedimiento de sanción de las leyes y el funcionamiento de la Cámara de Diputados⁴⁶.

Por su parte, Rosenkrantz, adoptando el primer criterio apuntado, rechazó in limine la presentación. Para decidir de ese modo, recordó que la exigencia de un caso es una característica esencial de la estructura del Poder Judicial de la Nación y, como tal, de la división de poderes que establece la Constitución. De forma concordante, expresó que la doctrina de la gravedad institucional no podía ser jamás usada para deformar o eludir las exigencias a las que la intervención de la Corte está constitucionalmente supeditada⁴⁷.

⁴⁴ Considerando 8º.

⁴⁵ Considerando 9º

⁴⁶ En efecto, expresó que "la gravedad de la situación no deviene de la hipotética discusión sobre una ley tributaria que no ha sido aún presentada en la Cámara, que -por mandato constituciónal- debería ser impetrada en la Cámara de Diputados (artículo 52, Constitución Nacional) y que es, por tanto-al menos hasta el presente- de existencia conjetural, sino de la alegada falta de funcionamiento de una Cámara del Congreso.

Si una Cámara no sesiona no pueden sancionarse leyes de cualquier tipo, no solo las tributarias o cuyas materias no sean susceptibles de ser reguladas por Decreto de Necesidad y Urgencia. Por el contrario, no puede adoptarse ninguna ley formal. Si una Cámara no funciona dificulta o impide el funcionamiento de la otra (artículo 65 de la Constitución Nacional). Y no solo la sanción de leyes quedaría trunca, también la función de control sobre los otros dos poderes del Estado, que es una función esencial, en este caso, del H. Senado" (considerando 8°).

⁴⁷ Ver especialmente considerandos 6° y 7°.

De todos modos, podría decir que estoy de acuerdo con lo expuesto por la Corte Suprema, en la medida en que afirmó algo razonable, que lo podríamos enunciar en los siguientes términos: "ante una situación de emergencia, lo importante es que el Congreso siga funcionando, no cómo, ni dónde" (desde ya, siempre que se asegure un adecuado procedimiento). Pero ¿qué hubiese pasado, si la Corte, ateniéndose a un criterio "formalista irracional" -como denomina Gargarella (2020)- "colaboraba" afirmando que no serían válidas las formas virtuales de sesión del Congreso? En ese caso, se podría pensar que sería mejor que la Corte no complique la cuestión, guarde silencio, y solo se expida en casos concretos. Esta segunda cuestión, hace reflexionar, en definitiva, que la decisión adoptada por la disidencia parcial tampoco es errada.

Es interesante destacar la visión de Gargarella (2020) sobre la cuestión, pues difiere de la mayoría de la doctrina que destaca que claramente la Corte no era competente para expedirse sobre la cuestión. El autor apunta que si bien era innecesaria, no era incorrecto que la Corte se pronuncie. Sobre la primera cuestión, la necesidad del inicio de la acción, el autor contrapone el constitucionalismo democrático y lo que llama "formalismo irracional", que designa a la postura que se inclina por el sometimiento del derecho a las formas aun cuando, por situaciones excepcionales, tales formas amenacen con socavar o quebrantar los principios sustantivos a los que dichas formas venían a servir. Para graficar la cuestión, pone el ejemplo de que el Congreso fuera bombardeado por un ejército enemigo, y se viera por tanto obligado a funcionar fuera de su lugar habitual, o forzado a saltear alguna práctica tradicional. Afirma que sería ridículo e irresponsable impugnar los esfuerzos que haga el Congreso para -a pesar de la tragedia- seguir deliberando, de un modo respetuoso de los principios democráticos que dan sentido a su accionar. En cuanto a la segunda cuestión, sobre si la Corte debía expedirse o no, se expresa de modo afirmativo. Su opinión se asienta en que su concepción democracia se asienta en el "diálogo" o la "conversación" colectiva, que incluye que se lleve a cabo entre las distintas ramas de poder. Precisa que esa "conversación" debe ponerse al servicio de la imparcialidad de las decisiones, apoyándose en la ayuda mutua y la cooperación entre las distintas ramas del poder.

Dejando de lado las cuestiones suscitadas en el precedente mencionado, cabe advertir que en las últimas décadas, el Poder Legislativo ha dejado el protagonismo en la producción normativa para combatir emergencias económicas y sociales al Poder Ejecutivo. Así, las medidas adoptadas no han sido leyes formales, con la debida publicidad y deliberación que acompañan estas normas, sino delegaciones o decretos de necesidad y urgencia (Ylarri, 2019b). De este modo, creo que a pesar de los recaudos que hay que adoptar para evitar la propagación del virus, el Poder Legislativo debe tener un rol preponderante en la toma de decisiones. Su accionar no debe limitarse al control que le compete sobre los decretos de necesidad y urgencia, conforme lo establece la ley 26.122, sino también en la deliberación de medidas a adoptar para solucionar las crisis en que nuestro país se encuentra sumergido hace casi un siglo.

Es por ello que las soluciones a la pandemia no deben esperarse de las buenas decisiones que pueda a llegar a encontrar un Presidente, sino institucional, pues, aun en emergencia, debe prevalecer un gobierno de leyes y no de hombres⁴⁸. La forma más efectiva de combatir la pandemia no se limita a aumentar la discrecionalidad del Ejecutivo, sino en respetar los procedimientos establecidos constitucionalmente. Holmes (2004: 303-304) hace una comparación muy clara respecto de las decisiones adoptadas durante emergencias con los protocolos que siguen los médicos en situaciones de emergencia. Pone de relieve que estos últimos, aun cuando una vida está en juego, siguen estrictos protocolos de cómo actuar, que lleva tiempo su aplicación, pero evitan caer en equivocaciones. Del mismo modo, destaca la importancia de que aun en emergencia existan reglas y procedimientos claros, pues las reglas no funcionan siempre y exclusivamente como restricciones que inhabilitan, sino que pueden servir como pautas estables, que permiten enfocarse en el propósito, recordar los objetivos a largo plazo y los peligros colaterales que de otro modo podrían pasar desapercibidos en una crisis urgente.

VIII. El adecuado control judicial

Así como es de suma relevancia institucional que el Congreso ejerza las funciones que constitucionalmente tiene asignadas, es muy importante el adecuado control judicial sobre las medidas que se están adoptando.

Sobre la cuestión, me remito a lo expuesto en otro trabajo (Ylarri, 2020). Ahora bien, ¿qué han dicho los tribunales sobre las medidas adoptadas? Sobre la medida de aislamiento, un tribunal de apelaciones ha desestimado una acción de habeas corpus colectivo por medio del cual se requería la declaración de inconstitucionalidad del "aislamiento social, preventivo y obligatorio". En la sentencia, se determinó que el medio utilizado y las restricciones dispuestas que limitan la posibilidad de reunirse y circular fueron dispuestas también en forma razonable, teniendo en cuenta que era el único medio que la comunidad internacional y la información médica daba cuenta para evitar la propagación de la grave enfermedad. En cuanto a la proporcionalidad de la medida, indicó que también se ajustaba a los parámetros constitucionales en tanto se habían previsto supuestos que permiten la circulación de personas con tareas esenciales para sustento en cuestiones de necesidades alimentarias, de limpieza y médicas en lugares cercanos⁴⁹. A su vez, el Poder Judicial admitió otras excepciones al aislamiento no previstas, como por ejemplo, para un niño con autismo severo que precisaba realizar una caminata diaria fuera de su residencia⁵⁰.

También, se declaró constitucional el impedimento de reingreso de nacionales argentinos varados en el exterior⁵¹, criterio que no comparto. Pues no se discute qué el Estado asegure su retorno, sino que aun llegando al país por sus propios medios se le impida el ingreso⁵². Ello, sin perjuicio que, una vez en el país, el Estado lo obligue a adoptar medidas para evitar posibles contagios.

Por otro lado, se ha generado una gran polémica en torno a la determinación de la prisión domiciliaria de los detenidos. La Cámara Contencioso Administrativo Federal desestimó habilitar la feria para tratar una acción de amparo destinada a solicitar la prisión domiciliaria de las personas privadas de la libertad que se encuentren en situación de riesgo por el coronavirus Covid-19, pues la cuestión podía tener adecuado tratamiento por los tribunales orales penales⁵³. En algunos casos, en atención al estado de salud del detenido, se admitió la prisión domiciliaria⁵⁴. En otros casos, se rechazó dicha pretensión⁵⁵, y se desestimó otorgar la excarcelación⁵⁶.

Las normas mencionadas tienen también incidencia en las relaciones de familia. Un tribunal declaró la constitucionalidad de la prohibición de traslado del hijo de padres

⁴⁹ Cámara Nacional en lo Criminal y Correccional, "Kingston, Patricio s/ Habeas corpus", Causa Nº 19.200/2020, 21/3/2020.

⁵⁰ Juzgado de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo y Tributario Nº 10 de la Ciudad de Buenos Aires, "Asesoria Tutelar CAyT Nº 2 c/ GCBA s/ Medida cautelar autónoma". 22/3/2020.

 $^{51\} C\'amara\ Federal\ de\ Apelaciones\ de\ Tucum\'an,\ "C., J.\ A.\ c/\ Estado\ Nacional - Presidencia\ de\ la\ Naci\'on\ y\ Otro\ s/\ amparo\ ley\ 16.986",\ 11/4/2020.$

⁵² En este sentido, puede mencionarse que la Suprema Corte norteamericana ha señalado que quien goza de la ciudadanía, tiene derecho a la plena protección del Estado y el derecho absoluto de ingresar dentro de sus fronteras ("Tuan Anh Nguyen v. INS", 2001, 533 U.S. 53, en p. 67).

⁵³ Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, Sala de feria, "D., C. J. c/ EN - PJN s/ Amparo Ley 16.986", 11/4/2020.

⁵⁴ Tribunal Oral en lo Criminal Federal N° 2 de Córdoba, "I., M. A. s/ Condena", 17/3/2020; Tribunal Oral en lo Criminal Federal de Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur, "C., J. P. s/ Incidente de prisión domiciliaria", 17/3/2020.

⁵⁵ Tribunal Oral en lo Criminal Federal Nº 1 de Córdoba, "Anton, Mirta Graciela s/ Legajo de Ejecución Penal", 19/3/2020.

⁵⁶ Tribunal Oral en lo Criminal Federal Nro. 4 de San Martín, "Marcelo Cinto Courtaux", 18/3/2020.

separados⁵⁷. Sin embargo, con posterioridad, otro tribunal declaró inconstitucional la resolución del Ministerio de Desarrollo Social que autorizaba un único traslado de niños en los casos de quienes se encontraban en un domicilio diferente al dictarse la medida de aislamiento, fijándose un régimen de comunicación⁵⁸. Poco tiempo después, la Jefatura de Gabinete de Ministros admitió el traslado de niñas, niños y adolescentes una vez por semana⁵⁹.

Asimismo, es importante destacar a este respecto la declaración 1/20 de la Corte Interamericana de Derecho Humanos, que recordó las condiciones de validez de las restricciones que se establecen para combatir la pandemia. Señaló que las medidas que los Estados adopten, que puedan afectar o restringir el goce y ejercicio de derechos humanos, deben ser limitadas temporalmente, legales, ajustadas a los objetivos definidos conforme a criterios científicos, razonables, estrictamente necesarias y proporcionales, y acordes con los demás requisitos desarrollados en el derecho interamericano de los derechos humanos.

En otro orden de ideas, es constitucionalmente cuestionable el decreto 457/20 que suspendió durante el ejercicio 2020 la aplicación de los límites a las reestructuraciones presupuestarias que puede disponer el Jefe de Gabinete de Ministros –en función de lo establecido en el art. 37 de la ley 24.156, sustituido por la ley 26.124– para aquellas modificaciones presupuestarias necesarias en virtud de medidas dictadas en el marco del decreto 260/20. Ténganse en cuenta que la doctrina ya se había expresado en contra de la constitucionalidad de la ley 26.124, que había admitido que el Jefe de Gabinete de Ministros pueda disponer reestructuraciones presupuestarias, las cuales no podrían superar cierto porcentaje del presupuesto (Badeni, 2015; Hernández, 2015; Luqui, 2015; Vanossi, 2015)⁶⁰. Para enfrentar la pandemia, no sólo no se estableció algún límite porcentual más alto que el contemplado en el texto del art. 37 de la ley 24.156, sino que fuera de todo marco en el que se pueda ejercer dicha facultad, se suspendieron aquellos límites. Además, la cuestión fue adoptada por un decreto de necesidad y urgencia, cuando es el Congreso a quien le corresponde fijar el presupuesto, de conformidad a lo estipulado por el art. 75, inc. 8° de la Constitución Nacional.

En cuanto a las medidas de vigilancia digital a las que antes hice referencia, el tribunal interamericano puntualizó que deben disponerse las medidas adecuadas para que el uso de tecnología de vigilancia para monitorear y rastrear la propagación del Covid-19 sea limitado y proporcional a las necesidades sanitarias y no implique una injerencia desmedida y lesiva para la privacidad, la protección de datos personales, y a la observancia del principio general de no discriminación. Sobre la cuestión, Lorenzetti (2020a) sostiene que si bien estas herramientas, son muy efectivas y podrían ser adecuadas en esta crisis sanitaria, es dramáticamente peligroso si perduran en el tiempo y sin control, porque podrían ser el instrumento de un autoritarismo nunca visto.

Sin perjuicio de lo expuesto, cabe indicar que en épocas de emergencia los tribunales

⁵⁷ Juzgado de Familia Nº 4 de San Isidro, "L. A. H.E. c/ S. M., S. s/ medidas protectorias", 19/3/2020.

⁵⁸ Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil Nº 23, sentencia del mes de abril de 2020.

⁵⁹ Decisión administrativa 703/2020 (B.O. 2/5/2020).

⁶⁰ Si bien se inició una acción tendiente a impugnar la norma, la Corte Suprema desestimó el recurso extraordinario interpuesto contra la sentencia que había rechazado un amparo tendiente a que se declare la inconstitucionalidad del art. 1° de la ley 26.124, por entender que no se configuraba el requisito de "caso" ("Asociación por los Derechos Civiles (ADC) c/ Estado Nacional - ley 26.124 (DECI 495/06) s/ amparo ley 16.986", 3/8/2010, Fallos: 333:1212).

han tendido a ser muy deferentes, y convalidar las normas adoptadas por los poderes públicos. Sobre el abuso del poder de policía y el escaso control judicial, Nino (2005: 493) señalaba que el poder reglamentario que concede el art. 14 –cuando dice que todos los habitantes gozan de ciertos derechos conforme a las leyes que reglamenten su ejercicio- "ha sido usado con considerable ligereza por los órganos políticos, contando con la consabida condescendencia de los tribunales". En la misma línea, se ha destacado que la emergencia económica en particular altera los roles institucionales: "Está hecha para el Ejecutivo, porque es el único que llega a tiempo. El Legislativo la refrenda. El Judicial, alguna vez, la corrige en sus efectos" (Frías, 1992). De igual modo, en el derecho norteamericano, se ha descripto la deferencia de los jueces ante las situaciones de emergencia de este modo: "cuando una emergencia tiene lugar, el Ejecutivo actúa, el Congreso consiente, y los tribunales son deferentes. Cuando la emergencia entra en decadencia, los jueces se vuelven más audaces y la búsqueda del alma comienza" (Posner y Vermeule, 2007: 3).

IX. Conclusiones

A nivel mundial el Covid-19 ha generado una crisis sanitaria sin precedentes, con drásticas secuelas económicas y sociales también. Nuestro país no ha sido la excepción. Como señalé, la emergencia tiene dos consecuencias muy importantes: por un lado, origina una restricción a las libertades, derechos y garantías individuales; por el otro, acrecientan ciertas competencias del poder, reforzando algún órgano de gobierno, en particular el Poder Ejecutivo. ¿Esto significa que ante una situación de emergencia, debemos dejar la Constitución a un lado porque sus prescripciones no sirven para combatir situaciones excepcionales? En la práctica, justamente ha sucedido esto. La separación de poderes desaparece: el Poder Ejecutivo adopta prácticamente todas las decisiones, el Congreso permanece inmóvil ante aquéllas, y el Judicial simplemente convalida las medidas. Asimismo, la restricción de los derechos individuales es sumamente intensa y, lejos de ser una situación temporal, sujeta a un breve plazo, permanece vigente por mucho tiempo. Ese grito sagrado que cantamos en el himno de ¡libertad! ¡libertad! ¡libertad! pareciera haberse cambiado por el grito desgarrador de ¡emergencia! ¡emergencia! ¡emergencia! ¡emergencia!

Cabe entonces recordar un antiguo precedente de la Corte, en el que se expresa que "la Constitución es un estatuto para regular y garantir las relaciones y los derechos de los hombres que viven en la República tanto en tiempo de paz como en tiempo de guerra y sus provisiones no podrían suspenderse en ninguna de las grandes emergencias de carácter financiero o de otro orden en que los gobiernos pudieran encontrarse. La sanción de una ley, aun de emergencia, presupone, pues, el sometimiento de la misma a la Constitución"⁶¹. A su vez, como señala Hutchinson (2002: 340-344), emergencias –de tipo económico– ya podían leerse en las Actas de la Convención Constituyente de 1853. Sin perjuicio de ello, resalta que no se previó una solución especial ante esa situación, por lo que hoy día deberíamos manejarnos dentro del parámetro que ella fija. Esto nos debe llevar a reflexionar una vez más y buscar las soluciones a las crisis en la Constitución y no enseguida apartarnos de ella.

A finales del año 2019, el Congreso sancionó la ley 27.541 que declaró la emergencia en materia económica, financiera, fiscal, administrativa, previsional, tarifaria, energética, sanitaria y social, y delegó numerosas facultades al Ejecutivo. Pocas semanas después, sobrevino la crisis del Coronavirus y se dictaron numerosos decretos de necesidad y ur-

gencia para atender la emergencia sanitaria y las consecuencias económicas y sociales. Pareciera que el país estaba hospitalizado y ahora ha pasado a terapia intensiva. Creo que está última situación excepcional generada por la pandemia permite poner de manifiesto lo que realmente es una situación de emergencia, y que los poderes públicos en muchas ocasiones dictan normas de emergencia cuando, si bien pueden haber ciertas dificultades o coyunturas problemáticas, éstas no son suficientemente graves para acudir a los poderes de excepción. En efecto, no caben dudas de la excepcionalidad que estamos viviendo. Pero es deseable que pronto se vuelva a la normalidad constitucional, y que la suspensión de ciertos derechos constitucionales dure el tiempo estrictamente necesario. Hay que recordar que el estado de emergencia "no es un cheque en blanco para el Presidente" De este modo, las medidas más restrictivas de los derechos individuales deben limitarse a ser "acciones quirúrgicas de emergencia" y no "tratamientos continuados preventivos y de acompañamiento" 63.

La Argentina ha estado sumida en situaciones de emergencias y normas de emergencias durante prácticamente un siglo. Una nueva crisis realmente excepcional ha sobrevenido. Hay muchos problemas por resolver. Es deseable que se salga adelante con las instituciones y no con la discrecionalidad descontrolada del Ejecutivo. Es de absoluta importancia que el Congreso retome las facultades que tiene constitucionalmente asignadas. Que a través de la discusión y la deliberación pública se adopten soluciones de largo plazo a las emergencias endémicas en que estamos sumidos. Pues, la realidad lo indica, el ejercicio de facultades excepcionales en el Ejecutivo ha conducido sólo al deterioro institucional, a una permanente e intensa restricción de derechos individuales, y a una creciente pobreza e indigencia no sólo económica, sino también contraria a la dignidad humana.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Badeni, G. (2015). Palabras de apertura del acto. La Ley Online, La Ley, AR/DOC/1958/2015.
- Bidart Campos, G. J. (2000). Manual de la Constitución Reformada, t. II. Buenos Aires: Ediar.
- Bidart Campos, G. J. (1995). *Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino*, t. l. Buenos Aires: Ediar.
- Boico, R.J. (2020). Constitución, coronavirus y aislamiento obligatorio. La Ley, 6/4/2020, 1-2.
- Cafferatta, N. A. (2020). Pandemia de coronavirus. *Rubinzal Online*, Rubinzal Culzoni, Doctrina, 1539/2020.
- Cao, C.A. (2020). ¿Estado de sitio? No por el momento. *Ámbito*, 19/3/2020. Disponible en: https://www.ambito.com/opiniones/coronavirus/estado-sitio-no-el-momento-n5089770.
- Castro Videla, S. y Maqueda, S. (2020). La Ley de Abastecimiento y su aplicación descentralizada. *Rubinzal Online*, Rubinzal Culzoni, Doctrina, 1603/2020.
- Chemerinsky, E. (2015). *Constitutional Constitutional Law. Principles and Policies.* 5° ed. New York: Wolters Kluwer.
- Cruz Villalón, P. (1984). Estados excepcionales y suspensión de garantías. Madrid: Tecnos.
- Dalla Vía, A. R. (2002a). El problema de la naturaleza jurídica de la emergencia. *Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública*. Vol. 283, 37-45.

⁶² Suprema Corte de Estados Unidos, "Hamdi v. Rumsfeld", 2004, 542 U.S. 507.

⁶³ Sentencia del Tribunal Constitucional español, 68/2007, de 28 de marzo, Fundamento Jurídico 10.

- De Otto, I. (1988). Derecho Constitucional. Sistema de Fuentes, 2º ed. Barcelona: Ariel.
- Diana, N. (2020). Algunas reflexiones sobre la emergencia. *La Ley Online*, La Ley, AR/DOC/332/2020.
- Frías, P. J. (1992). ¿Separación de poderes o qué?. *La Ley*, 3/11/1992, 1-3.
- Gargarella, R. (2020). La "consulta" del Senado a la Corte, y el diálogo entre poderes. seminariogargarella.blogspot.com [blog]. 23/4/2020. Disponible en: http://seminariogargarella.blogspot.com/2020/04/la-consulta-del-senado-la-corte-y-el.html.
- Gelli, M. A. (2008). *Constitución de la Nación argentina. Comentada y concordada*, 4º ed., Buenos Aires: La Ley.
- Gross, O. y Ní Aoláin, F. (2006). *Law in times of crisis: emergency powers in theory and practice.* Cambridge: Cambridge University Press.
- Hernández, A. M. (2020a). La emergencia por el Covid-19 en Argentina. En: González Martín N. y Valadés D. (coords.), *Emergencia Sanitaria por Covid-19*. México: UNAM, 24-32. Disponible en: https://www.juridicas.unam.mx/publicaciones/detalle-publicacion/157.
- Hernández, A. M. (2020b). Emergencia, orden constitucional y covid-19 en Argentina. *Constitución y Emergencia Sanitaria*, Suplemento Especial de la Revista Digital de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional, N° 1, abril 2020. Disponible en: http://aadconst.org.ar/revistadigital/revista/es-1/.
- Hernández, A. M. (2015). Hiperpresidencialismo y presupuesto. *La Ley*, 2015-F-705.
- Hernández, A. M. (2004). Las emergencias y la afectación del orden constitucional y de los derechos. En: VV.AA., *Derecho constitucional*. Buenos Aires: Universidad.
- Holmes, S. (2004). In Case of Emergency: Misunderstanding Tradeoffs in the War on Terror. *California Law Review*, vol. 97, N° 2, 301-355.
- Hutchinson, T. (2002). La actual crisis y su solución desde el derecho. *Revista de Derecho Público*, vol. 2002-2, 337-368.
- Ibarlucía, E. (2020). Pandemia y Constitución. *Constitución y Emergencia Sanitaria*, Suplemento Especial de la Revista Digital de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional, N° 1, abril 2020. Disponible en: http://aadconst.org.ar/revistadigital/revista/es-1/.
- Jakab, A. (2006). German Constitutional Law and Doctrine on State of Emergency Paradigms and Dilemmas of a Traditional (Continental) Discourse. *German Law Journal*, vol. 7, N° 5, 453-477.
- Loianno, A. (2005). Estado de sitio y derechos humanos: la excepcionalidad de la emergencia. En Sabsay, D. A. (dir.), *Colección de Análisis Jurisprudencial Derecho Constitucional.* Buenos Aires: La Ley, Buenos Aires, 609.
- Lorenzetti, R. L. (2020a). La pandemia y el Estado de Derecho. *Clarín*, 27/3/2020. Disponible en: https://www.clarin.com/opinion/pandemia-derecho_0_Cn2vdqRV9.html.
- Lorenzetti, R. L. (2020b). El nuevo control social. *Clarín*, 11/3/2020. Disponible en: https://www.clarin.com/opinion/nuevo-control-social_0_YWwS5TSc.html.
- Luqui, R. E. (2015). El equilibrio del presupuesto. *La Ley Online*. La Ley. AR/DOC/1960/2015.
- Marchiaro, E. J. (2020). Bloqueos municipales ante la pandemia. *Rubinzal Online*, Rubinzal Culzoni, Doctrina, 1560/2020.
- Mazzinghi, M. (2020). Congelamiento de cuotas de créditos, alquileres y suspensión de ejecuciones por la emergencia. *La Ley*, 14/4/2020, 19-20.
- Medina, G. y Yuba, G. (2020). Derecho comparado y coronavirus. La Ley, 13/4/2020, 5-8.
- Nino, C. S. (2005). Fundamentos de Derecho Constitucional. Buenos Aires: Astrea.
- Padilla, M. M. (2002). El control judicial de las declaraciones de emergencia. *Revista Argentina del Régimen de la Administración Publica*, vol. 283, 31-35.
- Posner, E. A. y Vermeule, A. (2007). *Terror in the balance: security, liberty, and the courts.* Oxford: Oxford University Press.

- Ramírez Calvo, R. (2020). Constitución y emergencia. A propósito del Covid-19. Endisidencia.com [blog], 22/3/2020. Disponible en: http://endisidencia.com/2020/03/constitucion-y-emergencia-a-proposito-del-covid-19/.
- Sabsay, D. (2020). El Poder Legislativo debe seguir funcionando. *La Nación*, 9/4/2020. Disponible en https://www.lanacion.com.ar/opinion/columnistas/el-poder-legislativo-debe-seguir-funcionando-nid2352468.
- Sacristán, E. B. (2014). Control judicial del estado de sitio y de la intervención federal. *Revista de Investigações Constitucionais*, vol. 1, N° 1, 39-66.
- Sagüés, N. P. (2020). Mayores de 70: un pedido de autorización que nació mal y terminó diluido. *La Nación*, 22/4/2020. Disponible en: https://www.lanacion.com.ar/opinion/mayores-70-pedido-autorizacion-nacio-mal-termino-nid2357002.
- Sagüés, N. P. (2019). Prologo. En: Ylarri, J. S. (2019). La emergencia económica. El control de constitucionalidad de la situación de emergencia económica y su declaración normativa. Ciudad de Buenos Aires: Ábaco.
- Schurig, H. (2020). Emergencia sanitaria, finanzas públicas y tributación *Carta de Noticias*, Procuración General de la Ciudad de Buenos Aires, Año 8, N° 78, 18/4/2020, 68-71.
- Snowden, F. M. (2019). Epidemics and Society. *From the Black Death to the Present*. New Haven and London: Yale University Press.
- Vanossi, J. R. (2015). La desconstitucionalización del presupuesto nacional. *La Ley Online*, La Ley, AR/DOC/1963/2015.
- Vítolo, A. M. (2020). "Coronavirus: un nuevo paradigma jurídico-político", *La Nación*, 13/4/2020. Disponible en: https://www.lanacion.com.ar/opinion/columnistas/coronavirus-un-nuevo-paradigma-juridico-politico-nid2353550.
- Ylarri, J. S. (2020). Los alcances del control judicial sobre las normas adoptadas para enfrentar el Coronavirus. En: Falke, I. (dir.), *La Tutela de la Salud Pública. El Derecho Procesal en Épocas del Coronavirus*. Buenos Aires: IJ Editores.
- Ylarri, J. S. (2019a). Los decretos-leyes y el control de la "extraordinaria y urgente necesidad". Ciudad de Buenos Aires: Lajouane.
- Ylarri, J. S. (2019b). *La emergencia económica. El control de constitucionalidad de la situación de emergencia económica y su declaración normativa*. Ciudad de Buenos Aires: Ábaco.

EL ABORDAJE JURÍDICO DEL COVID-19 EN LA PROVINCIA DE CÓRDOBA. PRINCIPALES **INSTRUMENTOS**

THE LEGAL APPROACH OF COVID-19 IN THE PROVINCE OF CÓRDOBA. IT MAIN INSTRUMENTS

José Emilio Ortega¹; Agustín Carignani²; Santiago Espósito³

DOI: https://doi.org/10.37767/2591-3476(2020)21

RESUMEN:

El presente trabajo analiza el impacto en la Provincia de Córdoba, República Argentina, de los instrumentos empleados por los Poderes del Estado (jurisdicciones nacional y provincial) en el marco de la pandemia denominada COVID-19 o SARS-2 Cov 2, vulgarmente conocida como "coronavirus", entre los meses de marzo y junio de 2020.

ABSTRACT

This document analyzes the impact of National and Provincial State instrumentalities within the COVID 19 or SARS-2 Cov-2 (commonly known as "coronavirus") pandemic framework, between March and June 2020.

PALABRAS CLAVE: Covid-19, Córdoba, Argentina, Legislación.

KEY WORDS: Covid-19, Córdoba, Argentina, Legislation.

I. Introducción

El 11 de marzo de 2020 la Organización Mundial de la Salud (OMS), ante la proliferación del virus Covid-19, en rueda de prensa y a través de su Director General, declaró el estado de pandemia⁴.

¹ Abogado (UNC), Licenciado en Enseñanza en Ciencias del Ambiente (UTN), Magister en Partidos Políticos (UNC). Diplomado en Políticas Públicas (UCC-U.Georgetown) y en Derecho Comunitario (U.Salamanca). Doctorando en Estudios Sociales de América Latina (UNC, tesis terminada, pendiente de defensa). Profesor de "Derecho Público Provincial y Municipal (UNC) , "Derecho Médico y de la Salud" (UCC) y "Legislación Educacional" $(UBP).\ Investigador\ por\ la\ UNC.\ Correo\ Electr\'onico: jose emilio ortega@hotmail.com.\ ORCID\ iD:\ https://orcid.org/0000-0003-3579-6371$

² Abogado (UNC), Especialista en Derecho Sanitario (Fundación Oswaldo Cruz, Brasilia). Magister en Salud (UNC). Diplomado en Derecho de la Salud (UNC). Doctorando en la Facultad de Derecho de la UNC (Proyecto aprobado), profesor invitado en UNC y UCC. Investigador (UNC). Correo electrónico: agustincarignani@gmail.com. ORCID iD: https://orcid.org/0000-0002-7126-9328

³ Abogado (UNC), Magíster en Estudios Internacionales (Universidad de Barcelona), Magíster en Administración de Empresas (UES21). Doctorando en la Facultad de Derecho de la UNC (Proyecto aprobado), Profesor de "Derecho Público Provincial y Municipal" (UNC), Profesor invitado de "Derecho Médico y de la Salud" (UCC). Investigador (UNC). Correo Electrónico: santiagomesposito@gmail. ORCID iD: https://orcid.org/0000-0001-9474-784X.

⁴ Disponible en: https://www.who.int/es/dg/speeches/detail/who-director-general-s-opening-remarks-at-the-media-briefing-on-covid-19---11-march-2020. Debe decirse que se esperaba más de los organismos internacionales, pues su aporte para cuestiones elementales como la definición de algunas medidas básicas para ser ejecutadas en cada Estado con cierta coordinación, la administración de los cierres de fronteras o despliegues para repatriación de nacionales varados en terceros Estados han sido livianas o inexistentes. Su conducción ha sido cuestionada, con versiones de alejamientos o reemplazos, y países centrales han replanteado su colaboración financiera al funcionamiento de las estructuras.

Desde entonces, los distintos países afectados o no afectados por el virus, tomaron múltiples decisiones⁵. Las declaraciones de emergencia o excepción, el cierre de fronteras⁶, el frondoso dictado de normas⁷, la restricción a la circulación de personas o bienes, la necesaria adopción de sistemas especiales de trabajo con soporte informático, la implementación obligada de técnicas de *home working*⁸, etc.

A raíz del estado de pandemia, el Poder Ejecutivo Nacional dictó el Decreto 2609, ampliando la emergencia sanitaria aprobada por Ley 27.54110. En veintisiete artículos instruyó distintas acciones: aislamiento social obligatorio –art. 7- en determinadas circunstancias, obligación de reportar síntomas, etc. Modificó distintos procedimientos: contratación directa –art. 2, párr. 6-. Se dictaron numerosas disposiciones en consecuencia, decretos y otras normas de diverso rango¹¹, prorrogando el aislamiento¹² como también "flexibilizando" excepciones.

Estas medidas impactaron profundamente en la sociedad y la economía. Microemprendedores, cuentapropistas, profesionales independientes, establecimientos comerciales con o sin servicio de reparto o *delivery*, pequeñas y medianas empresas (PYME) o grandes empresas y corporaciones, debieron replantear estrategias; y por supuesto, no fueron la excepción el Gobierno Nacional y Provincial con sus dependencias administrativas.

En la Provincia de Córdoba, los Poderes del Estado debieron adecuarse, procurando herramientas y los recursos disponibles que garanticen "la normal prestación de servicios". En un Estado Social de Derecho¹³, es difícil identificar servicios no esenciales¹⁴. Así, no han suspendido su actividad -adaptándola al contexto- el Poder Ejecutivo, ni el Poder Legislativo ni el Poder Judicial, ajustándose a los lineamientos dictados por las normas nacionales que regulan las fases del aislamiento o distanciamiento social obligatorio.

⁵ Medidas adoptadas en estrategias "en solitario", nacidas de la circunstancia de emergencia, sin una suficiente coordinación entre países soberanos, aún en espacios integrados como la Unión Europea.

⁶ Entre ellos, en América del Norte, Canadá, Estados Unidos, México. En América Central, Nicaragua, Guatemala, El Salvador, Costa Rica, Belice. En América del Sur, Argentina, Chile, Paraguay, Uruguay, Colombia, Brasil, Venezuela, Surinam, Guayana Francesa, República Cooperativa de Guyana. En el resto del mundo, entre otros Rusia, los miembros de la Unión Europea, Japón, China etc.

⁷ Delimitados al presente trabajo sólo se nombran las normas dictadas en la República Argentina.

⁸ A la fecha de elaboración de este trabajo, posee media sanción en el Congreso de la Nación un proyecto de ley sobre teletrabajo. Conforme diversos estudios, se estima que alrededor de un 30% de los trabajos disponibles en la Argentina pueden realizarse desde el hogar, con proporciones desiguales según la jurisdicción (trepa al 45% en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires). (Riccobene, 2020).

⁹ Publicado en el B.O.R.A. el 12.03.2020

¹⁰ Ley 27.541. Dictada el 21.12.2019 y publicada en el B.O.R.A. el día 23.12.2019

¹¹ Hasta la fecha de finalización de este artículo se dictaron 56 decretos y entre éstos 30 son de "Necesidad y Urgencia", que deberán ser tramitados como lo establece el artículo 99 inciso 3 de la Constitución Nacional y la ley 26.122. En general no hay modificaciones de textos legales. Establecen disposiciones provisionales en el marco de la emergencia (ejemplo el cierre de fronteras o el diferimiento de pagos), establecen suspensiones transitorias en la aplicación de alguna norma (como excepciones o como prohibiciones) o crean programas y procedimientos especiales para instrumentarlos. Se artículan con disposiciones de otras carteras nacionales que van ampliando las normas del Poder Ejecutivo en el ejercicio de sus competencias, no menos de cien normas, pero ha delegado expresamente en la Jefatura de Gabinete de Ministros ciertos cometidos que le son propios. En la J. de G. (por sí o los organismos descentralizados bajo su órbita), mediante distintos instrumentos (Decisiones Administrativas, Disposiciones o Resoluciones) se han dictado unas 48 normas, más o menos la mitad en el ejercicio de competencias y otro tanto por delegación. El resto de los decretos del Poder Ejecutivo se ha dictado en el marco de las atribuciones más generales (artículo 99, inciso 1) o por lo dispuesto en alguna ley anterior. No hay decretos "delegados". Un análisis más detallado se realiza en Ortega y Espósito, 2020.

¹² Decreto de Necesidad y Urgencia (DNU) del Poder Ejecutivo Nacional 297/2020 de fecha 19.03.2020 y publicado en el B.O.R.A. el día 20.03.2020. El último DNU publicado a la fecha de finalización de este trabajo, es el 576/2020 que prorroga, ya no el aislamiento social, preventivo y obligatorio, sino el distanciamiento social, preventivo y obligatorio (29.06.2020) con excepción del Área Metropolitana de Buenos Aires (AMBA), la provincia de Chaco, el aglomerado urbano de la Ciudad de Neuquén y el Departamento de General Roca de la Provincia de Río Negro para quienes rigen el primero. A partir del dictado de dicho DNU la totalidad de la provincia de Córdoba avanzó al distanciamiento social, preventivo y obligatorio para toda la Provincia con excepción de la ciudad de Córdoba y su aglomerado urbano.

¹³ Corresponde a la forma de Estado conforme el art. 1 de la Constitución de la Provincia de Córdoba.

¹⁴ Sobre la estrategia que el regulador argentino ha planteado para autorizar servicios en la coyuntura, recomendamos Ortega, Espósito y Sopranzi, 2020.

II. Impacto en el Poder Ejecutivo

Todavía funcionando en "modo presencial limitado"¹⁵, la Legislatura de la Provincia aprobó la Ley 10.690¹⁶, adhiriendo Córdoba a la Emergencia Pública Sanitaria nacional declarada por Ley 27.541, al Decreto 486/2002 y Decreto 260/2020¹⁷.

Funcionalmente, la Estructura Orgánica del Poder Ejecutivo, habitualmente identificada como "Gobierno Provincial", está integrada por Ministerios y otras reparticiones (Secretarías de Estado, Entes Autárquicos, etc.)¹⁸. En el marco de esta crisis sanitaria, los Ministerios vienen desarrollando procedimientos especiales para adaptarse a las necesidades. Por ejemplo, la cartera de Trabajo viene atendiendo las necesidades de los trabajadores que ven afectados sus puestos de trabajo, interviniendo como autoridad de aplicación¹⁹; Los Ministerios de Gobierno y Seguridad articulan la relación entre los niveles jurisdiccionales provincial y municipal²⁰, como también acciones concernientes a la protección ciudadana. El Ministerio de Finanzas maniobra en una marcada exigencia al verse afectados (disminuidos por una parte ante la merma en el pago de tributos y comprometidos por otra dadas las nuevas exigencias en el marco de la pandemia) los recursos públicos. La cartera de Educación asume la organización completa del sistema educativo en todos los niveles (regulación de actividades y provisión del bien público)²¹. La Secretaría General de la Gobernación, encuadrada dentro de un Ministerio de Coordinación cuyo cometido es articular diversas funciones²², comanda los resortes transversales a la Administración Pública (personal, contrataciones, etc.)²³.

El rol preponderante está asignado, en el marco de la ley aprobada, al Ministerio de Salud²⁴. Esta adaptación, además, debe realizarse en el marco de pautas constitucionales²⁵.

¹⁵ Nos explayamos infra.

¹⁶ Proyecto del Poder Ejecutivo Provincial. Dictada y Promulgada el 18.03.2020.

¹⁷ La adhesión fue parcial ya que se realizó a los artículos 1 y 64 a 85.

¹⁸ Ley de Estructura Orgánica del Poder Ejecutivo de la Provincia de Córdoba 10.337 sancionada con fecha 24.02.2016 y publicada en el B.O. el 17.03.2016. Modificada por ley 10.593 (B.O. 26.12.18). Destacamos que la última modificación de la Estructura Orgánica del Poder Ejecutivo ha sido dictada por Decreto de Necesidad y Urgencia 1615/2019 (B.O. 29.1.2020), y aún no ha sido ratificada por el Poder Legislativo.

¹⁹ Se trata de una intervención "ad referéndum" ya que los acuerdos se concertan y se elevan al Ministerio de Trabajo de la Nación, criterio que están adoptando la mayoría de las provincias argentinas. Por otra parte, se suspendieron los Programas de Empleo PPP, PIP, POR MI, PILA, desde el 1 de abril y por el plazo de tres meses. Resolución 86 del Ministerio de Promoción del Empleo y de la Economía Familiar (B.O. 17.04.2020).

²⁰ Córdoba posee 427 jurisdicciones locales (municipios o comunas), diseminadas a lo largo y a lo ancho de 26 Departamentos. Entre éstos, es particularmente sensible la vinculación entre la ciudad de Córdoba (coincidente en su ámbito territorial con el Departamento Capital) y los municipios y comunas conurbanas, en general "localidades dormitorio", de los dos Departamentos que rodean a la ciudad capital.

²¹ Por resoluciones Ministeriales Nº 82/20, 103/20, emanadas del Ministerio Educación de la Nación (en el marco del Decreto P.E. 260/20) y la Resolución Ministerial Nº 159/20 de la Provincia de Córdoba se establecen diversas medidas de carácter excepcional y preventivas de acuerdo a los protocolos de salud vigentes. También por Resolución 194/2020 (19.05.2020) se estableció un procedimiento abreviado y virtual a los fines de posibilitar la inmediata cobertura de horas cátedra.

²² Entre ellas Transporte, Ambiente, etc. Existieron antecedentes parecidos en otras orgánicas: Ministerio de Coordinación (1991 a 1993), Ministerio de Gobierno, Coordinación y Políticas Regionales (2003 a 2005), Ministerio Jefatura de Gabinete -que contaba con una Secretaría de Coordinación y Gobierno- (2011 a 2013).

²³ Establece la suspensión del deber de asistencia al lugar de trabajo, emite instructivos al respecto, el receso administrativo, la unificación de permisos para circular, etc.

²⁴ Por ley 10.337, artículo 27, tiene a su cargo "asistir al Poder Ejecutivo en todo lo inherente a la promoción, protección, recuperación y rehabilitación de la salud...". Por ley 10.660 se establece en el artículo 3: "El Poder Ejecutivo, en ejercicio de las facultades y prerrogativas establecidas en los artículos 59 y 144 inciso 15 de la Constitución Provincial, y en el marco de la emergencia sanitaria declarada, a través del Ministerio de Salud de la Provincia, dispondrá las medidas de organización y ejecución del sistema de salud provincial, tanto del sector público como privado, a efectos de centralizar el manejo de las acciones necesarias que requiera la situación, quedando facultado asimismo a determinar medidas y acciones sanitarias de excepción". Los artículos 4 y 5 facultan al Ministerio de Salud a dictar medidas para distribuir pacientes entre el ámbito público y privado, como también establecen el acatamiento obligatorio de sus disposiciones.

²⁵ Art. 59 de la Constitución de la Provincia de Córdoba, inmerso en el capítulo de "Políticas Especiales del Estado": "el Gobierno de la Provincia debe garantizar este derecho mediante acciones y prestaciones (...). Establece, regula y fiscaliza el sistema de salud, integra todos los recursos (...) y asegurar el sistema de salud basado en la "universalidad de la cobertura".

Es bien conocida la doctrina de la CSJN que ha reconocido el carácter fundamental del derecho a la salud, íntimamente relacionado con el derecho a la vida²⁶, como el primer derecho de la persona humana que resulta reconocido y resguardado por la Constitución Nacional²⁷, y como se expresó, por su Ley Fundamental local, el Poder Ejecutivo Provincial asumió acciones en el marco de sus competencias. Ajustándose al aislamiento social preventivo y obligatorio como herramienta central para garantizar la menor circulación de personas, y con ellas, la menor circulación posible del virus, adoptó importantes decisiones administrativas²⁸. Algunos organismos dictaron normas específicas para regular temas de su competencia, como las asambleas de socios de personas jurídicas a distancia²⁹ o los plazos registrales inhábiles³⁰.

En materia sanitaria, creó el Comité de Acción Sanitaria, suspendió licencias ordinarias y sanitarias, creó el Centro de Operaciones de Emergencias (COE), con el fin de concretar la planificación, organización, dirección, coordinación, y control de todas las acciones referidas a los eventos adversos relacionados a la pandemia³¹. El COE se organizó con una Coordinación General con base en la ciudad capital y 6 coordinaciones generales en Río Cuarto, Villa María, San Francisco, Jesús María, Villa Caeiro (municipio de Santa María de Punilla) y Villa Dolores. Posteriormente, prorrogó el egreso de participantes del Sistema Provincial de Residencias y declaró el carácter obligatorio de los protocolos de actuación emitidos.³² Por otra parte, se creó una Mesa de Bioseguridad del personal de salud del COE y un Comité de Bioética y Derechos Humanos para el abordaje del Covid-19.³³

²⁶ No entramos en el rico debate construido en torno a la autonomía del derecho de la salud respecto a otros derechos, particularmente tras el hito representado por la sentencia Poblete Viches y otros vs. Chile (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 8 de marzo de 2018) ampliando el estándar: acceso a servicios esenciales y prestaciones médicas eficientes y de calidad (párrafo 118 de la sentencia), debiendo asegurar la coordinación entre establecimientos para la atención integrada (párrafo 121c), estableciendo el deber de información y respeto por la autonomía (párrafo 121d), estableciendo medidas de protección reforzada en ciertos colectivos (párrafo 127), prestaciones eficientes y continuas (párrafo 132), entre otras. Recomendamos profundizar en: Aldao y Clérico, 2019.

²⁷ Conf. Fallo Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN). L.E.H. y otros c/ O.S.E.P. s/ amparo. 01.09.2015 y Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN). D.M.A. s/ declaración de incapacidad. 07.07.2015.

²⁸ Destacamos, en materia de Decretos: 156, B.O. 11.03.2020, Creando el fondo para enfermedades epidémicas,;157, B.O. 11.03.2020, adhiriendo a las licencias excepcionales establecidas por la Resolución 178 del Ministerio de Trabajo de la Nación; 158, B.O. 11.3.2020, facultando al Ministerio de Salud a adoptar medidas de aplicación inmediata en los establecimientos sanitarios en razón de la pandemia; 190, B.O. 13.03.2020, suspendiendo eventos con concentración de personas; 131, B.O. 13.03.2020, licencia de excepción a agentes públicos que hayan regresado desde el exterior; 191, 17.03.2020, aplicación inmediata por el Ministerio de Salud de recomendaciones de OMS y Ministerio de Salud de la nación para casos sospechosos de COVID-19; 195, B.O. 17.03.2020, receso administrativo para la Administración Pública (con excepción del Ministerio de Salud), 196, B.O. 17.03.2020, Receso Administrativo, 202, 25.03.2020, otorgamiento de avales y otras garantías a empresas "Mipymes" para operaciones de crédito en bancos, 215, B.O. 26.03.2020, adhesión al DNU 311/2020; 217, 14.04.2020, exención de impuesto a los sellos en relación a actos inmersos en la emergencia sanitaria; 235, 31.03.2020, prórroga Decreto 195; 245, B.O. 12.04.2020 prórroga del aislamiento; 217,B.O. 14.04.2020 exime del pago del Impuesto de Sellos, en relación a los actos, contratos o instrumentos celebrados en la Provincia de Córdoba, que se encuentren destinados o afectados al desarrollo, cumplimiento y ejecución de los distintos programas o acciones que instrumente el Poder Ejecutivo, en el marco de la emergencia sanitaria; 244, B.O. 18.04.2020 amplía el Fondo para Atención del Estado de Alerta, Prevención y Acción Sanitaria por Enfermedades Epidémica; 255, B.O. 21.04.2020 reduce salario bruto del gobernador y de los funcionarios de la planta política;252 B.O. 22.04.2020 exime del pago del Impuesto de Sellos, con motivo del otorgamiento, renovación, cancelación y refinanciación de préstamos destinados a empresas "MiPymes"; 280, B.O. prórroga del aislamiento; 279, B.O. 30.04.2020 autoriza la creación de Títulos para la cancelación de deudas con contratistas y proveedores del Estado; 323, B.O. 11.05.2020 y 370, B.O. 24.05.2020, prorroga el aislamiento; 298, 316 y 320, B.O. 29.05.2020 determina el área del Gran Córdoba; 405, B.O. 08.06.2020 prorroga el distanciamiento con excepción de la ciudad de Córdoba y su aglomerado urbano para el cual rige el aislamientos; 429, B.O. 20.06.2020 encomienda al COE un esquema de acciones de control sanitario de personas que ingresen o egresen del territorio provincial o se trasladen o circulen dentro de él; entre las más importantes.

²⁹ Resolución de Dirección General de Inspección de Personas Jurídicas 25, B.O. 6.04.2020. También prorrogó los plazos para la celebración de Asambleas Ordinarias de asociaciones civiles y fundaciones que tuviesen por objeto el tratamiento de estados contables correspondientes al periodo 2019 así como elección de autoridades (Resolución 27, B.O. 12.05.2020).

³⁰ Resoluciones Generales de la Dirección General del Registro General 1, 2 y 3, B.O. 18.03, 2, 14.04.2020. La Resolución 5, B.O. 08.05.2020, previó la reanudación gradual de la actividad registral presencial.

³¹ Resoluciones ministeriales 254, B.O. 12.03.2020; 272, B.O. 20.03.2020; 311, B.O. 26.03.2020

³² Resolución403, B.O. 08.04.2020 y 458, 23.04.2020. En cuanto a los protocolos aprobados por Resolución encontramos el Protocolo de recepción y aislamiento de personas repatriadas residentes en la Provincia de Córdoba (Resolución 312, B.O. 02.04.2020); el de actuación destinado a facilitar la Indicación del plan de uso compasivo ampliado (UCA) de Medicamentos en enfermedades pandémicas". (Resolución 391, B.O. 18.05.2020) y el de Establecimientos Penitenciarios y Complejos Carcelarios de la Provincia de Córdoba (Resolución 384, B.O. 21.05.2020).

³³ Resoluciones 834, B.O. 26.05.2020 y 882 B.O. 11.06.2020.

En cuanto a la articulación con el sector privado se creó un módulo especial dentro de los establecidos para Código Rojo de Derivación de Pacientes, para la atención domiciliaria de los pacientes sospechosos de Covid³⁴; se aprobó el Procedimiento para la Convocatoria a Donantes de Sangre de los Bancos de Sangre Públicos y Privados³⁵; se establecieron los niveles de atención obligatoria para pacientes Covid-19 del sector privado (Ambulatorio, internación simple y crítica)³⁶; y se determinó la obligación de crear un "Comité de Seguridad de Paciente, del Equipo de Salud y Control de Infecciones" en las instituciones privadas y públicas de salud³⁷.

Estas estructuras coadyuvaron en la decisión del Ministerio de impulsar la adhesión a la ley nacional 27.548, materializada por ley 10.699, que en su artículo 2 crea el "Programa Provincial de Protección al Personal de Salud ante la Pandemia de Coronavirus CO-VID-19", con el objetivo de proteger y preservar la vida y la salud del personal del sistema sanitario provincial y de los trabajadores y voluntarios que cumplen con actividades y servicios esenciales durante la emergencia sanitaria, cuyo alcance, condiciones e implementación serán establecidos por vía reglamentaria, del cual es autoridad de aplicación la cartera sanitaria.

Además implementó la ficha de notificación, investigación epidemiológica y solicitud de estudios epidemiológicos establecida por el Ministerio de Salud de la Nación, dispuso un sitio web³⁸ donde se pueden conocer datos epidemiológicos, se registra la normativa aplicable, tanto nacional como provincial, se identificaron los hospitales de referencia de capital e interior, se realizan convocatorias para voluntarios y sanitarios, se tomaron medidas sobre los diversos servicios asistenciales (aún los no hospitalarios como las residencias geriátricas), se establecieron diversas medidas para reforzar el imperio de las decisiones adoptadas por el COE³⁹, etc.

La Administración Provincial del Seguro de Salud⁴⁰, órgano autárquico que funciona bajo la órbita del Ministerio de Salud de la Provincia de Córdoba⁴¹, también debió ajustar su funcionamiento a las posibilidades actuales. Implementó un sistema de telemedicina para abordar los casos de COVID-19, amplió nuevos canales de atención a sus afiliados, habilitó la receta electrónica, se reforzaron las vías de atención no presencial, se esquematizó un sistema de atención para enfermos de COVID-19 con los prestadores privados. Internamente se tomaron medidas para facilitar la comunicación de los afiliados desde sus domicilios, entre otras la tramitación de gestiones vía e-mail.

³⁴ Resolución 310 B.O. 02.04.2020.

³⁵ Resolución 378/2020 (02.04.2020). A su vez se estableció que ningún Centro que realiza Extracción de Sangre a Donantes podrá organizar o realizar colectas externas sin la debida autorización del Departamento del Sistema Provincial de Sangre (Resolución 379 B.O. 02.04.2020) y se designó al Banco de Sangre de la Provincia de Córdoba como Centro Recolector de Plasma de Pacientes Recuperados de Covid-19. (Resolución 483 B.O. 24.04.2020).

³⁶ Resolución 685, B.O. 04.05.2020).

³⁷ Resolución 878, B.O. 11.06.2020).

³⁸ Disponible en: https://www.cba.gov.ar/coronavirus/

³⁹ Entre ellas su publicación en la página web de la provincia, criterio que probablemente colisione con la Resolución /2007 de la cartera sanitaria, que dispone expresamente "la publicación obligatoria en el Boletín Oficial de todos los actos administrativos de alcance general con contenido normativo producidos por esta Cartera Ministerial". A la fecha de cierre de la elaboración del presente trabajo, ha ingresado a la Legislatura Provincial el proyecto de ley 30637, remitido por el Poder Ejecutivo, que zanjaría (de aprobarse) la cuestión, estableciendo en su artículo 1: "La totalidad de los Protocolos de Actuación, disposiciones y resoluciones emitidos y a emitirse por el Centro de Operaciones de Emergencia (COE), dependiente del Ministerio de Salud (Resolución Ministerial N° 311/2020), que fueren publicados en el Boletín Oficial de la Provincia, revisten carácter obligatorio en todo el territorio de la Provincia de Córdoba, a partir de la entrada en vigencia de esta Ley".

⁴⁰ En la práctica, la obra social del Estado Provincial, creada por ley 9.277, B.O. 29.12.2005.

⁴¹ Ley 10.337, art. 28.

IV. Impacto en el Poder Legislativo

Frente al contexto en el que estaban ingresando la República Argentina y la Provincia, el día 13 de marzo de 2020, la Comisión de Labor Parlamentaria⁴² del Poder Legislativo se declaró en estado de "sesión permanente", autorizando a la Presidencia a citar a reuniones y sesión plenaria sólo para dar tratamiento a temas urgentes relacionados a la situación sanitaria emergente⁴³.

Por Decreto de la Presidencia 46/20, se determinó el receso administrativo en el ámbito del Poder Legislativo⁴⁴. No obstante, se dispuso que mediante el mecanismo extraordinario de "sesión especial", el cuerpo se reuniera el 18 de marzo (un día antes del dictado del DNU 297/2020), para el tratamiento y sanción de la ley 10.690⁴⁵. En paralelo, la Presidencia de la Legislatura⁴⁶ organizó un mecanismo de trabajo virtual que permitió mantener el funcionamiento de las comisiones y pleno, formalizado mediante el Decreto 54/2020⁴⁷, utilizando una metodología de trabajo completamente virtual⁴⁸.

V. Impacto en el Poder Judicial

En el ámbito del Poder Judicial, se dictaron numerosas normas para adaptar el funcionamiento de toda la estructura jurisdiccional a la emergencia, de similar modo a lo que hizo la judicatura nacional a partir de las disposiciones emanadas de la Corte Suprema. El Tribunal Superior de Justicia, en el ejercicio de sus competencias⁴⁹, adhirió a la norma-

⁴² Se trata de la denominada "comisión matriz" del cuerpo, conformada por el Presidente (Vicegobernador, artículo 84 de la Constitución Provincial), además del Presidente Provisorio (artículo 85 de la Constitución Provincial) y Vicepresidentes de la Cámara (legisladores elegido a tal efecto por el cuerpo conforme de la Constitución Provincial), Presidentes de cada bloque, Secretario Legislativo, Secretario de Coordinación Operativa y Comisiones, Secretario Técnico Parlamentario y los respectivos Prosecretarios de las áreas mencionadas.

⁴³ Esta Comisión ha tenido importante actividad, recibiendo a los Ministros de Salud (en forma previa al tratamiento de la ley 10.660), Desarrollo Social (exponiendo sobre la situación en Provincia), Industria (exponiendo sobre las medidas impulsadas por la Provincia en la coyuntura). Además se ha reunido para tratar temas internos.

⁴⁴ B.O. 18.03.20. Fundado esencialmente en la necesidad de evitar conglomeraciones y reuniones que pudieran ser afectadas por la eventual circulación del virus, como lo indican sus considerandos. Complementado por Resolución de Secretaría Administrativa 6, B.O. 17.03.2020. Se renovó por Decretos 56, B.O. 02.04.2020; 59, B.O. 12.04.2020; 64, B.O. 26.04.2020; 75, B.O. 11.05.2020; 101, B.O. 24.05.2020; 114, B.O. 08.06.2020.

⁴⁵ Atento que la cámara ya se encontraba en receso, se dispuso la participación de los legisladores, autoridades de cámara y una mínima dotación (no más de cinco personas en total) de personal de apoyo.

⁴⁶ Destacándose la labor de la Secretaría Técnico Parlamentaria y la Dirección de Informática, que implementaron un sistema virtual pionero en la República Argentina. Sin perjuicio de ello se menciona que la Legislatura de la Provincia de Córdoba venía trabajando desde 2018 en la gestión virtual, habiendo firmado un convenio con el Ministerio de Modernización de la Nación (registrado por Decreto de Presidencia 388/2018) para la implementación del sistema de Gestión Documental Electrónica (GDE), dictado la Resolución de Cámara 3200/2018 estableciendo un Plan de Despapelización que permitió reducir al 50% el consumo de papel en el bienio 2018-2019, el Decreto 16/2024 que establece la obligatoriedad de utilización de un correo electrónico institucional como medio de comunicación fehaciente para los actos internos y la ley 10.524 que autoriza el uso del expediente, documento, comunicaciones, firma y domicilio electrónico que se tramiten en el Poder Legislativo.

⁴⁷ El instrumento establece que mientras dure el estado de emergencia y el aislamiento, la Legislatura podrá sesionar válidamente sin la presencia física de los legisladores en el recinto, indicando que el sistema deberá otorgar a las autoridades y legisladores la posibilidad de controlar quórum, como también que se equipara la presencia física del legislador con su conexión al medio técnico implementado (que debe ser permanente en tanto dure la sesión). Se le otorga un margen de decisión a la Presidencia en situaciones no previstas aplicables a la particularidad de la "sesión no presencial".

⁴⁸ En sesión especial de fecha 15 de abril de 2020. El día anterior, sesionaron en forma conjunta (virtualmente) las Comisiones de Legislación General y Economía para aprobar el despacho de las leyes votadas en la ocasión. En la misma sesión especial, se aprobó por resolución de Cámara 3484/2020, el decreto 54/2020. En la primera sesión virtual, se votaron las leyes 10.691, 10.692 y 10.693. La primera autoriza al Poder Ejecutivo a emitir un título de crédito para pago a proveedores con aptitud para cancelar deudas impositivas. La segunda, ratifica el DNU de otorgamiento de avales a "mipymes". La tercera, aprueba un convenio con la Universidad Nacional de Córdoba con distintos fines (entre ellos la producción de gammaglobulina procesada con plasma recolectado entre pacientes recuperados de COVID-19).

Posteriormente, también de manera virtual, se sancionaron en sucesivas sesiones especiales (mantuvieron ese carácter hasta el plenario del 24 de junio) las leyes 10.694 que establece una nueva reforma previsional; 10.695 que declara una expropiación; 10.696 que suspende las ejecuciones judiciales de bienes pertenecientes a clubes sin fines de lucro; 10.697 que reestructura la deuda provincial; 10.698 que habilita a municipios y comunas a utilizar de cámaras de seguridad; 10.699 que adhiere a la ley 27.548 que determina un programa de protección del personal de salud ante la pandemia. Por decreto 124/2020, se retomaron las sesiones ordinarias, también on line, disponiendo el artículo 1 (in fine) que las autoridades de Cámara podrán participar de las mismas desde el hemiciclo. Hasta el 30/6/2020, se realizaron siete sesiones virtuales. Esto ha impactado también en la gestión legislativa: presentación de los proyectos, registro de los asuntos entrados, formalización de los despachos, etcétera, que adoptan también la modalidad informática.

⁴⁹ Tanto el Cuerpo como el Presidente, el primero conforme artículo 166 in fine, de la Constitución Provincial y el segundo más específicamente por artículos 12 y 14, inciso 3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, Ley 8435, en especial en cuanto prescribe: "Artículo 14. ATRIBUCIONES del Presidente. Corresponde al Presidente: (...) 3.- Ejercer las atribuciones de Superintendencia delegadas por el Tribunal Superior de Justicia y proveer en las no delegadas, en casos de urgencia, con cargo de dar cuenta".

tiva nacional que establece licencias de excepción, dispuso el receso judicial extraordinario⁵⁰ y estableció un sistema de turnos para la prestación de tareas en la oficina (sin perjuicio del mecanismo de teletrabajo para todo el personal).⁵¹ Luego, dispuso la prestación de un "servicio de justicia en la emergencia por razones sanitarias", y posteriormente empezó a habilitar la prestación del servicio de justicia de modo presencial⁵² en algunas sedes judiciales del interior para extenderse en el resto de la Provincia.⁵³

También prorrogó las medidas cautelares dictadas en procesos de amparo en el fuero Contencioso Administrativo, habilitó plazos administrativos para la gestión de contrataciones que resultaren esenciales a la prestación del servicio de justicia, extendió la intervención de magistrados y funcionarios con competencia en violencia familiar y de género a los tribunales del interior, y habilitó la prestación de prestación presencial del servicio de Justicia de los Juzgados de Paz, entre las medidas más importantes⁵⁴. Las actuaciones se tramitan bajo la modalidad del Expediente Electrónico⁵⁵, aprobada previamente, en cuanto ello es factible.

VI. Impacto en órganos "extrapoder"

Destacamos al Tribunal de Cuentas, que aprueba la inversión y realiza el control *ex ante* y *ex post* de todo acto con compromiso presupuestario efectuado por los Poderes del Estado⁵⁶, cometido de vital importancia en este proceso de emergencia. Se ha dispuesto la exclusión del control preventivo, sin perjuicio del contralor posterior, para actos administrativos que autoricen gastos hasta un determinado índice y la licencia excepcional para ciertos agentes⁵⁷. También aprobó un procedimiento de presentación digital de rendiciones de cuentas para su realización en formato electrónico. ⁵⁸

VII. Conclusiones

En un contexto internacional complejo, que diversos organismos internacionales (CEPAL, FMI, UE, etc.) relacionan con el existente cuando la "Gran Depresión" de 1929, los Estados

⁵⁰ A partir del Acuerdo Reglamentario 1624, B.O. 11.05.2020, el TSJ estableció que los magistrados y funcionarios competentes resolvieran, en cada caso, la habilitación de los plazos suspendidos para las sedes judiciales con actividad presencial. Para las sedes judiciales sin actividad presencial sólo corrieron los plazos de perención de instancia, con lo que hubo de estarse a lo dispuesto por el mismo Código para estos supuestos El TSJ habilitó la prestación del servicio de justicia de modo presencial en todas las sedes judiciales ubicadas en la ciudad de Córdoba desde el día 8 de junio y en cuanto a los plazos dispuso finalizar la suspensión de todos los plazos procesales y administrativos, salvo para el caso del fuero penal y penal juvenil.

Al reanudarse la actividad, se recobra el impulso procesal (pues los actos deben realizarse en día hábil salvo excepción autorizada), como explicó el Dr. Sergio Ferrer (2020). No se trató, el receso transcurrido, de una feria judicial. La jurisprudencia y la doctrina son mayoritarias en este sentido, como lo ha señalado el experto citado (Ferrer, 2020); considerando que este rubro la Provincia regula en su código procesal que los tribunales federales, la consideración de las ferias de enero y julio. Córdoba sólo cuenta la de enero y para los plazos menores a seis meses). La equiparación podría tener algún viso de aplicación analógica en el procedimiento nacional (no se cuentan las ferias judiciales), aún así tampoco se admitió la analogía plena entre día inhábil y feria judicial. La institución "feria" es una excepción y hay que aplicarla con sentido restrictivo. Sólo se podría hablar de "feria", sin los instrumentos dictados utilizan el término. Este razonamiento se aporta a los efectos de la interpretación del período transcurrido o si en virtud de los acontecimientos volviere a producirse una situación similar.

 $^{51\,}Resoluciones\,9\,(20.03.2020, sin\,publicar);\,13, B.O.\,27.03.2020;\,18,\,28.03.2020;\,27,\,03.04.2020.\,El\,receso\,judicial\,extraordinario\,fue\,dispuesto\,por\,Acuerdo\,Reglamentario\,1617,\,B.O.\,12.03.2020,\,prorrogado\,por\,A.R.\,1620,\,B.O.\,18.03.2020;\,A.R.\,1621,\,B.O.\,31.03.2020\,y\,A.R.\,1622,\,B.O.\,12.03.2020.$

⁵² Acuerdo Reglamentario 1623, B.O. 26.04.2020; 1624 y 1625, B.O. 11.05.2020; 1627, B.O. 25.05.2020; 1629, B.O. 07.06.2020.

⁵³ Lo que queda sujeto a circunstancias epidemiológicas. A raíz de un brote de Covid-19 en Villa Dolores, se dispuso un servicio de justicia en la emergencia por razones sanitarias en las sedes de dicha localidad y de Villa Cura Brochero, cuando en estas dos sedes ya había actividad presencial (Acuerdo Reglamentario 1631, B.O. 20.06.2020).

 $^{54 \} Resolución \ 32 \ (2.04.2020, \sin publicar), 40, B.O. \ 15.04.2020, 41, B.O. \ 15.04.2020, 45, 17.04.2020. \ Acuerdo \ Reglamentario \ 1628, B.O. \ 01.06.2020. \ Acuerdo \$

⁵⁵ Por Acuerdo Reglamentario 1582/2019, serie "A". Por AR 1626, B.O. 14.05.2020, se crea la Oficina de Tramitación Electrónica.

⁵⁶ Conforme artículos 126 y 127 de la Constitución Provincial. Sus integrantes acceden mediante el voto, con representación de la minoría. Su funcionamiento se rige por ley 7630 (B.O. 2.12.1987) modificada por leyes 8836, 10508, 9442. Por ley 10.623 (B.O. 2.3.04.19) se lo autoriza a utilizar el expediente electrónico, documento o comunicación electrónica y otros medios para todos los procesos administrativos internos y externos.

⁵⁷ Resoluciones 46, 47, B.O. 17.03.2020; 49, B.O. 1.04.2020; 50, B.O. 14.04.2020; 52, B.O. 28.05.2020; 54, B.O. 12.05.2020; 56, B.O. 27.05.2020 y 62, B.O. 09.05.2020.

⁵⁸ Resolución 53, B.O. 12.05.2020.

soberanos deben arreglárselas sino solos -porque en definitiva todos son parte de un mismo planeta-, en un nivel de compartimentación que no es el deseable. Nos habíamos acostumbrado a la idea de globalización, de internacionalización, de integración, de soberanía más atenuada. La emergencia por la pandemia disuade esas nociones, y resignifica el sentido y el destino del Estado Nación.

Este sentido o directriz nacional para hacer frente a la crisis transnacional, tiene su correlato hacia adentro de los países, impactando en sus unidades subnacionales, donde se reproducen o pueden reproducirse escenarios de aislamiento o de tensión interjurisdiccional. Agravados en nuestro país por los difíciles años (tanto en lo socioeconómico como en lo político) vividos tras los mandatos presidenciales 2009-2015 y 2015-2019. Esta situación se potencia con la actual emergencia que comenzó con el dictado de una ley finalizando 2019.

Consecuentemente las provincias argentinas y la CABA, autónomas constitucionalmente y a cargo de un segmento muy importante en la provisión directa de bienes públicos, deben encontrar y en lo posible articular planes y acciones para encuadrar su funcionamiento como estructura legal y legítima, mantener su diversa infraestructura, profundizar la indispensable contención social que la hora reclama, y en el contexto de pandemia, garantizar la prestación de servicios de salud acordes a la circunstancia.

Se sabe que hasta aquí, las autoridades argentinas han defendido como un logro los números: 62.255 casos confirmados, 21.125 recuperados, 1280 muertes⁵⁹). Incierta es la proyección social y económica de las medidas asumidas que algunas estimaciones llevan a los treinta mil millones de dólares e incluso más, en un contexto de recesión que ya lleva más de dos años, inflación y grave crisis por la deuda externa (en renegociación).

En Córdoba, con una población de 3,8 millones, el aeropuerto internacional más importante del interior del país y un denso entramado conurbano (que alcanza los 1,8 millones de habitantes), el nivel de contagiados se mantuvo razonablemente controlado (639 casos, 399 recuperados, 38 fallecidos, sin casos en ocho de sus veintiséis departamentos (Sobremonte, Río Seco, Tulumba, Ischilín, Totoral, Minas, Pocho y Tercero Arriba) y con casos aislados en otros siete (1 caso en Cruz del Eje, Río Primero, Río Segundo y Presidente Roque Sáenz Peña; 2 en Juárez Celman; y 3 en Calamuchita y General Roca). Las variantes ensayadas vienen cumpliendo su cometido, y han sido respetuosas del esquema dispuesto por la Nación, sin que hasta ahora se hayan admitido impugnaciones⁶⁰ a las disposiciones, en sede judicial⁶¹.

Decíamos que se compara a este contexto con el de 1929 y se asume que la debacle fue provocada por el coronavirus (como paralelo con la crisis financiera norteamericana y el quiebre bursátil). Ello es impreciso. Se trata el actual de un largo período de debilitamiento de la política, precarización de la economía, relajación de estructuras gubernamentales,

⁵⁹ Datos correspondientes a la fecha de conclusión de este trabajo (30 de junio de 2020). Según datos de la OMS, la cantidad de infectados en el mundo asciende a 10.185.374 personas infectadas, 503.862 muertos, en 185 países.

⁶⁰ Más allá de algunas críticas (razonable en un Estado de Derecho) por partidos políticos (o su expresión en el Poder Legislativo, que acompañó la virtualidad), o por grupos perjudicados y organizaciones de la sociedad civil.

⁶¹ Excluimos de estas consideraciones a la ley 10.694 (reforma previsional), cronológica y políticamente enmarcada en el contexto de restricciones financieras determinado por el contexto de pandemia, pero cuyo contenido se entronca con otra problemática de raíz más profunda y de añeja data, cual es el costoso e inviable (de no mediar sensibles y permanentes aportes de los Tesoros Nacional y Provincial) sistema jubilatorio de los empleados públicos de la Provincia de Córdoba.

burocratización inoficiosa de los organismos internacionales, muy diferente al de la primera posguerra (aunque se encuentren algunos elementos sucedáneos, estimulantes de las analogías), que estalló cuando la infección virósica nacida como epidemia en China a fines de 2019, no pudo detenerse con medidas sanitarias convencionales y se desparramó por el mundo. Si no previsible, se puede afirmar que era probable, y muchos⁶² lo advirtieron.

Insistimos en las diferencias con la Depresión. La política y la sociedad cambiaron desde 1929 y consideramos que el grave y extenso efecto de reproducción económica y política en muchos países de los cinco continentes que aquella desencadenó⁶³, hoy puede ser anticipado.

En un contexto singular, que ha apurado ciertos cambios y postergado otros pasos en las convenciones sociales (culturales, morales, políticas, jurídicas, etc.), las subjetividades (expectativas) y objetividades (estándares) se modificarán inevitablemente, condicionadas por los nuevos problemas y demandas⁶⁴, que aunque compartimentados (ante el repliegue jurisdiccional y las retracciones comunitarias), reproducirán contenidos parecidos⁶⁵.

64 En este sentido, además de todas las medidas compensatorias, protectorias de ciertos segmentos más vulnerables y de organización del sistema, también avanzan medidas tendientes a replantear la convivencia. Entre ellas mencionados dos proyectos con estado parlamentario y consenso para su aprobación pronta: el ya citado 30673, que establece en su artículo 2: "Toda persona humana o jurídica, que incumpliere con las medidas, disposiciones, recomendaciones, resoluciones, protocolos o instrucciones de seguridad o sanitarias referidas en el artículo precedente, será sancionada con multa de entre Pesos Cinco Mil (\$ 5,000,00) y Pesos Quinientos Mil (\$500,000,00). Cuando la infracción sea cometida por personas jurídicas la sanción recaerá sobre los titulares, propietarios, explotadores y/o locadores de los establecimientos detallados por el Centro de Operaciones de Emergencia en sus respectivos Anexos. La multa podrá ser morigerada en la mitad de la escala sancionatoria si el infractor colabora con la investigación epidemiológica, de acuerdo a los requerimientos de la Autoridad de Aplicación" (esta última será el Ministerio de Salud que podrá articular el control con municipios y comunas), destinado a influir en la conducta individual y colectiva de modo inmediato. Asimismo, es interesante citar el proyecto 30578, iniciativa del Legislador (Presidente Provisorio del Cuerpo) González (luego se sumaron otros legisladores), y avalada por el Consejo Médico de Córdoba, que promueve la modificación del artículo 67 del Código de Convivencia Ciudadana, en lo que refiere al agravio de centros educativos y de salud: Serán sancionados con hasta diez (10) días de trabajo comunitario, multa de hasta veinte Unidades de Multa (20 UM) o arresto de hasta tres (3) días los que profirieren gritos, insultos, exhiban o hicieren exhibir, carteles, imágenes o escritos que tengan contenido discriminatorio o realicen señas o ademanes capaces de turbar, intimidar, menoscabar psicológicamente o inferir agravio a la investidura, condición sexual, buen nombre u honor del personal docente o no docente de instituciones públicas o privadas, profesionales o no, ya sea que el hecho tenga lugar dentro del establecimiento donde se desempeña, o fuera de él, siempre que la conducta esté motivada en razón del ejercicio de su actividad, profesión, función o cargo. La misma sanción se aplicará cuando las víctimas de las conductas referidas en el párrafo anterior fueran médicos o integrantes de los equipos de salud, profesionales o no, ya sea que el hecho tenga lugar dentro del establecimiento donde se desempeña, o fuera de él, siempre que la conducta esté motivada en razón de su tarea, función o cargo. Las sanciones previstas en los dos párrafos anteriores también se aplicarán a quienes inciten a desarrollar las conductas descriptas, para provocar discriminación, odio o violencia contra el personal de centros educativos o de salud. El máximo de las sanciones previstas se duplicará si se hubiere puesto en riesgo la integridad física, moral o bienes de la persona afectada, cuando el hecho se hubiere producido en el domicilio real o laboral de la víctima, dentro de un establecimiento educativo o de salud, en ocasión de celebrarse un acto público, o si existiera reincidencia".

65 Esta crisis ha mostrado, por ejemplo, la necesidad de repensar la idea de "área metropolitana". Este concepto surgió hace varias décadas, para aludir al conurbano de ciudades y localidades que rebalsaron, en su interacción, vinculación y necesidades, los límites de sus respectivos municipios, constituyendo una única mancha urbana (Gran Buenos Aires, Gran Rosario, Gran Mendoza, etc.) entendiéndose incluidos espacios de amortiguación o menos poblados entre jurisdicciones. El acelerado crecimiento de estas manchas ha hecho que en la práctica, frente a la pandemia, la división jurisdiccional ha casi dejado de corresponder a los entramados urbanos y ha sido fuente de conflicto: particularmente se ha advertido en el AMBA, en la que confluyen: Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Estado Nacional (atento a ser la CABA "Capital Federal"), Provincia de Buenos Aires y numerosos municipios que integran el Conurbano, hoy la zona más afectada por el Covid-19 y territorio principal de circulación del virus, que como se sabe volverá a la Fase 1 de aislamiento a partir del 1/7/2020. En el AMBA viven 16 millones de personas, equivalentes al 35% de la población del país, en el 1% del territorio y se concentran el 93,5% de todos los nuevos positivos. Según datos del Ministerio de Transporte de la Nación, 1.027.732 de personas se trasladaron diariamente en trenes, subtes y colectivos en dicha área durante el mes de junio. Francisco Delich, en un texto póstumo (2017: 180-181) estudia al Gran Buenos Aires y expresa: "La Megalópolis absorbe las fronteras, definidas como un espacio social-territorial que establece identidades dinámicas (...) se produce una ruptura entre los objetivos (reconocimiento de identidades) y los medios institucionales disponibles. La frontera genera una cultura de la innovación y la transgresión. En este proceso de absorción-fusión, las identidades de origen son a ka vez reconocidas y subordinadas, impulsadas a convivencias sincréticas y conflictivas, que no necesariamente encuentran contención en la identidad

En nuestra Provincia, el Área Metropolitana Córdoba, es un entramado complejo que vincula a más de 40 municipios en una superficie diez veces mayor a la de la ciudad capital, si nos atenemos a las especificaciones de la ley 9.841 (Plan Metropolitano de Usos del Suelo). Esta sucesión contigua de jurisdicciones locales, de muy diverso tamaño y problemática, aunque unidas por la pertenencia a un mismo espacio y una comunidad en la que conviven las nociones de "centro", "periferia" y "frontera", expone los flancos de la tradicional división municipal, y exige la necesidad de replantear diversos objetivos e instrumentos, particularmente en lo que al abordaje sanitario se refiere.

En las actuales metrópolis-megalópolis a una única urbe le corresponden varios municipios coexistiendo. La importancia de las áreas metropolitanas para la economía y el desarrollo, más su impacto (por presión), provocan la interferencia y la acción simultánea de varios niveles de gobierno. Esa coordinación es la clave del abordaje exitoso de la pandemia a nivel nacional y probablemente sea el desafío más significativo que deba enfrentar Córdoba.

⁶² Aún en los hoy gravemente comprometidos Estados Unidos, ponemos como ejemplo a G.W. Bush, B. Obama o B. Gates

⁶³ Ampliamos en Ortega, Espósito y Ferrer (2020).

Los estados nacionales y subnacionales, sobreexigidos, van encontrando sus estrategias.

Es un momento oportuno para seguir aprendiendo de la experiencia, con humildad, prudencia, profesionalismo y seriedad, como se hizo en experiencias recientes⁶⁶.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Aldao, M. y Clérico, L. (2019) El derecho social autónomo a la salud y sus contenidos. El caso Poblete Viches y el examen de (in)cumplimiento de las obligaciones impostergables y no ponderables. En Antoniazzi, M. y Clérico L. (coords.). *Interamericanización del derecho a la salud. Perspectivas del caso Poblete de la Corte IDH*. Disponible en: https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/12/5591/12.pdf
- Delich, F. (2017). Megalópolis. Buenos Aires: Eudeba.
- Ferrer, S. (2020). El Derecho. Aislamiento Social Obligatorio. Consecuencias Jurídicas. Conferencia dictada en el marco del *Ciclo de Opiniones de Especialistas* organizada por el Colegio de Abogados de Córdoba. Disponible en: https://www.youtube.com/watch?v=aBnXpe_fTMM
- Organización Mundial de la Salud (OMS). Alocución de apertura del Director General de la OMS en la rueda de prensa sobre la Covid-19 celebrada el 11 de marzo de 2020. *OMS*, 11-03-2020. Disponible en: https://www.who.int/es/dg/speeches/detail/who-director-general-s-opening-remarks-at-the-media-briefing-on-covid-19---11-march-2020
- Ortega, J.E. y Espósito, S. (2020). Coronavirus COVID-19: 3 semanas. *La Ley on line*. AR/DOC/980/2020.
- Ortega, J.E., Espósito, S. y Sopranzi, G. (2020). Apuntes sobre servicios esenciales y pandemia. En Altavilla, C. y Villegas, C. (dirs) *Los desafíos del Derecho frente a la Pandemia COVID-19.* Disponible en: https://latam.lejister.com/pop.php?option=articulo&Hash=c71 cca0ba80487b44ca2be7cdd0cdb26&from section=doctrina fund
- Ortega J.E., Espósito S. y Ferrer J., (2020). Estados, pandemias, guerras y excepcionalidad. En Ortega J.E. y Specchia N. (editores), *El Crepúsculo de las simples cosas. Lecturas esperanzadas y perspectivas críticas para un Sur en pandemia.* Córdoba: Editorial de la U.N.C.
- Riccobene, A. (2020). Teletrabajo: ¿Cómo se implementará? *Página 12*. 30-06-2020. Disponible en: https://www.pagina12.com.ar/275444-teletrabajo-como-se-implementara

TRANSPORTE MARÍTIMO Y TRANSPORTE AÉREO INTERNACIONALES EN EL CONTEXTO DE LA PANDEMIA DE LA COVID-19

INTERNATIONAL MARITIME AND AIR TRANSPORT IN THE CONTEXT OF THE COVID-19 PANDEMIC

Guillermo C. Ford Ferrer¹

DOI: https://doi.org/10.37767/2591-3476(2020)22

RESUMEN:

Tanto en el ámbito del transporte marítimo, como en el del transporte aéreo, los organismos internacionales de derecho público y de derecho privado han hecho honor a la característica de dinamismo evolutivo de sus respectivos regímenes jurídicos, reaccionando muy rápidamente al contexto de la pandemia del Covic-19. Es así como producidos los primeros informes de la OMS, dichas entidades comenzaron a dictar un conjunto de resoluciones y disposiciones tendientes a preservar la seguridad sanitaria de los transportes involucrados, con la particularidad de que tales medidas no constituyan obstáculos absolutos para la conectividad y la comercialización de bienes considerados de consumo esencial. Al mismo tiempo se programa un retorno seguro a la normalidad y el pleno desarrollo de la libre circulación de personas y bienes.

ABSTRACT

Both in the field of maritime transport and air transport, international bodies governed by public and private law have honored the evolutionary dynamism of their respective legal regimes, reacting very quickly to the context of the Covic pandemic -19. Thus, when the first OMS reports were produced, these entities began to issue a set of resolutions and provisions aimed at preserving the health security of the transport involved, with the particularity that such measures do not constitute absolute obstacles to connectivity and commercialization. of goods considered essential consumption. At the same time, a safe return to normality and the full development of the free movement of people and goods are scheduled.

PALABRAS CLAVE: transporte marítimo; transporte aéreo; Covid-19; seguridad sanitaria.

KEY WORDS: maritime transport; air transport; Covid-19; health security.

¹ Director de Carreras Jurídicas de la Universidad Blas Pascal; miembro de la Asociación Latino Americana de Derecho Aeronáutico y Espacial; Profesor Titular de Derecho del Transporte y de las Telecomunicaciones de la Carrera de Abogacía de la Universidad Blas Pascal; miembro del Consejo Científico de la Revista Derecho y Salud de la Universidad Blas Pascal. Contacto: gford@ubp.edu.ar. ORCID iD: https://orcid.org/0000-0002-1687-4955.

I. Introducción.

Francisco de Vitoria (s. XVI), fundador de la escuela teológica española, predicó sobre el derecho a comunicarse y particularmente acerca del "ius peregrinandi", que junto al "jus comerci", eran para el Maestro salamanquino, parte los derechos humanos universales básicos comunes a todo el orbe. "... Tanto el ius peregrinandi como el ius degendi constituyen los primeros derechos que Vitoria hace derivables del principio de "sociedad y comunicación natural" y los comprende como la libertad de los extranjeros de transitar, inmigrar y residir en las tierras a donde se dirigen, estando condicionados a su ejercicio pacífico y a la ausencia de cualquier agravio, perjuicio y daño a los habitantes nativos...".²

La Revolución Francesa confirmó esta concepción a través de la afirmación de la libertad que implica la de trasladarse de un país a otro y comerciar³.

Hoy en día, dicha libertad se ve amenazada por la pandemia como en otros tiempos, por sucesos absolutamente extraordinarios, como la fiebre española de 1918, la Gran Depresión iniciada en octubre de 1929 o las grandes guerras mundiales del siglo XX.

La gran paradoja del transporte, como actividad instrumento del ejercicio de dichas libertades es que, tanto sirve para la comunicación como la propagación de enfermedades infectocontagiosas. De ahí que las normativas sanitarias son inherentes al derecho de la navegación por agua, por lo menos desde el siglo XIV

La peste "Negra" que acabó con un tercio de la población de Europa en el siglo XIV, fue traída por barco, según se afirma, y se sabía que fue transmitida por ratas, razón por la cual "El Consulado del Mar de Barcelona", contenía la norma "sanitaria" que obligaba a todas las embarcaciones contar "un gato a bordo"⁴.

En el orden interno de la República Argentina, las enfermedades infectocontagiosas están implícitas y atraviesan toda la legislación marítima como riesgos potenciales. Basta referirse a la visita sanitaria previa al desembarco de cada buque que arriba a puerto, o a las facultades del capitán del buque en la preservación de las condiciones higiénicas o sanitarias de la embarcación⁵.

El problema actual es que la tecnología aeronáutica, ha acelerado los tiempos de los traslados y los viajes que demoraban muchos días en buque, se pueden medir en horas en aeronave, por lo que la Aviación Comercial, se ha convertido en uno de los vectores de contagio que ha contribuido a que una enfermedad que podría haber quedado confinada a una región o continente, se haya esparcido con una celeridad atroz a lo largo y a lo ancho de todo el mundo. Esto no disminuye la gran importancia que tiene en la propagación de enfermedades, la tradicional navegación marítima, ya que, si bien tiene la característica de una mayor lentitud que la aeronáutica, contribuye a la pandemia con la alta concentración de personas en espacios cerrados relativamente reducidos. Los grandes transatlánticos tipo crucero, pueden transportar más de 3000 personas entre

² AÑAÑOS MEZA, María C. (2012): "Sociedad y comunicación natural -de Francisco de Vitoria. Tras las huellas de su concepto a la luz de la teoría del dominio"; Anuario mexicano de derecho internacional; versión impresa -ISSN 1870-4654. Anuario Mexicano de Derecho Internacional. Volumen 12, México ene. 2012. URL:http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=\$1870-46542012000100015 (Fecha de consulta: 26 de junio de 2020).

³ THIERS, Adolphe (1846) "Historia del Consulado y del Imperio – De la historia de la Revolución Francesa" traducción al castellano por Don Joaquín Pérez Comoto, Tomo I, Madrid, Ed. P. Mellano, p. 171.

⁴ ROMERO BASALDÚA, Luis C. (1996): "Derecho Marítimo", Córdoba, Ed. Lerner, p. 75.

⁵ Conf. Art 35 y 131 inc. "j", Ley 20.094.

tripulantes y pasajeros, con el grave riesgo de contagio que esto conlleva.

El transporte marítimo de mercaderías, si bien tiene baja concentración humana por tener una tripulación escasa, representa también un peligro por la eventual contaminación de los bienes transportados que se trasladan miles de kilómetros de distancia.

Esta compleja problemática ha generado en este contexto pandémico, la lógica y razonable preocupación de una gran cantidad de gobiernos, por restringir (cuando no, lisa y llanamente prohibir) las actividades de transporte en todas sus formas, tanto internacional como interno.

II. Transporte marítimo internacional y Covid/19

En el en ámbito de la Organización Marítima Internacional (O.M.I.) se dictó la "Declaración conjunta sobre la respuesta al brote de COVID-19 – 13 de febrero de 2020 " la cual expresa haberse fundado en los consejos proporcionados, el 30 de enero de 2020, por el Comité de Emergencias constituido en virtud del Reglamento Sanitario Internacional (IHR) (2005).⁶

Basada en las recomendaciones elaboradas por la OMS, la Organización Marítima Internacional (OMI) publicó la circular nº 4204, el 31 de enero de 2020, para proporcionar información y orientaciones sobre las precauciones que deben adoptarse a fin de reducir al mínimo los riesgos del nuevo coronavirus (COVID-19) para la gente de mar, los pasajeros y otras personas a bordo de los buques.

De acuerdo con los consejos del Comité de Emergencias, el Director General de la OMS no recomendó que se impusieran restricciones a los viajes o al comercio, no obstante, lo cual, en la realidad está predominando la actitud unilateral de muchos países que están lisa y llanamente prohibiendo el ingreso y egreso de buques de sus respectivos estados. En efecto, los países están adoptando medidas adicionales tales como la demora del despacho en los puertos o la denegación de la entrada, lo que puede ocasionar para las autoridades de la O.M.l. graves trastornos para el tráfico marítimo internacional, en concreto para los buques, sus tripulaciones, pasajeros y cargas.

La OMS está manteniendo estrechas consultas con la OMI y otros socios para ayudar a los Estados a garantizar que las medidas de sanidad se implantan de modo que se *reduzcan al mínimo las interferencias innecesarias con el tráfico y el comercio internacionales.*

A este respecto, la OMS y la OMI hacen un llamamiento a todos los Estados para que respeten las prescripciones de "libre plática" para los buques (IHR (2005), artículo 28) y los principios de atención adecuada de todos los viajeros y la prevención de demoras innecesarias para los buques, las personas y los bienes a bordo, reconociendo al mismo tiempo la necesidad de evitar la introducción o propagación de la enfermedad.

Los Estados Partes, en este sentido, se han comprometido a proporcionar una respuesta de salud pública a la propagación internacional de enfermedades "proporcionada y restringida a los riesgos para la salud pública y evitando al mismo tiempo las interferencias innecesarias con el tráfico y el comercio internacionales".

⁶ ORGANIZACIÓN MARÍTIMA INTERNACIONAL (2020): "Declaración conjunta sobre la respuesta al brote de COVID-19 – 13 de febrero de 2020" – http://www.imo.org/en/MediaCentre/HotTopics/Documents/SP.pdf (Fecha de consulta: 20 de junio de 2020).

Además, en el Convenio para facilitar el tráfico marítimo internacional de la OMI (conocido comúnmente como el "Convenio de facilitación") se indica que los Estados que no sean Partes se esforzarán por aplicar este Reglamento al transporte marítimo internacional.

Por consiguiente, las medidas que interfieren con el tráfico marítimo internacional están sujetas a las disposiciones del IHR (2005), incluidas las prescripciones específicas expuestas en el artículo 43.

Además, es esencial que los Estados Partes implanten el IHR con respeto pleno de la dignidad, los derechos humanos y las libertades fundamentales de las personas, según se indica en el artículo 3 1). Los principios destinados a evitar las restricciones o las demoras innecesarias a la entrada en puerto de los buques, las personas y los bienes están consagrados en los artículos I y V y en el capítulo 6 del anexo del Convenio de facilitación. El IHR y las reglas de la OMI han de aplicarse de manera uniforme para garantizar sus objetivos comunes. En particular, las autoridades del Estado de abanderamiento, las autoridades del Estado rector del puerto y los regímenes de control, las compañías y los capitanes de buque deben cooperar, en el actual contexto del brote, para garantizar que, cuando proceda, los pasajeros pueden embarcar y desembarcar, las operaciones de carga pueden proseguirse, los buques pueden entrar y salir de los astilleros para proceder a reparaciones y reconocimientos, las mercancías y suministros pueden cargarse y las tripulaciones pueden turnarse.

En dicho contexto, la O.M.I. como organismo mundial rector de la navegación marítima ya ha dictado numerosas disposiciones que se detallan a continuación:

- Circular No.4203. Add.1 (12 de febrero de 2020) tiene como objetivo proporcionar información y orientaciones, basadas en las recomendaciones formuladas por la Organización Mundial de la Salud (OMS) y la División de gestión de la atención sanitaria y seguridad y salud ocupacionales (DHMOSH), de las Naciones Unidas, sobre las precauciones que es preciso adoptar para reducir al mínimo los riesgos para los delegados que asisten a las reuniones celebradas en la Organización Marítima Internacional (OMI).
- Circular No.4204 (31 de enero de 2020). La cual se comentará más adelante.
- Circular No.4204/Add.1 (19 de febrero de 2020) brinda asesoramiento sobre la implantación y cumplimiento de los instrumentos pertinentes de la OMI.
- Circular No.4204/Add.2 (21 de febrero de 2020): incluye la Declaración conjunta y alienta a los Estados Miembros y organizaciones internacionales a que la difundan lo más ampliamente posible.
- Circular N°.4204/Add.3 (2 de marzo de 2020) :contiene las Consideraciones operacionales para la gestión de los casos y brotes de COVID-19 a bordo de los buques de la OMS.
- Circular nº 4204/Add.4 (5 de marzo de 2020): COVID 19 Orientaciones de la ICS para los operadores de buques para la protección de la salud de la gente de mar.
- Circular nº 4204/Add.5/Rev.1 (2 de abril de 2020): Coronavirus (COVID-19) -

Orientaciones relativas a la titulación de la gente de mar y del personal de los buques pesqueros.

- Circular nº 4204/Add.6 (27 de marzo de 2020): Coronavirus (COVID-19) Lista preliminar de recomendaciones para los Gobiernos y las autoridades nacionales pertinentes sobre la facilitación del comercio marítimo durante la pandemia de la COVID-19.
- Circular nº 4204/Add.7 (3 de abril de 2020): Coronavirus (COVID-19) Orientaciones relativas a los retrasos imprevistos en la entrega de buques.
- Circular nº 4204/Add.8 (14 de abril de 2020): Coronavirus (COVID-19) Reunión por videoconferencia con los regímenes de supervisión por el Estado rector del puerto (PSC).
- Circular nº 4204/Add.9 (16 de abril): Declaración conjunta OMI-OMA sobre la integridad de la cadena de suministro mundial durante la pandemia de la COVID-19.
- Circular nº 4204/Add.10 (22 de abril de 2020): Declaración conjunta OMI-OMS-OIT sobre los certificados médicos de la gente de mar, los certificados sanitarios de los buques y la atención médica de la gente de mar en el contexto de la pandemia de COVID-19.
- Circular nº 4204/Add.11 (24 de abril de 2020): Coronavirus (COVID-19) Directrices relativas a la protección de la salud, la repatriación y las disposiciones de viaje de la gente de mar, los pasajeros y otras personas que se encuentran a bordo de los buques.
- Circular nº 4204/Add.12 (27 de abril de 2020): Coronavirus (COVID-19) Declaración de los miembros de la Mesa redonda de autoridades portuarias (PAR) en vista de la situación mundial debida a la COVID-19.
- Circular nº 4204/Add.13 (5 de mayo de 2020): Coronavirus (COVID-19) Recomendaciones para los Gobiernos y las autoridades nacionales pertinentes a fin de facilitar la circulación del personal del sector de la energía mar adentro durante la pandemia de COVID-19.
- Circular nº No.4204/Add.14 (5 de mayo 2020): Coronavirus (COVID-19) Marco recomendado de protocolos para garantizar la seguridad de los cambios y los viajes de las tripulaciones de los buques durante la pandemia de coronavirus (CO-VID-19).
- Circular nº No.4204/Add.15 (6 de mayo de 2020): Coronavirus (COVID 19) Equipo de protección personal.
- Circular nº No.4204/Ad.d.16 (6 de mayo de 2020): Coronavirus (COVID 19) Coronavirus (COVID-19) Directrices relativas a la COVID-19 para garantizar la seguridad de la interacción a bordo entre el personal del buque y el personal en tierra.
- Circular No.4204 (31 de enero de 2020).

Esta última, que es la primera en orden cronológico, merece comentarse en profundidad ya que tiene como objetivo "....proporcionar información y orientaciones, basadas en las recomendaciones formuladas por la Organización Mundial de la Salud (OMS) sobre las precauciones que es preciso adoptar para reducir al mínimo los riesgos del nuevo coronavirus (2019-nCoV) para la gente de mar, los pasajeros y las demás personas a bordo de los buques..." 7.

Después de relatar los antecedentes de la cuestión, destaca que la OMS ha estado trabajando con las autoridades chinas, los gobiernos y los expertos de todo el mundo para difundir rápidamente los conocimientos científicos que se tienen sobre el nuevo virus, seguir de cerca su propagación y virulencia, y proporcionar asesoramiento sobre las medidas que se pueden adoptar para proteger la salud pública y evitar la propagación de este brote.

Continúa expresando más adelante que el 30 de enero de 2020, la OMS declaró que el brote de nuevo coronavirus (2019-nCoV) constituía "...una emergencia de salud pública de importancia internacional, cuyas manifestaciones comunes de la infección incluyen síntomas respiratorios, fiebre, tos, disnea y dificultades para respirar. Se aclara que, en casos más graves, la infección puede causar neumonía, síndrome respiratorio agudo severo, insuficiencia renal e, incluso, la muerte. La infección de un ser humano a otro puede producirse durante el periodo de incubación (antes de que las personas muestren señales de la enfermedad) ...".

Se agrega en la circular que los coronavirus pueden ocasionar síntomas más graves en las personas que tengan un sistema inmunológico debilitado, las personas mayores y las que tienen enfermedades prolongadas tales como la diabetes, el cáncer y la enfermedad pulmonar crónica.

Luego se concentra en consejos prácticos, puntuales: 1 .evitar el contacto directo con personas que padezcan infecciones respiratorias agudas; .2 lavarse las manos frecuentemente, especialmente después del contacto directo con personas enfermas o su entorno; .3 evitar el contacto sin protección con animales de granja o animales salvajes; .4 las personas con síntomas de una infección respiratoria aguda deberían adoptar el comportamiento correcto al toser (mantener cierta distancia con los demás, cubrirse la nariz y la boca con pañuelos desechables o ropa al estornudar o toser, y lavarse las manos); y .5 durante la atención sanitaria, reforzar las prácticas normales de prevención y control de las infecciones en los hospitales, especialmente en los departamentos de emergencias.

Por otra parte, señala el documento que la OMS no recomienda adoptar ninguna medida de salud específica para las personas que viajan. No obstante, se alienta a los viajeros que desarrollen síntomas que sugieran una enfermedad respiratoria aguda, ya sea durante o después del viaje, a que soliciten atención médica y expliquen al profesional sanitario el trayecto que han realizado.

Destaca el deber de las autoridades sanitarias de colaborar con los sectores de los viajes, el transporte y el turismo para proporcionar a los viajeros información destinada a reducir el riesgo general de transmisión de infecciones respiratorias agudas a través de los centros de salud, las agencias de viajes, los operadores de transporte y los puntos de entrada.

Asimismo, aconseja a los viajeros que hayan tenido contacto con casos confirmados de la enfermedad o exposición directa a una fuente potencial de infección, someterse a observación médica y explicar al proveedor de cuidados sanitarios el trayecto que han realizado.

Finalmente se destaca que los pasajeros, en casos de alto riesgo deberían evitar viajar durante el periodo de incubación (14 días).

En otro orden de ideas, la circular pone énfasis al afirmar que "…la OMS aconseja que se apliquen medidas para limitar el riesgo de exportación o importación de la enfermedad sin que esto imponga restricciones innecesarias al tráfico internacional…". (el énfasis pertenece al autor de este trabajo) y se aconseja a los Estados Miembros que insten a todas las partes interesadas (compañía, gestores, agentes de tripulación, etc.) a que promulguen información para garantizar que la gente de mar, los pasajeros y las demás personas a bordo de los buques disponen de información correcta y pertinente sobre el brote del coronavirus y sobre las medidas para reducir el riesgo de exposición si es probable que vayan a bordo de buques con destino o procedencia de puertos en los Estados afectados por el coronavirus.

No obstante todas estas declaraciones y recomendaciones de la O.M.I., como se adelantó al principio del presente trabajo, el tratamiento que hay recibido algunos buques, sus tripulaciones y pasajeros, particularmente los dedicados a la actividad de Cruceros, por parte de gran cantidad de Estados, puede calificarse de vergonzosa, cuando no lisa y llanamente violatoria de derechos humanos fundamentales⁸.

III. El transporte aéreo internacional y el Covid/19

Es más que evidente que la crisis sanitaria derivada de la COVID-19 está teniendo un grave impacto a nivel económico y social. La paralización de gran parte de la actividad aérea en una gran cantidad de países. Es así como, con la salvedad de unos pocos países, principalmente EEUU, solamente se han mantenido en estos meses pocos vuelos, algunos para repatriaciones y las operaciones especiales de carga para el traslado de material sanitario, tanto es así que los especialistas en Derecho Aeronáutico⁹, están invirtiendo gran parte de su tiempo de estudios en estudiar la legislación de Concursos y Quiebras.

1. Ámbito Internacional

En el ámbito de organizaciones internacionales, hay un foro constituido para la gestión de estas crisis sanitarias donde se aúnan todos los intereses en presencia. Esta es la CAPSCA (Collaborative Arrangement for the Prevention and management of public healthevents in Civil Aviation), y forman parte de este acuerdo de colaboración que asiste a los países y otros territorios en la preparación de planes de respuesta a las pandemias: las autoridades de aviación civil, las autoridades sanitarias, los aeropuertos, los servicios de gestión del tráfico aéreo y las aerolíneas a través de sus principales foros de representación. Sus actuaciones se desarrollan con total seguimiento del Anexo 14 al Convenio de Chicago para la Aviación Civil Internacional y al resto de los estándares y prácticas

⁸ DIARIO INFOBAE (2020): "Los argentinos que pasan la cuarentena en un crucero donde hubo muertos por coronavirus" https://www.infobae.com/sociedad/2020/04/13/los-argentinos-que-pasan-la-cuarentena-en-un-crucero-donde-hubo-muertos-por-coronavirus-es-una-pesadilla/ (fecha de consulta: 24 de junio de 2020).

⁹ GUERRERO LEBRÓN, María Jesús (2020a) y BLANCO SÁNCHEZ, María Jesús (2020b): "Crónica de actuaciones relevantes en aviación con motivo de la crisis sanitaria derivada de la Covid-19"; file:///C:/Users/Usuario/Desktop/CRONICA%20GUERRERO%20LEBR%C3%93N.pdf (Fecha de consulta: 20 de junio de 2020).

recomendadas (anexos 6, 9, 11 y 14) y procedimientos, así como a las regulaciones de la Organización Mundial de la Salud (OMS), como asimismo de la normativa elaborada elaboradas por la OACI, la OMS, la *Airports Council International* (ACI) y la IATA.

Dentro de este contexto merece destacarse la elaboración por parte de la OACI del *Handbook for CAAs on the Management of Aviation Safety Risks related to COVID-19*¹⁰, cuyo propósito es ayudar a los países a enfrentar los riesgos de seguridad operacional de la aviación derivados de los efectos de la pandemia de la COVID-19 a escala mundial. Ha sido preparado específicamente para quienes se encargan de la reglamentación nacional y las administraciones de aviación civil. Recoge aspectos sobre la gestión de riesgos de seguridad operacional de la aviación relacionados con la COVID-19 y se elaboró con el apoyo de los miembros especialistas en aviación del Grupo de expertos sobre gestión de la seguridad operacional de la OACI.

Otra actuación de OACI, digna de reseña, ha sido el establecimiento de un nuevo grupo de trabajo para la recuperación de la aviación en respuesta a los graves impactos que está sufriendo el sector debido a la pandemia del COVID19, que tendrá por identificar y recomendar prioridades estratégicas y políticas para los Estados y los operadores de la industria.

El 11 de mayo de 2020 la OACI ha emitido en forma de Boletín electrónico el documento *Implementing a public health corridor (PHC) to protect flight crew during the COVID-19 pandemic (cargo operations)*, recomendando la implantación del concepto de "corredor de salud pública" (PHC), basado en la gestión de los principios de seguridad con el elemento clave de plantilla, aeronaves, aeropuertos y pasajeros limpios, entendiéndose por "limpio" en este contexto como "libre de COVID-19".

En el ámbito privado, la IATA recoge en una Guía recomendaciones para las operaciones de cabina durante y después de la pandemia (*Guidance for Cabin Operations During and Post Pandemic*). Tiene por finalidad principal ayudar a las aerolíneas a superar los desafíos sanitarios, reglamentarios, de capacitación, operacionales y de confianza que ha generado la crisis del coronavirus y contribuir a la formulación de procedimientos alternativos hasta que se levanten todas las restricciones¹¹.

La misma organización, uniendo esfuerzos con la ACI (Airports Council International), ha emitido la guía titulada *Safely Restarting Aviation: ACI and IATA Joint Approach*¹² en la que propone las medidas a adoptar para encontrar el equilibrio entre la mitigación de los riesgos y la necesidad de desbloquear las economías y hacer posibles los viajes en un futuro inmediato. Por su parte, cabe señalar que la *Flight Safety Foundation* ha publicado una Guía que lleva por título *An Aviation Professional`s Guide to Wellbeing* y que tiene por finalidad dar una serie de consejos a los profesionales de la aviación para el mantenimiento del bienestar en el contexto de crisis. El documento describe la idea de bienestar y ofrece algunas herramientas simples, basadas en algunos conceptos psicológicos fundamentales orientados a la toma de decisiones y a la adopción de medidas que mejoren

¹⁰ ORGANIZACIÓN DE AVIACIÓN CIVIL INTERNACIONAL (2020): "Doc 10144 ICAO, first edition, May 2020" .https://www.icao.int/safety/SafetyManagement/Doc10144/Doc%2010144.pdf (Fecha de consulta: 20 de junio de 2020).

¹¹ ASOCIACIÓN INTERNACIONAL DE TRANSPORTE AÉREO (2020): "Guidance cabin operations during post pandemic"; https://www.iata.org/contentassets/df216feeb8bb4d52a3e16befe9671033/iata-guidance-cabin-operations-during-post-pandemic.pdf (fecha de consulta: 20 de junio de 2020).

¹² ASOCIACIÓN INTERNACIONAL DE TRANSPORTE AÉREO (2020): "Join approach ACI-IATA to safety restart aviation", https://www.iata.org/contentassets/5c8786230ff34e2da406c72a52030e95/safely-restart-aviation-joint-aci-iata-approach.pdf (Fecha de consulta: 20 de junio de 2020).

o mantengan el estado de bienestar en aspectos como el manejo del estrés, el sueño, la dieta, el ejercicio, las relaciones sociales y otras actividades.

2. Unión Europea

Unión Europea también ha desplegado un complejo de medidas orientadas a gestionar la crisis sanitaria. Eurogrupo, como órgano informal, se ha revelado como esencial, toda vez que las instituciones carecen de competencias en ciertos ámbitos en donde debían adoptarse determinadas medidas con carácter de urgente. Particularmente la Comisión, se ha visto obligada a intervenir con numerosas comunicaciones ante las especiales circunstancias que estamos viviendo.

Por lo que respecta al ritmo al que se han ido paralizando y después reactivando las operaciones aéreas, se han emitido documentos orientativos en todas las fases de esta crisis. Inicialmente, para restringir las operaciones, y en los últimos días para articular su reanudación:

- Comunicación de la comisión, Covid-19 Directrices sobre medidas de gestión de fronteras para proteger la salud y garantizar la disponibilidad de los bienes y de los servicios esenciales, 16 de marzo de 2020, 2020/C 86 I/01.
- Comunicación de la Comisión, Hoja de ruta común europea para el levantamiento de las medidas de contención de la COVID-19, de 27 de marzo 17 de 2020, (2020/C 126/01)
- Comunicación de la comisión sobre la puesta en marcha de los «carriles verdes» en el marco de las Directrices sobre medidas de gestión de fronteras para proteger la salud y garantizar la disponibilidad de los bienes y de los servicios esenciales, de 24 de marzo de 2020, 2020/C 96 I/01.
- Comunicación de la comisión, Directrices relativas al ejercicio de la libre circulación de los trabajadores, de 30 de marzo de 2020, (2020/C 102 I/03).
- Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo Europeo y al Consejo, sobre la evaluación de la aplicación de la restricción temporal de los viajes no esenciales a la UE, de 8 de abril de 2020, COM (2020) 148 final.

Por otro lado, el 15 de abril de 2020, la Comisión y el Consejo emitieron de forma conjunta una "Hoja de ruta común europea para el levantamiento de las medidas de contención de la COVID-19"¹³. Y el pasado 13 de mayo de 2020 se ha publicado la "COVID-19: Guidelines on the progressive restoration of transport services and connectivity" (C/2020, 3139 final)¹⁴.

Este documento se completa con la Communication from the Commission COVID-19, Towards a phased and coordinated approach for restoring freedom of movement and lifting internal border controls, de 13 de mayo de 2020, C (2020) 3250 final¹⁵, que plantea la

¹⁵ UNION EUROPEA (2020): "Communication from the Commission COVID-19, Towards a phased and coordinated approach for restoring freedom

TRANSPORTE MARÍTIMO Y TRANSPORTE AÉREO INTERNACIONALES EN EL CONTEXTO DE LA PANDEMIA DE LA COVID-19

desescalada en el transporte en cuatro fases, incluyendo la fase cero, que es la actual. La primera, con medidas muy restrictivas salvo para trabajadores como transportistas, empleados de fronteras, transfronterizos temporeros esenciales.

Durante la segunda fase, los Gobiernos nacionales, que son los que tendrán que ir implementando en función de la respectiva viabilidad las medidas, deberían levantar paulatinamente las prohibiciones más severas facilitando el tránsito por razones profesionales, personales o turísticas. Se invita a establecer corredores entre zonas razonablemente seguras, usando la información disponible, atendiendo siempre al lugar de residencia, no a la nacionalidad.

Con idéntica finalidad se efectúan recomendaciones en la "Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Committee of the Regions, Tourism and transport in 2020 and beyond, de 13 de mayo de 2020, COM (2020) 550 final^{16"}.

Específicamente para la aviación comercial se hace una remisión al documento de bases desarrolladas en forma conjunta por el Centro Europeo para el Control y la Prevención de Enfermedades (ECDC) y la Agencia Europea de Seguridad Aérea (EASA) (*EASA / ECDC technical operational guidelines*).¹⁷

La intervención de la Unión Europea también ha sido necesaria en aspectos relacionados como el Derecho de la competencia, por el temor fundado de que las empresas más sólidas económicamente cometan abuso de posición predominante y culminen aprovechando los quebrantos de sus competidoras, producto de la pandemia, para desplegar comportamientos monopólicos u oligopólicos.

Para citar un caso, el 19 de marzo, la Comisión europea aprobó un Marco Temporal permitiendo a los Estados miembros utilizar plenamente la flexibilidad prevista en las normas sobre ayudas estatales con el fin de respaldar la economía en el contexto del brote de la COVID-19.

Según las últimas modificaciones de esta normativa, la Comisión ha aprobado un importe estimado de 1,9 billones de euros en ayudas estatales a la economía de la UE, para aportar urgentemente la liquidez que necesitan las empresas, salvar puestos de trabajo, facilitar la investigación y el desarrollo y garantizar el suministro de productos para luchar contra el coronavirus.

Asimismo, el documento prevé los criterios en función de los cuales, los Estados miembros pueden facilitar a las empresas que lo necesiten recapitalizaciones y deuda subordinada, velando al mismo tiempo por unas condiciones de competencia equitativas en la UE. Las normas permiten, expresamente, adoptar medidas en sectores como el de la aviación y el turismo¹⁸.

of movement and lifting internal border controls" https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/communication_freemovement.pdf (Fecha de consulta: 20 de junio de 2020).

¹⁶ UNIÓN EUROPEA (2020): "Communication from the commission to the European Parliament, The Council and the European economic-social committee" --http://europeanmemoranda.cabinetoffice.gov.uk/memorandum/communication-from-the-commission-to-the-european-parliament-the-council-the-european-economic-social-committee-1589483560 (Fecha de consulta: 20 de junio de 2020).

¹⁷ UNIÓN EUROPEA/ EASA (2020): (EASA / ECDC technical operational guidelines) https://www.easa.europa.eu/document-library/general-publications/covid-19-aviation-health-safety-protocol (Fecha de consulta: 20 de junio de 2020).

Con referencia concreta al sector de la aviación, al inicio de la crisis de la COVID-19, la Comisión europea publicó el documento intitulado *Directrices interpretativas sobre los Reglamentos de la UE en materia de derechos de los pasajeros en el contexto de la situación cambiante con motivo de la COVID-19¹⁹. En éste se recoge información útil para los pasajeros, la industria y las autoridades nacionales, no sólo en el ámbito del transporte aéreo, sino que abarca el transporte por todos los medios que cuentan con una regulación comunitaria uniforme.*

En éste último se establecen criterios de interpretación de los derechos de los pasajeros cuando viajan en aeronave, así como las obligaciones correspondientes para los transportistas, por ejemplo, si los pasajeros se enfrentan a la cancelación de sus vuelos, pueden elegir entre el reembolso del precio del billete o el cambio de ruta para llegar a su destino final en una etapa posterior.

A pesar de que se sigue manteniendo el derecho del pasajero a elegir, y, a reclamar en último extremo el reembolso, la extrema situación de falta de liquidez que están viviendo las aerolíneas, y la presión adicional que estas reclamaciones podría representar para ellas, ha llevado a la Comisión a recomendar los bonos como alternativa viable y más atractiva al propio reembolso de los viajes cancelados en el contexto de la actual pandemia.

Se propone que dichos bonos de carácter voluntario tengan una protección (seguro) contra la insolvencia del emisor, tener un período mínimo de validez de doce meses y ser reembolsables transcurrido un año, como máximo, si no se han utilizado.

Asimismo, sugiere otorgar a los pasajeros suficiente flexibilidad danto varias opciones, como permitir que viajen en la misma ruta, con las mismas condiciones de servicio, o que reserven un viaje con servicios del mismo tipo o de calidad equivalente. También propone la transferibilidad del billete a otro viajero, operatoria que no está permitida comúnmente por disposiciones de IATA²⁰.

En otro orden de ideas, se procedió a la suspensión, hasta el 24 de octubre de 2020, de los requisitos de franjas horarias de aeropuerto (slots), que obligan a las aerolíneas a utilizar al menos el 80% de sus franjas horarias de despegue y aterrizaje para mantenerlas al año siguiente. Así queda establecido en el *Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo que modifica el Reglamento (CEE) n º 95/93 del Consejo sobre normas comunes para la asignación de franjas horarias en aeropuertos comunitarios*²¹. Si la situación grave actual persiste, la medida puede ampliarse rápidamente mediante un acto delegado en la Comisión. La Comisión supervisará la situación e informará al respecto antes del 15 de septiembre de 2020.

También en el ámbito comunitario, Agencia Europea de Seguridad Aeronáutica (EASA) ha dictado dos Directivas de seguridad, al amparo del artículo 76.6.b del Reglamento EU

¹⁹ UNION EUROPEA/ COMISIÓN EUROPEA (2020): "Directrices interpretativas sobre los Reglamentos de la UE en materia de derechos de los pasajeros en el contexto de la situación cambiante con motivo de la COVID-19"- https://ec.europa.eu/transport/sites/transport/files/legislation/c20201830_es.pdf (Fecha de consulta: 20 de junio de 2020).

²⁰ UNIÓN EUROPEA/ COMISIÓN EUROPEA (2020): "Commission recommendation of 13.5.2020 on vouchers offered to passengers and travellers as an alternative to reimbursement for cancelled package travel and transport services in the context of the COVID-19"-. https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/recommendation_vouchers_en.pdf (Fecha de consulta: 21 de mayo de 2020).

²¹ UNIÓN EUROPEA (2020): "Reglamento (ue) 2020/459 del parlamento europeo y del consejo del 30 de marzo de 2020"-https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?tri=CELEX:32020R0459 (Fecha de consulta: 24 de junio de 2020).

2018/1139. Ambas directivas fueron de las primeras normas que en materia de transporte aéreo y en relación con la COVID-19 emitió la Unión Europea, de efectividad prácticamente inmediata. Establecen una serie de requisitos de higiene, desinfección y limpieza de todas las aeronaves que operan desde destinos de alto riesgo después de cada vuelo, así como la obligación de los tripulantes de cabina de someterse a una cuarentena de 14 días en caso de haber tenido contacto directo con casos confirmados²².

Posteriormente, la EASA publicó la "Guía Provisional para la limpieza y desinfectado de los aviones en relación con la pandemia del SARS-CoV-2". Está constituida por un documento minuciosamente detallado, dirigido a las compañías aéreas y al sector auxiliar de limpieza de aviones, con directrices y protocolos muy precisos en cuando a los procedimientos a seguir²³.

El 13 de mayo de 2020 la Agencia Europea ha anunciado adicionales medidas para proporcionar alivio financiero a la industria de la aviación que se ha visto azotada por la crisis de la COVID-19, estableciendo que no cargará intereses por los pagos retrasados hasta el 1 de julio de 2020 por los cargos contemplados en el art. 4.3 del Reglamento de ejecución (UE) 2019/2153 de la Comisión, de 16 de diciembre de 2019, relativo a las tasas y derechos percibidos por la Agencia de la Unión Europea para la Seguridad Aérea, y por el que se deroga el Reglamento (UE) nº 319/2014²⁴.

Algunas reflexiones a modo de conclusión

Tanto en el ámbito del transporte marítimo, como en el del transporte aéreo, los organismos internacionales de derecho público y de derecho privado han hecho honor a la característica de dinamismo evolutivo de sus respectivos regímenes jurídicos, reaccionando muy rápidamente al contexto de la pandemia del Covic-19.

Es así como producidos los primeros informes de la OMS, dichas entidades comenzaron a dictar un conjunto de resoluciones y disposiciones tendientes a preservar la seguridad sanitaria de los transportes involucrados, con la particularidad de que tales medidas no constituyan obstáculos absolutos para la conectividad y el comercialización de bienes considerados de consumo esencial, como insumos médicos necesarios para el tratamiento del propio Covid-19, alimentos e insumos industriales y agropecuarios.

Asimismo, se han programado sistemáticamente medidas para la desescalada de la crisis, de manera de retornar lo más pronto posible a un nivel de actividad normal, de manera segura, pronta y ordenada.

No obstante, el cierre de fronteras dispuesto unilateralmente por la gran mayoría de los Estados y entes comunitarios para establecer barreras sanitarias, ha logrado perjudicar sustancialmente a las actividades del transporte marítimo y aéreo de pasajeros, a través de una gravísima restricción de los derechos humanos de desplazamiento y circulación de personas entre naciones, con directo impacto negativo en el turismo internacional y en la economía de una gran cantidad de países.

²² Op. Cit. Nº9.

²³ ABOGACÍA ESPAÑOLA-CONSEJO GENERAL (2020): "Actos normativos de relevancia en el ámbito del transporte aéreo tras la declaración mundial de la pandemia" - https://www.abogacia.es/actualidad/opinion-y-analisis/actos-normativos-de-relevancia-en-el-ambito-del-transporte-aereo-tras-la-declaracion-mundial-de-la-pandemia/ (Fecha de consulta: 24 de junio de 2020).

²⁴ Op. Cit. Nº9.

Esta última circunstancia, hace prever para la pos pandemia, nuevas formas de comercialización de servicios de transporte, apoyados por políticas de estado y fondos de los gobiernos y organizaciones internacionales de modo de adaptarlos a la nueva realidad a fin de lograr un razonable equilibrio entre seguridad sanitaria y actividad económica.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ROMERO BASALDUA, Luis C. (1996): "Derecho Marítimo", Córdoba, Ed. Lerner.
- THIERS, Adolphe (1846): "Historia del Consulado y del Imperio De la historia de la Revolución Francesa", traducción al castellano por Don Joaquín Pérez Comoto, Tomo I, Madrid, Ed. P. Mellano.
- AÑAÑOS MEZA, María C. (2012): "Sociedad y comunicación natural -de Francisco de Vitoria. Tras las huellas de su concepto a la luz de la teoría del dominio"; Anuario mexicano de derecho internacional; Anuario Mexicano de Derecho Internacional vol.12 México ene. 2012.URL:http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid = \$1870-46542012000100015 (Fecha de consulta: 26 de junio de 2020).
- GUERRERO LEBRÓN, María Jesús (2020ª) Y BLANCO SÁNCHEZ, María Jesús (2020b); "Crónica de actuaciones relevantes en aviación con motivo de la crisis sanitaria derivada de la Covid-19"; URL: file:///C:/Users/Usuario/Desktop/CRONICA%20GUERRERO%20 LEBR%C3%93N.pdf (Fecha de consulta: 20 de junio de 2020)
- ORGANIZACIÓN MARÍTIMA INTERNACIONAL (2020): "Declaración conjunta sobre la respuesta al brote de COVID-19 13 de febrero de 2020". http://www.imo.org/en/MediaCentre/HotTopics/Documents/SP.pdf (Fecha de consulta: 24 de junio de 2020).
- ORGANIZACIÓN DE AVIACIÓN CIVIL INERNACIONAL (2020): "Doc 10144 ICAO, first edition, May 2020".https://www.icao.int/safety/SafetyManagement/Doc10144/Doc%2010144.pdf (Fecha de consulta: 15 de junio de 2020).
- ORGANIZACIÓN MARÍTIMA INTERNACIONAL (2020): "Circular 4204 31 de enero de 2020 Nuevo Coronavirus 2019-Cov." (http://www.imo.org/es/MediaCentre/HotTopics/Documents/Circular%20n%C2%BA%204204%20-%20Nuevo%20Coronavirus%20(2019-Ncov)%20(Secretar%C3%ADa).pdf (Fecha de consulta: 10 de junio de 2020).
- ORGANIZACIÓN DE AVIACIÓN CIVIL INTERNACIONAL (2020): "Doc 10144 ICAO, first edition, May 2020" .https://www.icao.int/safety/SafetyManagement/Doc10144/Doc%20 10144.pdf (Fecha de consulta: 20 de junio de 2020).
- ASOCIACIÓN INTERNACIONAL DE TRANSPORTE AÉREO (2020): "Guidance cabin operations during post pandemic"; https://www.iata.org/contentassets/df216feeb8bb4d52a3e-16befe9671033/iata-guidance-cabin-operations-during-post-pandemic.pdf (fecha de consulta: 20 de junio de 2020).
- ASOCIACIÓN INTERNACIONAL DE TRANSPORTE AÉREO (2020): "Join approach ACI-IATA to safety restart aviation", https://www.iata.org/contentassets/5c8786230ff34e2da406c72 a52030e95/safely-restart-aviation-joint-aci-iata-approach.pdf (Fecha de consulta: 20 de iunio de 2020).
- UNION EUROPEA (2020): "Hoja de ruta común europea para el levantamiento de las medidas de contención de la COVID-19" -https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/joint_eu_roadmap_lifting_covid19_containment_measures_es.pdf (Fecha de consulta: 20 de junio de 2020).

- UNION EUROPEA (2020): "Communication from the Commission COVID-19, Towards a phased and coordinated approach for restoring freedom of movement and lifting internal border controls" https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/communication_freemovement.pdf (Fecha de consulta: 20 de junio de 2020).
- UNIÓN EUROPEA/ EASA/ ECDC (2020): "EASA / ECDC technical operational guidelines" https://www.easa.europa.eu/document-library/general-publications/covid-19-aviation-health-safety-protocol (Fecha de consulta: 20 de junio de 2020).
- UNION EUROPEA/ COMISIÓN EUROPEA (2020): "Directrices interpretativas sobre los Reglamentos de la UE en materia de derechos de los pasajeros en el contexto de la situación cambiante con motivo de la COVID-19" https://ec.europa.eu/transport/sites/transport/files/legislation/c20201830_es.pdf (Fecha de consulta: 20 de junio de 2020).
- UNIÓN EUROPEA/ COMISIÓN EUROPEA (2020): "Commission recommendation of 13.5.2020 on vouchers offered to passengers and travellers as an alternative to reimbursement for cancelled package travel and transport services in the context of the COVID-19"-. https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/recommendation_vouchers_en.pdf (Fecha de consulta: 21 de mayo de 2020).
- UNIÓN EUROPEA (2020): "Reglamento (ue) 2020/459 del parlamento europeo y del consejo del 30 de marzo de 2020"-https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX:32020R0459 (Fecha de consulta: 24 de junio de 2020).
- ABOGACÍA ESPAÑOLA-CONSEJO GENERAL (2020): "Actos normativos de relevancia en el ámbito del transporte aéreo tras la declaración mundial de la pandemia"- https://www.abogacia.es/actualidad/opinion-y-analisis/actos-normativos-de-relevancia-en-el-ambito-deltransporte-aereo-tras-la-declaracion-mundial-de-la-pandemia/ (Fecha de consulta: 24 de junio de 2020).

CORONAVIRUS CRISIS IN ITALY. FUNDA-MENTAL RIGHTS AND FREEDOMS: THE PRICE TO PAY FOR HUMAN HEALTH?

LA CRISIS CAUSADA POR EL CORONAVIRUS EN ITALIA. LOS DERECHOS Y LIBERTADES FUNDAMENTALES ¿EL PRECIO A PAGAR POR LA SALUD HUMANA?

Pablo S. Cejas Romanelli¹

DOI: https://doi.org/10.37767/2591-3476(2020)23

ABSTRACT

The results of the appearance of the novel coronavirus meant for many States, the application of restrictive measures of constitutionally protected rights and freedoms, with the aim -preliminarily- of protecting the health and integrity of people. Thus, a real "emergency legal framework" was created, with restrictions on interpersonal contact, and other daily situations in the life of any society.

Italy stood out for being the first country where COVID-19 attacked with particular virulence. The first steps of the government at the end of January 2020 were aimed at preventing the entry of people from China, and soon after, put in place much more restrictive measures as the number of deceased patients increased. However, to some extent, all the imposed restrictions seemed to have been a price to be paid in order to protect human health.

RESUMEN:

Los resultados de la aparición del novel coronavirus significó para muchos Estados, la aplicación de medidas restrictivas de derechos y libertades constitucionalmente tutelados, con el objeto -preliminarmente- de proteger la salud e integridad de las personas. Así, se dio paso a la creación de un verdadero "sistema jurídico de emergencia", con restricciones al contacto interpersonal, situaciones por demás cotidianas en la vida de cualquier sociedad. Italia se destacó por ser el primer país donde el COVID-19 atacó con particular virulencia. Los primeros pasos del gobierno a finales de enero de 2020 tuvieron el objetivo de impedir el ingreso de personas provenientes de China, para poco después disponer medidas mucho más restrictivas a medida que el número de pacientes fallecidos aumentaba. Sin embargo, en algún punto, las restricciones impuestas se presentan como el precio que se debió pagar a cambio de la salud humana.

¹ Abogado (UNC), Escribano (UES21), Maestrando en Relaciones Internacionales (CEA-UNC). Investigador del programa "Globalización, Gobernanza, Derechos (humanos) y Bienes Públicos" (CEA-UNC). Presidente de la Fundación Instituto para la Investigación Jurídica y Social (Córdoba-Argentina). pablocejasromanelli@gmail.com - pcejasromanelli@injus.org. ORCID iD: https://orcid.org/0000-0001-6069-0187

KEY WORDS: COVID-19; Italy; Emergency declaration; Fundamental rights and freedoms; State of emergency and public health.

PALABRAS CLAVE: COVID-19; Italia; Declaración de emergencia; Derechos y libertades fundamentales; Estado de emergencia y salud pública.

I. Introduction.

The situation generated from the appearance of the novel coronavirus (COVID-19), the repercussion and impact at the global level has been undeniable. In Europe, the first worrying focus of the virus took place in Italy. Soon after, the results were seen in the rest of the continent and the world. This represented a huge challenge for healthcare systems worldwide, and some problems in this regard could be therefore highlighted, and maybe otherwise would not have been equally noticeable.

But the virus, as a health problem, brought with it an impact on personal rights and freedoms in most of the States where emergency measures were taken. Such restrictions functioned as the price to be paid to protect the lives of citizens, the security of countries, and state sovereignty.

At the same time, once again the porosity of the state borders was shown, which, as in the case, were unable to put a decisive brake on the spread of the virus without meaning to keep rights unchanged. The purpose of this article is to address some of the problems posed by the exceptional measures adopted by the Italian government since the appearance of the first cases of COVID-19.

In order to address the topic it worth the mention of some aspects that illustrate the overall situation of the country. Therefore, this article is organized in three main parts. The first one presents some facts about the country, emphasizing the geographical and economical aspects, followed by some institutional highlights.

The second one presents the legal grounds for the most relevant measures adopted during the first stages of the situation, starting with the emergency declaration and the relationships between the constitutionally recognized rights and liberties and their affectation by the set of governmental measures. Also in this part, considerations about health care as a fundamental right and the consequences that derive from that are addressed, while concludes with highlights of two jurisdictional rulings that were emitted amid the COVID-19 crisis about measures set in force by regional governments,

Finally, the third part, draws special attention to the correlation between health as a security issue (and its securitization) while at the same time, exposes the responses from two international organizations, the World Health Organization and the European Union, to the crisis management.

I. Italy, a general outlook

It is useful to first make a general description of the country in order to seek to understand some reasons that could have been key in the spread of the virus and in the

affectation of large number of people in some regions. The first part will expose some geo-economical information, as well as information regarding population distribution (in ages, and geographical regions); while the second part will provide an outlook of the legal and constitutional framework of the country, emphasizing the national, regional, provincial, and municipal distribution of powers and competencies.

Italy is a country that is geographically surrounded by the Adriatic, the Tyrrhenian, the Ionian and Ligurian Seas and that limits its northern part, with France, Switzerland, Austria and Slovenia. It has a total population of slightly over 60.3M people (ISTAT, 2020a), unevenly distributed between the North (27.8M, 46.2%), the Center (12M, 19.9%) and the South and Islands (20.4M, 33.8%). At the same time, people with ages from 55 years old and over, considered as elderly by the National Statistics Institute, represent around 45% of the total population. (ISTAT, 2020f) This situation is not just another fact, and as will be seen later, it has a bearing on the development of subsequent events in the way that they were, being precisely this population band, the one with higher life risk and at the same time, the one demanding more health care services.

As previously said, the Italian population according to the official data from the National Statistics Institute, is distributed geographically with certain predominance in the northern regions of Aosta Valley, Piedmont, Liguria, Lombardy, Emilia-Romagna, Veneto, Friuli-Venezia Giulia and Trentino-Alto Adige. To illustrate this situation, it is graphic to show which proportion of the total population live in this area and which are the investments in health care, and compare them with the southern regions of Italy.

In Piedmont, for example, 13.5% of the population is 75 years old or over that age, and the average investment in health care is around 1,933 euros per capita. In the case of Veneto, the population of 75 years old or over is around 12% while health care investments are around 1,954 euros per capita. Finally, in Lombardy, 11.7% of the population is 75 years old or over, and the healthcare related investments are around 1,977 euros per capita. This situation contrast with the regions of Apulia, Sicily or Calabria, where the population over 75 years old is in all cases slightly inferior to 11%, while the investments in health care are around 1824, 1709, and 1847 euros, respectively. (ISTAT, 2020e)

As it will be later shown, this distribution, ages and proportions had a direct relevance in the development of the facts as they did, especially in the northern regions.

Regarding the national internal economy in midst of the "COVID-19 emergency" context, the Italian GDP grew 0.3% during 2019, while the most developed regions in terms of growth were the ones located in the North West of the country (around 0.5%), whereas the Central and Southern regions experienced a growth around 0.2%. This tendency was maintained during the first trimester of 2020, where the impact derived from the lockdown determined a contraction of -5.3% in the GDP, where the Industry stricto sensu was the most affected one (-8.6%) followed by the construction (6.2%) and the sector linked to tourism -hotel, services, restaurants- observed a contraction of -9.3%. The family's expenses diminished up to -6.6%, while the investments fell around 8.1%. (ISTAT, 2020c) By the second trimester, the ISTAT report published on July 31st 2020, shows that GDP experienced a negative a growth of -14.3% (ISTAT, 2020d), mostly due to the cumulative causes of the already ongoing crisis and the challenge that COVID-19 meant for the national and World economy.

In the political field, the country is organized according to the Constitution as a democratic Republic (art. 1, Italian Constitution) and on the basis of the principle of decentralization of the distribution of the powers of the State between a centralized authority and the territorial entities. Art. 114 of the Constitution provides that Italy is made up of Municipalities, Provinces, Metropolitan Cities, Regions and the [national] State. Each of these, and of course the National State, have autonomy which allows them to give themselves, a statute, powers and functions as also established by the Italian Constitution.

This autonomy that they have, finds expressions or externalizations of diverse character: a) on the one hand, a statutory autonomy, where they can organize the powers and attributions in the way that they deem convenient through a statute, finding a limit however, in the national Carta Magna; b) administrative-normative, since they can dictate the administrative acts that they deem necessary to attend to the purposes that are inherent to it, in addition to other norms that take the form of regulations or laws (in the latter case, only the regions); c) political, while the election of members of the regional, provincial, or communal government does not necessarily have to coincide with those of the national government; and finally, d) financial, which gives them the possibility of raising the necessary funds to start up their functions, by defining taxes of various kinds.

From this general outlook, the situation that arrived with the COVID-19 emergency draws special attention to the most affected locations: the northern part of Italy, where the highest income and development is concentrated, but also where the highest number of elderly live. However not only this is a considerable fact, but also that the highest number of industries are located in the North and due to the lockdown, this part of the country was specifically from the government's measures which lead (and might continue leading) to a deepening of a crisis that has not stopped since the last decade.

II. The different stages of COVID-19 in Italy. Facts and legal framework

The presumably first case of COVID-19 in Italy was detected at the end of the month of January 2020 in the city of Rome to a couple of tourists of 66 and 67 years of age, of Chinese nationality who, coming from the Chinese province of Wuhan. They were in the Italian capital having arrived in the country at the airport of the city of Milan on January 23rd, 2020. The people were hospitalized and then according to official government sources, once stabilized, they were discharged.

Soon after January, some governmental responses emerged to the situation, with two ordinances from the Health Ministry (which will be treated separately) until the declaration of emergency at the Minister's Council on January 31st. The impact of the measures, beyond situations of political content and possible diplomatic conflicts as a result of the adoption of a decision that *a priori* could have been considered discriminatory and even xenophobic, also brought with it a host of political, social and economic consequences of enormous impact. From this measure, the different governmental spheres or strata, each within the competency framework outlined by the Italian Constitution, gave rise to a kind of "normative framework of the COVID-19 emergency" that includes aspects of the most varied order.

Apart from the normative field, the situation in the different regions of the country

showed a significant heterogeneity. To describe this, the number of deaths in the regions of Lombardy, Piedmont, Emilia-Romagna and Veneto, all added, resulted in 141.172 persons, representing 70.6% of the total deaths in the country. (Civil Protection Department, 2020)

The number of cases of COVID-19, from January to May, 2020, showed a prevalence of feminine gender cases (54.2%) with ages between 60 and 64 years old. The 1% of the COVID-19 diagnosed cases, corresponds to the range between 0 and 14 years old, of both sexes; while the 33% of the cases were detected in people over 75 years old. (ISTAT, 2020b)

Following the government declaration of "zonification" of the country, classifying them into high, medium and low-diffusion zones, the great majority of deaths linked to CO-VID-19, were verified in the "high diffusion zone" (80% of the cases), while only a 14% of the cases in the "medium" and the remaining 6% in the "low". (ISTAT, 2020b) As by May 31st, 2020, the total of deceased people was 32,981 with a previously diagnosed CO-VID-19 case, from which the 1% was in the age range of 0 to 50 years old.

Therefore, the primary and at first sight most evident conclusion, is that the virus affects with a particularly mortal effect to people over 55 years old, which represent as said before, around 45% of the Italian population. This first premise permits to see that, in combination to the low natality rate that the country has been experiencing in the last 10 years, the impact in population (loss) is significant, compared to any other year in recent History.

But at the same time, the potential impact for the healthcare system that had to admit thousands of patients with high risk of death is considerable, mostly because of the unprecedented situation. The total of detected cases from January to July 31st, 2020, was 247.537, which represents less than 0.4% of the Italian population.

1. Health emergency from a Constitutional perspective

After the World Health Organization (WHO) declaration of Public Health Emergency of International Concern (PHEIC) on January 30th, 2020 (WHO, 2020), the Italian government declared the state of emergency by resolution of the Council of Ministers (CM) on January 31st, 2020 taking into consideration the health risk linked to the onset of diseases that can be derived from viral agents such as, in the case, COVID-19. But soon before this, the Health Ministry emanated two ordinances with severe measures affecting the circulation in the country. The first one, on January 25th, 2020 so called "Prophylactic measures against the new Coronavirus (2019 - nCoV). (20A00618)", stated that "(a)II passengers disembarking in Italy and coming with flight directed by countries including areas where one has occurred sustained autochthonous transmission of the new Coronavirus (2019 - nCoV), airlines, companies and entities, public and private, which manage airport airports, are required to comply with the health surveillance measures in place, as well as further ones adopted by the competent offices of the Ministry of Health."

Afterward, on January 30th, the ordinance named "Prophylactic measures against the new Coronavirus (2019 - nCoV). (20A00738)" adopted a much more restrictive disposition regarding this circulation freedom, with special concern to the incoming flights from China, which were prohibited. In its first article, the Health Ministry stated that "(i)n order to gua-

rantee an adequate level of health protection Air traffic from China as a comprising country is prohibited areas where a sustained autochthonous transmission of the new Coronavirus (2019 - nCoV)."

Arrived to this point, the measures previous to January 30th, i.e., before the emergency declaration, where purely sectorial and the situation changed drastically when this emergency was declared at a national level. (Luciani, 2020) However, in the CM disposition that declared the emergency, the Council decided to invoke the provisions contained in the Legislative Decree n. 1, from January 2nd, 2018 (Civil Protection Code or CPC), particularly in art. 7, paragraph 1, letter c), and art. 25, for the purpose of carrying out protection activities.

Regarding the specific case of COVID-19 crisis and the following emergency declaration, the resolution adopted by the CM, specifically invoked the the art. 7, paragraph 1, letter c) of the CPC, qualifying the event that justifies the emergency declaration due to its connection "[...] with calamitous events of natural origin or deriving from the activity of man which in due to their intensity or extent they must, immediately intervention, be faced with extraordinary means and powers by use during limited and predefined periods of time pursuant to of article 24."

According to the Civil Protection Code, art. 5, the President of the CM (commonly referred as Prime Minister), has the power to emanate ordinances regarding civil protection according with art. 24 of the same Code. The last mentioned article provides that, once verified the events or their imminence, the CM upon its President proposal, can declare the state of emergency in a nationwide spectrum or specific parts of the State, determining the duration and territorial limits, and also the economic funds that might be applied to the emergency. However, in this matter, there are certain limits that cannot be surpassed. For example, art. 24.3. CPC sets the maximum duration of the nationwide emergency, which cannot exceed twelve months and admits only one prorogue for the same period. Therefore, the maximum length, according to law, is twenty-four months.

Once arrived at the state of emergency declaration, its constitutional examination, leads to the conclusion that it does not have a specific regulation at the constitutional level, but follows the logic that the Constitution provides for the declaration of the "state of war". In this sense, article 78 of the Italian Constitution provides "(I) and Chambers deliberate the state of war and confer the necessary powers on the Government" at the time that art. 87 (which contains the faculties of the President of the Republic) provides that the head of state declares the state of war deliberated by the Chambers. In the harmonious interpretation of these provisions, the national emergency status can be found.

When speaking about emergency, it is possible to say that implies "an unforeseen combination of circumstances or the resulting state that calls for immediate action" or "an urgent need for assistance or relief" (Merriam Webster, 2020), and more technically, consists of "partially unexpected events by the constitutional order and by the ordinary legislator, which require a provisional derogation to the legal system in force" (Rolla, 2015) In this regard, the distinctive point is the temporariness, during which several dispositions are abrogated but not in a definitive way, but as long as the declared emergency lasts. These abrogations may cause, however, important impacts on the civil liberties and rights, guaranteed not only by the Constitution, but also by the complex legal system which includes supra-

national and national norms in this sense.

The distinctive aspect of a temporaneous suspension of certain dispositions that are part of the legal order of a State (including multi-level norms), faces also a limit in the same legal order. An alteration exceeding the scope for which special powers have been granted in the emergency framework, leads to a permanent alteration of the legal system. One of the most common and important consequences of this state of emergency, is the possibility to rule by the means of Decree-Law.

In any case, the situation resulting from the COVID-19 emergency was in recent History, one of the most exceptional examples that the Constitutionalists may not have foreseen at the time of shaping the basal law of the country. This unprecedented reality that has affected the whole globe, also required an interpretation of the norms that could allow to guarantee two cardinal points: *primus vivere*, that is to say, first to live, and salus rei publicae, considering health as a public concern.

For this same reason of lack of precedents, is that the shaping of the norms that outcame in the framework of the extraordinary times, require also to be understood as working with the other constitutional rights and liberties which however, have been seriously affected. It is problematic to say that the right to be healthy has a price which cannot be measured in an amount of money, but in rights and liberties. This seems to have been the situation Italy experienced, like many other countries in the World: restrictive measures regarding interpersonal contact, specially gatherings in public places, movement and permanence, the "stay at home" phrase tirelessly repeated by authorities, the closing of schools, the impact of people losing their jobs, are just some examples of the price that had to be paid in order to "flatten the contagions curve", another well spread phrase.

One of the most relevant questions that can be made is under which conditions a person can be restrained of almost all constitutional rights and liberties to protect only one. Preliminarily, it can be stated as it was, even in the case that the governmental measures also aimed to protect other rights, and many dispositions like tax relieves or temporary state-paid salaries of private employees, were set in force in order to contribute with some companies and discourage them from mass layoffs of employees.

2. Healthcare protection and COVID-19

Regarding people's health protection, the Constitution also provides in art. 32 that "(t) he Republic protects health as a fundamental right of the individual and an interest of the community, and guarantees free care to the poor. No one can be obliged to a specific health treatment except by law. Under no circumstances can the law violate the limits imposed by respect for the human person." At the same time, this constitutional disposition must be read with an harmonious interpretation with the Universal Declaration of Human Rights, the European Union Charter of Fundamental Rights, which will be separately addressed, and other international treaties in which Italy is a signatory part .

From this article, it is possible to understand how health is considered at the constitutional level: the State interest is to protect health considering it as a fundamental right, with two projections: an individual one and a collective one. The second paragraph, underlines the autonomy of the individual regarding health treatments which cannot be compe-

lled but only by law, completing this disposition with the third paragraph which enhances the respect for the human person when dealing with health treatments.

The Universal Declaration of Human Rights, states in art. 25 that "(e)veryone has the right to a standard of living adequate for the health and well-being of himself and of his family, (...) and medical care and necessary social services, and the right to security in the event of (...) sickness, disability, (...)." (UN, 1948) At the same time, the European Union Charter of Fundamental Rights recognizes in similar way the right to health care, stating that "(e) veryone has the right of access to preventive health care and the right to benefit from medical treatment under the conditions established by national laws and practices. (...)." (EU, 2020)

The Declaration of Alma-Ata of 1978 on Primary Healthcare, reinforced the consideration of health as a comprehensive state of being, not only represented by the absence of disease or infirmity, but a physical, mental and social wellbeing, and at the same time, recalled on a consideration of health as a fundamental human right. The scope of it is to achieve the highest possible level of health and in a worldwide logic.

At this stage, it can be peacefully said that healthcare is, according to different sources of law, binding and customary, is a *fundamental right*. This conclusion, however, leads to further questions: what are the implications of considering healthcare as a human right? How is that a right or freedom (i.e., to receive healthcare treatments) became an obligation? How this right accommodates in the spectrum of several other civil, economic and social rights recognized at different normative levels?

Trying to address the first of these questions, it could be said that this right has at least another two different projections: one centered in freedoms, such as the right to decide about one's own body, and another centered mostly in entitlements, as the right to receive treatments, and protection to health. (Biglino & Olmo, 2012:23-24) Assumed the healthcare right as a human or fundamental right, it implies that the States have an obligation both internally and internationally to observe all the steps needed to guarantee to the people the access to a certain right.

In this sense, States face challenges when trying to observe this mandatory rule. On the one hand, the accessibility to the right, which in the case of healthcare, means having enough resources (economic, financial, human, infrastructural, etc.) to attend to the medical attention that patients might demand. Considering the outstanding requirements that COVID-19 crisis showed, not every country had the possibility to answer these demands successfully, especially if those came simultaneously. Therefore, many States enacted several norms requiring social distance measures, with different grades of strictness, driving some of them to severe quarantine situations, where the normal activities in any society were abruptly interrupted.

Italy enacted in 1978, Law 833 from December 23rd, creating the National Sanitary Service (Servizio Sanitario Nazionale) with the purpose of protecting the healthcare right as an individual fundamental right in interest of the community. As detailed by art. 1 of Law 833/1978, the national health service has the responsibility for the "(...) promotion, maintenance and recovery of the physical and mental health of the whole population without distinction of individual or social conditions (...). The implementation of the national health service is the responsibility of the state, regions and local territorial bodies, ensuring the parti-

cipation of citizens." Therefore, following the structure of Italy as a country, the healthcare service is not only in the hands of the national State, but is a shared responsibility with the Regions and local authorities.

Secondly, stating that to receive health care is a right every person has, the question that comes to the analysis is if there are any cases or conditions in which this right can be transformed into an obligation. Therefore, the autonomy of the person and the individual right to decide whether to receive a health treatment or not; can be converted into an obligation. The constitutional disposition remarks that only in the case that a treatment is turned into mandatory by law, this conversion might take place.

Hence, when can the law determine the mentioned passage from right to obligation of the patient? An answer to this question might be found in the consequences that the health condition or disease might cause. When an impact in the public health is feasible to be configured, therefore there is a need to treat that problem. In this sense, there is a much more transcending view, over the individual towards the society; where the constitutional dispositions related to the classical civil liberties, need to be interpreted in an axiologically way equating to them, the social rights related to the overall development of the human being.

Must be understood that the person itself, isolated from the community, is not the subject of the constitutional tuition, but on the contrary, it is the human being in a constant social relation with others. Especially this social interaction, the community sense, and the idea of *public common good*, acquires relevance in the health emergency raised due to COVID-19.

On the other side, it is possible to find the rights or freedoms, which usually do not contain a sanction in the norm that recognizes it or grants it. However, it is possible to find a punishment in this kind of legal norms in the case of violation, in a way to protect its observance. This is the field of subjective rights, the ones that confer to people, a liberty, attribution, freedom to perform a conduct (Nino, 2003:67-70) while at the same time has positive expression (the right to do something) and a negative one (the right to refrain from doing something). The fundamental right to healthcare, in the Italian constitutional wording, represents both of this: from one side, the State recognizes the right and protects it, while from other; no one can be compelled to receive a treatment against his or her will. But this is not, once again, an absolute rule, since it finds a limit: only the law can impose a treatment.

The passage from a right or freedom to an obligation, recalls what Hebert L.A. Hart in his book *The Concept of Law* underlined when describing the obligation. Therefore, a rule needs *social pressure*, which is considered *important for the social system preservation*, and at the same time implies (or can imply) a sacrifice in the person who has the obligation in the case of a conflict between the conduct wanted and the one prescribed as mandatory. This is what Hart called *primary rules*: an obligation with a sanction in case of transgression. (Hart, 1961:99; 125-146) In similar tessiture, John Austin defined the juridical norms, with an accent in the punishment in case of deviation, while Hans Kelsen did similarly when considered that all juridical norms, to be one, has to have a sanction, and if otherwise, it represents only an antecedent of a juridical norm. (Nino, 2003:78)

In the interpretation of this passage from a subjective right to an obligation, on the one hand, a utilitarian fundament can be extracted, which is the tuition of the wider and superior interest of the community to protect all its members from the threat that a virus could mean, especially when that threat represents a risk of lives loss; but at the same time, has a deontological explanation which finds support in the social solidarity principle receipted by the Constitution in art. 2. Remains however unattended the eventual negative consequences that the treatments caused (or could have caused) to patients that mandatorily received them; and who and to what extent, someone may be accountable for these negative effects of the treatments that were administered to patients, even against their will due to the legal obligation to prevent contagions. The questions will remain unanswered until some sort of solution is found, being it a vaccine or an effective well-proven treatment.

Emphasizing this, as previously addressed, the unprecedented situation led a numerous normative which intended to be tuitive of human life against an unknown outcome of the facts. This situation needs to be underlined, since many of the legal dispositions adopted by governments worldwide, were following the events contemporaneously to its occurrence, in a kind of trial and error logic that, unfortunately, had severe and negative outcomes.

To answer the third of the proposed questions, about how the right to healthcare in this context works with other rights and liberties recognized by the Italian legal framework, the following section will address in a detailed way.

3. Fundamental rights and liberties: a utilitarian weighing?

Another aspect that has been well discussed in the doctrine is the way in which several individual liberties have (presumably) been affected by different measures adopted by the government. And, to some extent, how those different rights, liberties, and guarantees were valued in this context.

The Italian President signed, on February 23rd, 2020, the Decree-Law 6/2020, providing a series of possible measures to be adopted by the *competent authorities* in order to avoid the spread of the virus in the cities where at least one person was tested positive for COVID-19, developing a list of possibilities. Among these, it is possible to highlight the prohibition of leaving the municipal area for the person who tested positive or his/her relatives or cohabitants, as well as to enter into the territory; the suspension of events of all kinds, public and privates; suspension of museum openings and educational trips; the application of quarantine measures for individuals who had contact with positive cases, among other possible dispositions.

When following the mentioned Decree-Law authorized measures, it seems striking the way they were exposed, due to the redaction of its dispositions, that leads to think that the Constitution was being followed in the Second Part (Rights and Duties of Citizens) in order to negate every single right, guarantee, and freedom.

The Constitution recognizes, soon from art. 2, the personality principle, stating that "(t)he Republic recognizes and guarantees the inviolable rights of the person, both as an individual

and in the social groups where human personality is expressed. The Republic expects that the fundamental duties of political, economic and social solidarity be fulfilled."

As a consequence, many other individual rights and principles are consecrated in the Fundamental Law of the country, such as the equality principle (art. 3), the right to work and to pursue a gainful activity (art. 4), and the rights and duties of citizens, in arts. 13 to 54. In the COVID-19 emergency, many of these rights and duties have been to some extent, affected by the extraordinary dispositions adopted by the different institutions of the government. But in order to honor the need to be brief, it is useful to underline some of the ones that had a particular affectation.

What is true, on the other hand, is that when an emergency situation comes up, from a strictly formal point of view, the legitimacy of the normative emanated and the procedures related to it, sometimes tend to be hard to follow or defend. (Luciani, 2020:2-4) As stated before, part of the doctrine finds in art. 2 of the Italian Constitution, at the time of consecrating the *solidarity principle* and the need to sacrifice some liberties to achieve a wider and public interest, a possible supporting reason for the adoption of such decisions (Licciardello, 2020:3) which however need to follow at all times, a proportionality between restriction and the necessity which is invoked to do so.

Some extreme versions, if they could be called this way, go further and admit another means that might cast doubt the proportionality principle. In this sense, argue that the State could not be a mere viewer of the situation, expecting it solves itself at some point, but has to put into action as many tools, strengths, means and power at all costs, if necessary. (Miele, 1936)

The Italian Constitution (art. 13) provides the inviolability of personal liberty, with exceptions admitted only by law: restrictions ordered by a jurisdictional authority grounded in law, and extraordinary measures adopted by the police but with a duly communication to the competent jurisdictional authority. This article gives special attention to the arrest, coercion, and other means of physical restrictions, protecting the citizens against any physical restriction that could be imposed and therefore, limit the personal human circulation in the territory.

Regarding the different ongoing processes, with special relevance the criminal proceeding, the Decree-Law 18/2020 from March 17th , provided in art. 83.1 the postponement of criminal hearings before the Courts until April 15th, 2020, and by means of art. 83.17, the possibility to suspend (upon decision of the judiciary supervision authority) the granting of the semi-liberty benefits, until May 31st, 2020. In this framework, the Penitentiary Administration Department, by Note n. 95907 of March 21st, 2020, informed to the Directors of different prisons in Italy, a list of diseases and health conditions that should be informed, as well as other information that could be valued with the purpose of conceding home detention benefits. This disposition caused a huge debate in the press and some sectors of doctrine, and for that reason the Head of the Department was removed and the person who substituted him, provided by Note n. 209709 from June 16th, 2020, the suspension of the previous measure.

Therefore, the situation resulting from the COVID-19 emergency, acquired special relevance regarding the due process of law, and the administration of justice, with particular

concern to criminal justice. In this regard, some heads of criminal organizations were released from prison, turning their sentences into home detention, a situation which has significance in Italy, especially after all the processes that were followed against the mafia to get their leaders imprisoned.

In the second place, art. 16 of the Constitution provides the circulation and permanence liberty of the citizens. In this sense, the disposition states that "(e)very citizen has the right to reside and travel freely in any part of the country, except for such general limitations as may be established by law for reasons of health or security. (...)Every citizen is free to leave the territory of the republic and return to it, notwithstanding any legal obligations."

As can be understood, every citizen has this individual liberty to circulate in the territory of Italy, without limits, unless those are set a) by law and b) obey reasons of health or security. In the case of COVID-19 emergency, the legislation emerged after the declaration of emergency, gave a fertile soil to several restrictions to these liberties consecrated in arts. 13 and 16.

From this disposition, it is clear from the constitutionalist perspective that any sort of limits posed over the liberty needs to find a support into a primary source of law -a law *stricto sensu*- or a secondary source, like an act that has the same value as a law. In this last case, it is mandatory to examine the congruence between the act adopted and the principle of the *rule of law*. The compatibility between both will result in the legitimacy of the normative disposition containing any sort of limit to the fundamental rights constitutionally recognized.

The Decree-Law 6/2020 from February 23rd that resorted different limits, contained particular dispositions about the movement and permanence in the Italian territory. Therefore it authorized the adoption of measures such as the prohibition of leaving a regional or municipal territory, and/or the ban to entrance into a municipality or region. Later, the DPCM from March 1st, 2020, individualized the prohibitions in providing the ban to any circulation to and from the Region of Lombardy "(...) and in the provinces of Modena, Parma, Piacenza, Reggio Emilia, Rimini, Pesaro and Urbino, Alessandria, Asti, Novara, Verbano-Cusio-Ossola, Vercelli, Padova, Treviso and Venice (...)", with the exception of a well proven reason given to working duties or any health issue that justifies any circulation.

Another individual right seriously affected by the governmental measures, was the right to assemble recognized by means of art. 17 of the Constitution, which states that "(c) itizens have the right to assemble peaceably and unarmed. No previous notice is required for meetings, including those held in places open to the public. In case of meetings held in public places, previous notice shall be given to the authorities, who may prohibit them only for proven reasons of security or public safety."

But this right not only refers to the assembly in sense of protest, for example, but also any other gathering of people with some purpose (i.e., football match, meetings in bars, conferences, stadiums, concerts, etc.). Many of these examples, as can be preliminary seen, have a severe impact on the economy. As per the results of the lockdown, many public places which were mainly related to people reunions, had to close their doors without any kind of certainty regarding the opening dates.

Once again, the previously mentioned DPCM from March 8th, banned the public sport

events, retaining that only the training for professional sports players were admitted, both in open and closed spaces, but without the presence of the public. The main aim of the residual authorization was probably justified in the (at that moment) upcoming events related to the Olympic games that were later cancelled.

Other banned sort of reunions that provided the mentioned DPCM, were the cultural ones, gaming events and religious celebrations. However, on these last ones, provided that cult celebrations would only be admitted if considering the location of it, a distance of one meter was able to be kept.

Therefore, even having in mind that the exercise of cult and the liberty of assembly are two different fundamental rights, both combined a special character regarding the massive celebrations (such as the Holy Mass, for example). Thus, it leads to examine the other affected right, related to cult profession in public and private places, as guaranteed by the Constitution in art. 19. It provides, that "(a)nyone is entitled to freely profess their religious belief in any form, individually or with others, and to promote them and celebrate rites in public or in private, provided they are not offensive to public morality."

In this case, religion or cult profession can be considered from two different perspectives. From an internal one, which has not an external outcome or manifestation, and that implies a mere exercise of beliefs, it could be at first sight said that has not any kind of affectation. However, from an external perspective, religion and cult also implies the development of rites usually open to the public and held in public places such as churches, temples, mosques, etc. From this last point of view, the right was obviously affected since gatherings were banned by authorities due to the risk of contagion, and if not banned at all, requested to maintain a security distance between people not compatible with the nurture of those reunions.

Mostly for similar reasons, laying in the fact that gatherings with numerous people represented higher risks of contagion, also the right to education/instruction was also affected by means of the governmental dispositions. The Constitution states regarding this in art. 33 that "(t)he Republic guarantees the freedom of the arts and sciences, which may be freely taught. The Republic lays down general rules for education and establishes state schools of all branches and grades. (...) Higher education institutions, universities and academies, have the right to establish their own regulations within the limits laid down by the law." On the other hand, art. 34 provides that "(s)chools are open to everyone. (...)".

The already cited DPCM from March 1st, that provided the suspension of all didactical activities in a *face-to-face* mode and in every level (primary, secondary and higher), leaving however open the possibility to continue with the activities from a remote way (elearning). This situation led to a completely new way of teaching for many teachers and professors at all levels, since not in every school or University of the country there was a remote learning platform ongoing ready to be used on a daily basis and only way of administering classes.

Besides the evident right to access to education that was, at least, compromised due to the tools the Government adopted, also the right to work in the head of the staff of schools and Universities was seriously affected.

Concerning the right to access to education, the situation did not envisage many needs related to this, particularly the ones linked to access to the technology gadgets and knowledge about how to use them. The virtual classes were in many cases held through platforms not necessarily developed for educational purposes, and this meant a challenge for teachers and students at the time of continuing their activities. As stated before, it also assumes that every student has at home, one PC per person/student to follow the classes.

The Ministry of Public Instruction, by means of Note 288/2020 of March 17th, expressed that by "distance learning" it is understand the "direct or indirect connection, immediate or deferred, through videoconferences, video lessons, group chats; the reasoned transmission of teaching materials, through the uploading of the same on digital platforms and the use of class registers in all their communication and teaching support functions, with subsequent re-elaboration and discussion operated directly or indirectly with the teacher, interaction on truly digital educational interactive systems and apps (...)". In this note, it also addressed the question about the access to the technological resources needed for this purpose, allowing the educational organizations to lend the devices already present at schools, or to request subsidies from the Public authorities for these means. It has to be considered that, according to the official statistical institute in Italy, 33.8% of the Italian families do not have computers and tablets at home, while only the 22.2% have one device per person at home. (ISTAT, 2020g)

The situation of workers, not only at scholastics levels, but in general, was another considerable preoccupation, and the COVID-19 emergency meant also serious concerns for the productive and service sectors that implied activities usually performed in a face-to-face fashion. The right to work and develop any other gainful activity is recognized in the Italian Constitution in article 35 and 36, the first of which provides that "(t)he Republic protects work in all its forms and practices. (...)", while art. 36 states that "(w)orkers have the right to a remuneration commensurate to the quantity and quality of their work and in any case such as to ensure them and their families a free and dignified existence. Maximum daily working hours are established by law. Workers have the right to a weekly rest day and paid annual holidays. They cannot waive this right."

As said before, the merge in the case of education from an onsite-based activity to a home-based one, also affected the work. Many workers, from the most various fields, were sent to work from home with a modality that was known as "smart working" or "lavoro agile". This relatively new way of working, was born with Law 81/2017, which defined it as the "mode of execution of the employment relationship established by agreement between the parties, (...), with possible use of technological tools for the performance of the work activity (...), partly inside company premises and partly outside without a fixed location, within the limits of maximum duration only of daily and weekly working hours (...)" However, contrasting the situation and the norm, it is evident that as a consequence of the social distance imposed by the authorities, no partially "in office" work was possible, but remained entirely confined into the home office boundaries.

This provision regarding a legal framework for the *home office* tasks that in the pre CO-VID-19 spectrum was somehow put under doubts, demonstrated to be at least some sort of tuition for the workers' rights. Bearing in mind that this modality was originally conceived as one that allowed sharing time between work and family, in this context

functioned also to protect workers and their working positions among a vertiginously changing situation.

However, doctrine casts doubts in the usage of the institution, since as legally conceived, requires the agreement of the parties; while due to the emergency normative adopted in the emergency context, permits the resource to the *smart working* even in absence of the workers' agreement on that matter. (Alessi & Vallauri, 2020:134-136)

As a preliminary conclusion, it seems evident and undeniable that due to the health crisis emerging in the country, the limits applied to several rights and liberties found a justification in the public health concerns. (Venanzoni, 2020:492-493) But a special attention is drawn to the fact that, in evaluating the measures and restrictions adopted by the State (national, regional, provincial and municipal), a process of balancing different liberties and weighting them in order to come up with a conclusion is the most concerning debate that could be now casted. Given different fundamental rights and liberties, with specific recognition in the Constitution and international agreements and treaties, all the rights find a ranking in which not all have the same relative importance.

On the other hand, the search for a constitutional fundamental supporting such limitations is not a simple activity. The path requires examining which is the "normative chain" that reunites all the laws, decrees, resolutions, dispositions, ordinances and rulings trying to search for common criteria in the underlying justifications. This has however, among the Italian constitutional jurisprudence, avoided since ever with certainty that a constitutional basis might exist. (Luciani, 2020:3-4)

Part of the doctrine has found in the principles of salus rei publicae and primum vivere, the key constitutional foundations from which all the derived legislation came from. (Licciardello, 2020:2; Luciani, 2020:2-4) On the other side, a critical view of the strict limits imposed to the population, especially regarding the movement and permanence, reunion, and summarizing the individual liberty, casts doubt about the mere and strictly formal analysis of a compilation of principles and facts showed as justifications to impose the so mentioned limits. (Venanzoni, 2020) These critical approaches also underline how dangerous could be, a permanent and infinite emergency status, as means to void fundamental rights with the fallacious emergency and exceptionality state of being.

4. Dispositions at the different subnational levels and jurisdictional resolutions

It might be important to underline that with subnational level, it is intended to mean all the State levels different from the national one. Therefore, some ordinances or legal dispositions enacted by Regions, Provinces and Municipalities will be briefly described, with the scope of showing to which extent different several rights were addressed, in some cases affecting them, and in some others, entering into competencies which were not in the head of these decentralized authorities.

According to the Italian Constitution, art. 114 provides that the Republic is composed by Municipalities, Provinces, Metropolitan Cities, the Regions and the [National] State. The first four mentioned, have autonomy and their own statutes, powers and functions which have to follow the principles set by the national Constitution. Art. 117 describes the competencies that only the [National] State has, from incise a) to s); while after that listing,

describes which competencies are concurrent in matters of legislation, for which those powers are vested in the Regions with an exclusive exercise (Romano, 2020:5), except for the determination of the principles considered fundamental, which are attributed to the [National] State.

Therefore, according to the normative in force, Regions have the concurring competence to legislate in matters of protection and safety, health protection, sports, disaster relief, civil ports and airports, communications, transport, professions, and scientific research, among others. In this matter, the proposal is to analyze some dispositions enacted, firstly, by Regions, with a particular emphasis on the ones that were highly affected by the emergency.

In the special case of health related dispositions, it worth to mention that the legal foundation to do so, in the case of Regions, can be found not only in the Constitution, but also in Law 833/1978 from December 23rd. This law in art. 32.3.1, materializes the instrument by which the regional power can be exercised: the extraordinary and urgent ordinance. It provides that "(...) In the same matters [hygiene and public health] are issued by the president of the regional council (...) ordinances of a extraordinary and urgent nature, with effect extended (...) to the region or part of its territory including several municipalities (...)" If the nature of the emergency advises the adoption of a regional measure, then the Decree-Law 112/1998 from march 31st has a special relevance at the time it gives special power to the Region to act by means of the previously mentioned ordinances.

Consequently, many regions enacted ordinances regarding different aspects of daily life in their respective communities. However, many of them interfered at some point with legislative State dispositions. But particularly, doctrine pronounces against the adoption of ordinances in the so mentioned conditions by the Regions, mostly considering the national impact of the pandemic. (Romano, 2020:3-5)

All Regions decided to enact ordinances, as well as some municipalities, with the aim or reduce the spread of the virus, many of them according to the competencies they have according to the legal framework in force. However, many others, especially the most affected ones since the beginning -Lombardy and Piemonte-, enacted dispositions that are worth to be briefly analyzed.

In the case of Lombardy, several dispositions were emanated in order to manage the CO-VID-19 emergency, some of them related to the protection of health. Specifically regarding this, one of the most striking ordinances, contained some recommendations about the steps needed to be taken in during the reopening activities, such as measuring the body temperature of employees and clients coming into shops, industries, etc., the use of masks and the use of an application called "AlertaLom" by the employer, which also means to compile a form named "CercaCovid" in a daily basis. In case of detecting temperatures over 37.5 Celsius degrees, the person shall not be admitted into the place in question and shall be informed to contact his or her general surgeon or personal doctor. From the jurisdictional side, not many decisions, now, were adopted by the Courts or Tribunals with a specific regard to the complex legal scheme derived from the emergency. Therefore, some decisions were adopted by Regional Administrative Courts (TAR), while on the other hand, some interpretations were done by the State Council, also part of the Administrative Justice with the constitutional burden of ensuring the legality of the Public

Administration. In this section, therefore, two decisions from the TAR (one for Calabria, and one for Marche) will be briefly described.

The TAR for Calabria, ruled on March 28, 2020, rejecting an appeal submitted against an ordinance emitted by the Municipality of Corigliano-Rossano (Calabria), which provided a sanitary surveillance with isolation at the residence of each citizen in the mentioned Municipality, from March 21st until April 3rd, 2020. The plaintiff also requested that the Ordinance from the Region of Calabria shall be voided.

In this ruling, the TAR-Calabria argued that in the comparison between, on the one side, the sanitary interest and on the other side, the commandment to remain "at home" and the right to work from an agricultural worker, the solution is that the public health interest shall prevail. In this regard, ruled that "in the current epidemic phase, when comparing of conflicting interests, having to give prevalence to the inherent public interest the protection of the health of the community and the need to stem any the risk of contagion, especially since the implied quarantine is underway and now carried out for more than half of its duration, expiring on April 3 P.V."

On the other hand, the TAR for Marche ruled on February 27th, 2020, about the Ordinance 1/2020 from February 25th, emitted by the regional government that provided a series of suspension of activities, services, trips, among others even in absence of positive cases. To decide, the Court underlines that a measure adopted by the region, as consequence and derived from the dispositions contained in the Decree-Law that declared the emergency, cannot provide measures that constitute a wider affectation of rights and liberties, compared to the tools described by the mentioned Decree-Law.

III. Political and security considerations around the measures: The relationship between danger and global health from an evolutionary perspective

The relationship between danger (in general) and people's health is neither new, nor strictly linked to CODIV-19 emergency. This approach goes beyond the consideration of the individual health but has a wider spectrum whereas large groups of people are taken into consideration when talking about their health. These groups, commonly communities, could be cities, regions, countries, continents, and as learnt through the episodes of this 2020, the entire World. In this regard, the topic merges from a consideration of individual health to a public health issue which later will be linked to national and international security.

Public health has been conceptualized in different ways according to Historical periods. The firsts definitions during the 19th century were mainly centered in considering health as the absence of disease, reducing it to a biologist perspective; while during the first decades of the 20th century, Winslow conceptualized it saying that "(p)ublic health is the science and art of preventing disease, prolonging life and promoting physical health and efficacy through organized community efforts for the sanitation of the environment, the control of communicable infections, the education of the individual in personal hygiene, the organization of medical and nursing services for the early diagnosis and preventive treatment of disease, and the development of social machinery which will ensure every individual in the community a standard of living adequate for the maintenance of health; so organizing these benefits in such a fashion as to enable every citizen to realize his birthright and longevity." (Koplan et al, 2009:1993)

But right after saying this, it is important to underline some other concepts that have impact in the way the COVID-19 emergency was dealt. And it is to consider the evolution from the public health concept, traditionally attached to regions or states, to a wider concept which also incorporates the World/global spectrum: international health and global health.

While public health, as said, usually is attached to a country or region and deals with diseases and its prevention without requiring international cooperation, the notion of "international health" bursts into the scenery when a bilateral or multilateral cooperation is required to fight against health issues of the population. This concept has been traditionally linked to low and middle-income countries, and usually addresses the situations from a non-multidisciplinary perspective.

On the other hand, considering the impact of some health emergencies throughout History showed the importance of global cooperation, the "global health" emerges as a wider concept, not only considering a geographical aspect, but also the multidisciplinary that involves in itself. Therefore, the evolution from public health to global health has a direct impact in the way the COVID-19 emergency has been treated and how states, international organizations, private and public actors, and people in general, responded to its managing attempts. Notwithstanding this, global health should not only concentrate on pandemics and infectious diseases, but encompass also other aspects such as health workforce distribution, healthcare access for people of different parts of the globe, and research in the global health risks in order to anticipate, when possible, a health crisis.

However, health is not only attached to human life prolongation per se but has experienced an important development as part of security studies centered into the health problems as a threat to national security. Therefore, it seems much more coherent to analyze this COVID-19 crisis taking into consideration these two big disciplines, health, and security, while exploring their multiple interconnections that derive into the complex treatment of the emergency.

Arrived to this point, some important concepts can be extracted from the definitions provided above: a) prevention as the leading task; b) prolongation of life as scope; c) promotion of health in communities as a path to go from one to the other; d) global response as a must; e) healthcare access and health workforce distribution; f) the linkage between health and security. However, to deepen this topic specifically related to COVID emergency, it is mandatory to explore definitions about notions that came to our daily lives as a matter of normality: pandemic, infections, hygiene, medical or sanitary services, diagnosis, treatment, and naturally, death. Because death is the natural fact that represents the end of life, but also one of the situations that triggered most of the states' measures in the World.

A wide sector in the Italian doctrine, made reference to two transcendental principles from which many of the measures adopted by the different governmental institutions find justification: *primum vivere and salus rei publicae* (first to live, and health as a public thing or issue, respectively). These principles, at least primarily, seemed to be connected to the solidarity principle contained in the Italian Constitution, soon from art. 2.

It has already been addressed the question of health care as a fundamental right, which relies on multiple levels of recognition and tuition, nationally and internationally. Therefore, at this stage it is possible to affirm that the Italian State from all levels of government, adopted tools and measures tending to avoid a faster spread of the virus also with the intention to protect the healthcare system that was set in *jaque*.

On another side of the situation, it is possible to identify the important role carried out by international organizations and agencies, particularly the World Health Organization (WHO) and the European Union. The WHO, as a specialized agency in the United Nations system, preferred the formulation of policies, rather than legislation (Biglinio & Olmo, 2012:23) and in the case of the COVID-19 emergency; it had a cardinal importance in managing at a global level the crisis. After having triggered the global pandemic declaration, many other countries in the World followed the path of restricting activities as the only tool to diminish the risk of contagions, facing a virus that was about to challenge the infrastructure of all health care systems in the World.

In the case of the European Union, the answers given were mainly centered into the adoption of measures of coordination regarding travel and transportation, research, education, crisis, solidarity, and of course, health, being the main reason that triggered all the other actions. Therefore, it is possible to divide the initiatives into *internal* and *external* ones. In the first group can be found the measures regarding research for treatments and vaccines, information campaigns, and to some extent, the limitation of the virus spread. On the external side, the most transcendental measure was the border management measures, that included the ban to move as a consequence of the temporary close of borders (Goniewicz et al, 2020) while at the same time, several countries were imposing the same limitations, allowing only to certain people to enter into their territory (citizens or residents) requiring, in most of the cases, a mandatory isolation (quarantine) for a fourteen or fifteen days period.

Thus, a health-related problem, linked to the spread of a virus, soon turned to be a security problem. Multiple States adopted a series of measures that included the use of the public force and that triggered the criminal law system against those who *defied* the newly exceptional created norms. Therefore, in a very brief time, several normative created an *emergency legal framework* with strong powers given to the State to reinforce the decisions by means of criminalizing any activity not compatible with these new rules.

As seen in the case of the COVID-19 pandemic, not only a matter of public/international/global health is in debate, but also a security issue that could be caused by the virus. How could the spread of the virus could be turned into a security problem in a very fast and burdensome way? Which were the measures and how were they adopted?

The answers to these questions require a brief explanation first regarding how a passage from security to another extreme version of it, the *securitization*, took place with the *fight against the virus* as an underlying motivation. Besides conspirative theories that became widely spread in the media, mostly in social networks with poor proof and lots of creativity, the fact is that the Government set strict limitations to several constitutional rights, liberties and guarantees.

But what does securitization mean, and how did it affect rights and liberties? Barry Buzan, Ole Wæver and Jaap de Wilde created the notion of *securitization* to make reference to a situation that revolves around a threat to national security, and defined it as something that takes place when "a matter is presented as an existing threat, requiring emergency measures and they justify actions outside the limits of political procedure." (BUZAN et al., 1998:23-24) The two important axes in this matter are a) the threat, allegedly existing; and b) the extraordinary measures adopted in its name.

Recalling the Government first resolution of the Council of Ministers (CM) on January 31st which declared for the span of six months "[...] the status of emergency as a consequence of the associated health risk the onset of diseases deriving from transmissible viral agents" and correlating it with the Civil Protection Code (CPC), the measures that came after were strictly and publicly set under the umbrella given by Law, since as CPC states, there was an ongoing "[...] calamitous event(s) [...] which in due to their intensity or extent they must, immediately intervention, be faced with extraordinary means and powers [...]."

This urgency, and the shown risk that any delay in the adoption of measures usually fundament in the number of deaths, started to circulate among different circles, in the press, academy and public opinion, was deemed to prove the certainty and correctness of the measures. Notwithstanding this, to some extent, legal doctrine discussed one cardinal principle regarding any limitation or restriction to rights, liberties, and freedoms: proportionality.

However, even considering that the tools that governments enacted might have been disproportionate, the number of deaths was used as a fallacious reason to present the restrictions as the only possible way out of the *danger zone*. Until here, one of the requisites that needs to be fulfilled to consider that a situation was securitized, proves to be present: a matter presented as an actual threat, in this case, the threat was not only the health lives that could be lost, but also the complex structure of the State, that in situations like the present pandemic can be defied due to the multiple crises that derive from it (in the social fabric, economic sphere, and not to be left aside, the crisis of social values).

The other requisite that securitization demands, is the adoption of measures from an extraordinary perspective, aside from the political natural schemes. It cannot be denied that to enact the vast normative plexus, the Government used some constitutional attributions that allow setting ground for the *emergency management*. To negate this is an obvious way to tend to escape the reality but shall not be forgotten that one thing is to use the constitutional mechanisms and a different one is to abuse them.

In the crisis management overall situation, a set of dispositions implied the simple and plain denial of constitutional rights and freedoms with the purpose of reducing the risks of contagions and linked deaths, most of which obeyed comorbidity issues rather than only COVID-19 virus. Setting human lived loss as *the other possible* result if no restrictive measure was adopted, sounds closer to extorting the population than trying to protect it.

Conclusion

As intended with this brief article, the measures adopted by Italy, at different levels of government, implied a crisis management that assumed as the price for human health, a void of numerous fundamental rights. Not only because of a restriction to movements of

people, or travelling, but in general due to the affectation of several constitutional rights that did not observe, in all the cases, the proportionality required by the fundamental law to restrict any right or liberty.

Thus, the right to receive health care was swiftly converted into the obligation to receive treatments to protect the wider value of life, wellbeing, and public health, fundamental to the solidarity principle. And not only that, but it also turned out to be the supreme value for which any price was admitted to be fairly paid, even if the price meant to restrict all the other rights a human being could have.

From another perspective, it also created the grounds for antecedents regarding the crisis management, and particularly the emergency framework that allowed different spheres of government, to adopt measures that were proven to be invasive to the citizens' and residents' lives in the country. Due to the recourse to exceptional tools constitutionally admitted by the constituted powers of the country, and the fallacious recourse to reasons that were presented as the fundamentals of those decisions, once again health was presented as a matter of security, and was therefore securitized.

It is undeniable that a mere spectator role for the State would have caused even a more despicable result because it is not possible to deny the reality. What are however doubtful, are the grounds presented for the adoption of all the different chosen paths, and even more questionable, the extension of the restrictions that led to a new set of crimes against the public order amid a pandemic situation that was already stressful and critical for the people in their every day basis.

BIBLIOGRAPHY AND OTHER RESOURCES

- ALESSI, Cristina and VALLAURI, Maria Luisa (2020): *Il lavoro agile alla prova del COVID-19*. In BONARDI, Olivia, CARABELLI, Umberto, D'ONGHIA, Madia and ZOPPOLI, Lorenzo (2020): *COVID-19 e diritti dei lavoratori*, Ediesse, Roma.
- BIGLINO, Irene, and OLMO, Anthony (2012): *La salute come diritto fondamentale: una ricerca sui migranti a Torino*. In Rapporti di ricerca LDF n. 1, 2012.
- BROWN, Theodore M.; CUETO, Marcos; y FEE, Elizabeth (2006): *The World Health Organization and the Transition From "International" to "Global" Public Health. In American Journal of Public Health*, vol. 96 n. 1, pp.62-72.
- BUZAN, Barry; WÆVER, Ole; DE WILDE, Jaap (1998): *Security: A new framework for analysis*, London, Lynne Rienner Publishers, pp. 23-24
- CIVIL PROTECTION DEPARTMENT (2020): *Emergenza Coronavirus Mappa della Situazio-ne*. Retrieved on August 2nd, 2020 from http://www.protezionecivile.gov.it/
- CTV NEWS (2020): Several Italian Mafia bosses released from prison over coronavirus fears. Retrieved on May 5th, 2020 from https://www.ctvnews.ca/world/several-italian-mafia-bosses-released-from-prison-over-coronavirus-fears-1.4912371
- EUROPEAN UNION (2000): *Charter Of Fundamental Rights of the European Union*. In Official Journal of the European Union from October 26th, 2012, with the adapted version according to the Treaty of Lisbon wording.

- GONIEWICZ Krzysztof; KHORRAM-MANESH Amir; HERTELENDY Attila J.; GONIEWICZ, Mariusz; NAYLOR Katarzyna & NAYLOR, Frederick M. BURKLE, Jr. (2020): *Current Response and Management Decisions of the European Union to the COVID-19 Outbreak: A Review.* In *Sustainability*, n. 12, retrieved on June 10th, 2020 from < https://www.mdpi.com/2071-1050/12/9/3838#cite >.
- HART, Herbert L. A. (1961): The concept of Law. Clarendon Law Series, Oxford.
- HASENCLEVER, Andreas; MAYER, Peter; RITTBERGER, Volker; MURILLO, Lorena; y CASTRO Y ORTIZ, Francisco J.J. (1999): *Las teorías de los regímenes internacionales: situación actual y propuestas para una síntesis*, Foro Internacional, Vol. XXXXIX, No. 4 (158) (Octubre-Diciembre 1999), pp. 499-526.
- HELD, David; y McGREW, Anthony (2002): *Governing Globalization. Power, Authority and Global Governance*, Cambridge, Polity Press.
- INTERNATIONAL CONFERENCE ON PRIMARY HEALTH CARE (1978): Declaration of Alma-Ata.
- ISTITUTO NAZIONALE DI STATISTICA (2020a): *Indicatori demografici 2019*. Retrieved on July 17th, 2020 from https://www.istat.it/it/files//2020/02/Indicatori-demografici_2019.pdf
- ISTITUTO NAZIONALE DI STATISTICA (2020b): *Impatto Dell'epidemia Covid-19 Sulla Mortalità*: *Cause Di Morte Nei Deceduti Positivi A Sars-cov-2*. Retrieved on July 19th, 2020 from https://www.istat.it/it/files//2020/07/Report_ISS_lstat_Cause-di-morte-Covid.pdf
- ISTITUTO NAZIONALE DI STATISTICA (2020c): *Rapporto annuale 2020. La situazione del Paese*. Report presented on July 3rd, 2020 in Montecitorio Palace, Rome. Retrieved on July 10th, 2020 from https://www.istat.it/it/archivio/244392>
- ISTITUTO NAZIONALE DI STATISTICA (2020d): *Il quarter 2020. Preliminary Estimate of GDP*, published on July 31st, 2020. Retrieved on August 1st, 2020 from https://www.istat.it/it/files//2020/07/FLASH 20g2 EN.pdf>
- ISTITUTO NAZIONALE DI STATISTICA (2020e): *DATI STATISTICI PER IL TERRITORIO*, published on May 27th, 2020. Retrieved on August 1st, 2020 from https://www.istat.it/it/archi-vio/243448
- ISTITUTO NAZIONALE DI STATISTICA (2020f): *Anziani.Stat. Dati e indicatori sull-invecchia-mento della popolazione in Italia*,. Retrieved on August 1st, 2020 from http://dati-anziani.istat.it/#>
- ISTITUTO NAZIONALE DI STATISTICA (2020g): *Computers and Tablets in the Italian Households. Years 2018/2019.* Retrieved on August 1st, 2020 from https://www.istat.it/en/archivio/242572
- ITALIAN REPUBLIC MINISTRY OF HEALTH (2020): Ordinance form January 25th, 2020 regarding "Prophylactic measures against the new Coronavirus (2019 nCoV). (20A00618). OJ General Series n.21 of 27-01-2020", published in the Italian Official Journal on January 27th. 2020.
- ITALIAN REPUBLIC MINISTRY OF HEALTH (2020): *Ordinance form January 30th, 2020 regarding "Prophylactic measures against the new Coronavirus (2019 nCoV). (20A00738).* OJ General Series n.26 of 01-02-2020", published in the Italian Official Journal on February 1st. 2020.
- ITALIAN REPUBLIC COUNCIL OF MINISTERS (2020): Dichiarazione dello stato di emergenza in conseguenza del rischio sanitario connesso all'insorgenza di patologie derivanti da agenti virali trasmissibili. Published in the Official Journal on February 1st, 2020. Retrieved on April 4th, 2020 from https://www.gazzettaufficiale.it/eli/id/2020/02/01/20A00737/sg
- ITALIAN REPUBLIC COUNCIL OF MINISTERS (2020): Resolution of January 31st, 2020. Dichiarazione dello stato di emergenza in conseguenza del rischio sanitario connesso all'insorgenza di patologie derivanti da agenti virali trasmissibili. (20A00737). Official Journal

- of the Italian Republic, February 1st, 2020.
- ITALIAN REPUBLIC LAW 833/1978 FROM 23TH DECEMBER(1978): *Istituzione del Servizio Sanitario Nazionale*. Published in the Official Journal December 28th, 1978.
- ITALIAN REPUBLIC MINISTRY OF PUBLIC INSTRUCTION (2020): *Note 288/2020 of March 17th.* Retrieved on April 17th 2020 from https://www.miur.gov.it/documents/20182/0/Nota+prot.+388+del+17+marzo+2020.pdf/d6acc6a2-1505-9439-a9b4-735942369994?version=1.0&t=1584474278499>
- ITALIAN REPUBLIC REGIONAL ADMINISTRATIVE COURT FOR CALABRIA (2020): Decreto del Presidente del Tribunale Amministrativo Regionale per la Calabria, Sezione Prima, sul ricorso 359/2020 contro il Comune di Corigliano-Rossano. Retrieved on July 16th, 2020, from
- ITALIAN REPUBLIC REGIONAL ADMINISTRATIVE COURT FOR MARCHE (2020): Decreto del Presidente del Tribunale Amministrativo Regionale per le Marche, Sezione Prima, sul ricorso 118/2020 contro la Regione delle Marche, Presidente della Giunta Regionale. Retrieved on July 16th, 2020, from https://www.federalismi.it/ApplOpenFilePDF.cfm?artid=41315&d path=document&dfile=19032020111056.pdf&content=TAR%2B%2BMARCHE%2C%2B% 2B%2BDecreto%2Bn%2E%2B118%2BDecreto%2BTAR%2BMarche%2Bannullamento%2 Bdell%27ordinanza%2Bn%2E%2B1%2Bdel%2B25%2F02%2F2020%2Bdel%2BPresidente %2BRegione%2BMarche%2B%2D%2Bstato%2B%2D%2Bdocumentazione%2B%2D%2B>
- ITALIAN REPUBLIC (2017): Law 81/2017: *Misure per la tutela del lavoro autonomo non im*prenditoriale e misure volte a favorire l'articolazione flessibile nei tempi e nei luoghi del lavoro subordinato. (17G00096), published in the Official Journal of June 13th, 2017, Retrieved on April 17th, 2020 from https://www.gazzettaufficiale.it/eli/id/2017/06/13/17G00096/sg
- ITALIAN REPUBLIC (2018): Legislative Decree n. 1, from January 2nd, 2018 (Civil Protection Code). Retrieved on April 17th 2020 from
- ITALIAN REPUBLIC (2020): *Decree-Law 18/2020 from March 17th*. Retrieved on April 16th, 2020 from https://www.gazzettaufficiale.it/eli/id/2020/03/17/20G00034/sg
- ITALIAN REPUBLIC -PENITENTIARY ADMINISTRATION DEPARTMENT (2020): *Note n. 95907 of March 21st, 2020.* Retrieved on April 17th 2020 from http://www.ristretti.it/commenti/2020/aprile/pdf9/circolare_dap_21_marzo.pdf
- ITALIAN REPUBLIC -PENITENTIARY ADMINISTRATION DEPARTMENT (2020): *Note n. 209709 from June 16th, 2020. Retrieved on April 17th 2020* from https://www.penitenzia-ria.it/public/circolare_dap_sospensione_21_marzo_2020_.pdf
- JAEGER, Hans-Martin (2010): *UN reform, biopolitics, and global governmentality. In International theory*, Vol. 2, No. 1, pp. 50-86.
- KOPLAN, Jeffrey P.; BOND, T. Christopher; MERSON, Michael H.; REDDY, K. Srinath; RODRÍGUEZ, Mario Henry; SEWANKAMBO, Nelson K.; WASS, Judith N Wass (2009): *Towards a common definition of global health*. In *Lancet*, 373, pp. 1993-1995.
- KUTZIN, Joseph (2013): *Health financing for universal coverage and health system performance: concepts and implications for policy.* In Bull World Health Organ 2013:91, pp. 602-611

- L'ESPRESSO (2020): *Esclusivo: coronavirus, i mafiosi al 41bis lasciano il carcere e torna*no a casa. Retrieved on May 5th, 2020 from https://espresso.repubblica.it/attuali-ta/2020/04/21/news/capimafia-lasciano-il-carcere-coronavirus-1.347378
- LICCIARDELLO, Sebastiano (2020): *I poteri necessitati al tempo della pandemia*. Retrieved on June 12th, from https://www.federalismi.it/nv14/articolo-documento.cfm?Artid=43524
- LÓPEZ SANTOS, V.; y FRÍAS OSUNA, A. (2000): *Concepto de Salud Pública.* In FRÍAS OSUNA, A.: *Salud Pública y educación para la salud*, Barcelona, Editorial Masson, p. 3-13.
- LUCIANI, Massimo (2020): *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza*. In *Liber amicorum* per Pasquale Costanzo, 2020, p. 4.
- MANCHOLA CASTILLO, Camilo Hernán; GARRAFA, Volnei; CUNHA, Thiago y HELLMANN, Fernando (2017): El acceso a la salud como derecho humano en políticas internacionales: reflexiones críticas y desafíos contemporáneos. In Ciência & Saúde Coletiva, 22(7), pp. 2151-2160.
- MERRIAM-WEBSTER (2020): *Merriam-Webster Dictionary*. Retrieved on April 22nd, 2020 from https://www.merriam-webster.com/dictionary/emergency
- MERSON, Michael H.; BLACK, Robert E.; y MILLS, Anne J. (2012): *International public health: diseases, programs, systems, and policies*, 3a Edición, Jones and Barlett Publishers, P. xvi..
- MIELE, Giovanni (1936): Le situazioni di necessità dello Stato. In Archivio di diritto pubblico, n. I, pp. 377-455.
- NINO, Carlos Santiago (2003): *Introducción al análisis del derecho*. 2nd Edition, 12th reprint, Astrea, Buenos Aires.
- PROGRAMA DE NACIONES UNIDAS PARA EL DESARROLLO (1994): Informe para el Desarrollo Humano, México D.F., Fondo de Cultura Económica S.A. de C.V.
- REGION OF LOMBARDY (2020): *Ordinance no. 546/2020, Additional measures for the prevention and management of the epidemiological emergency from COVID-10.* Published in the Official Journal of the Region of Lombardy, n. 134.
- ROLLA, Giancarlo (2015): *Profili Costituzionali dell-emergenza*. In Rivista dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti, n. 2, pp. 1-26.
- ROMANO, Andrea (2020): I rapporti tra ordinanze sanitarie regionali e atti statali normativi e regolamentari al tempo del Covid-19. Retrieved on June 12th, 2020 from https://www.fede-ralismi.it/ApplOpenFilePDF.cfm?artid=43499&dpath=document&dfile=19052020153048. pdf&content=1%2Brapporti%2Btra%2Bordinanze%2Bsanitarie%2Bregionali%2Be%2Batti %2Bstatali%2Bnormativi%2Be%2Bregolamentari%2Bal%2Btempo%2Bdel%2BCovid%2D 19%2B%2D%2Bstato%2B%2D%2Bpaper%2B%2D%2B>.
- SENATE OF THE ITALIAN REPUBLIC (2020): Constitution of the Italian Republic. Parliamentary Information, Archives and Publications Office of the Senate Service for Official Reports and Communication. Retrieved on May 25th, 2020 from https://www.senato.it/documenti/repository/istituzione/costituzione_inglese.pdf
- STUCKER, David; FEIGL, Andrea B.; BASU, Sanjay y McKEE, Martin (2010): *The political economy of universal health coverage*. Working document for the First Global Symposium in Healthcare Systems Research, Montreux, Switzerland.
- UNITED NATIONS (1948): *Universal Declaration of Human Rights*. Retrieved on April 22nd, 2020 from https://www.un.org/en/universal-declaration-human-rights/
- VENANZONI, Andrea (2020): *L'innominabile attuale. L'emergenza Covid-19 tra diritti fonda-mentali e stato di eccezione*. In Forum di Quaderni Costituzionali, 1, 2020. Retrieved on July 10th, 2020 from <www.forumcostituzionale.it>
- WENDT, Alexander (1992): *Anarchy is what States Make of it: The Social Construction of Power Politics*. In *International Organization*, Vol. 46, No. 2 (Primavera, 1992), pp. 391-425.
- WINSLOW, C. .-E. A (1920): The Untilled Fields of Public Health. In Science, New Series, Vol.

- 51, No. 1306, American Association for the Advancement of Science, pp. 23-33.
- WORLD HEALTH ORGANIZATION (2015): *Descriptive Note N° 323 "Health and Human Rights"*. Retrieved on October 17, 2017 from http://www.who.int/mediacentre/facts-heets/fs323/es/.
- WORLD HEALTH ORGANIZATION (2020): Statement on the second meeting of the International Health Regulations (2005) Emergency Committee regarding the outbreak of novel coronavirus (2019-nCoV). Retrieved on May 5th, 2020, from .

4. Comentarios Jurisprudenciales

EL IMPACTO DEL CASO ARTAVIA MURILLO EN MATERIA DE DERECHOS REPRODUCTIVOS

THE IMPACT OF THE ARTAVIA MURILLO CASE ON REPRODUCTIVE RIGHTS

Andrés Oscar De Cicco¹

DOI: https://doi.org/10.37767/2591-3476(2020)24

Comentario a

Artavia Murillo y otros ("fecundación in vitro") y Caso Gómez Murillo y otros vs. Costa Rica - Supervisión de cumplimiento de sentencias Resolución de 22 de noviembre de 2019

Corte Interamericana de Derechos Humanos

Disponible en

https://bit.ly/3aFJUpb

RESUMEN:

Las técnicas de reproducción asistida han contribuido a que personas biológicamente imposibilitadas para concebir puedan acceder a servicios de atención médica relacionados a la salud reproductiva en igualdad de condiciones que el resto de los individuos y, de ese modo, ver cumplimentado no solo su derecho humano de acceso a la salud, sino un conjunto de derechos fundamentales análogos como es el derecho a la vida privada y familiar y el derecho a formar una familia. En esta dirección, procederé a analizar la sentencia "Artavia Murillo vs. Costa Rica" dictada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Si bien la sentencia recae sobre un caso en concreto, significó en la región un antes y un después en materia de derechos humanos y derechos reproductivos en particular, ya que recae sobre un tema en el que, aún en la actualidad, no existe un consenso político ni moral.

ABSTRACT

Assisted reproduction techniques have contributed to the fact that people who are biologically unable to conceive can access to health care services related to reproductive health on equal terms with the rest of the individuals and, consequently, not only have their human rights to access to health fulfilled, but a set of similar fundamental rights such as the right to private and family life and the right to found a family. In this direction, I will proceed to analyze the judgment "Artavia Murillo vs. Costa Rica" issued by the Inter-American Court of Human Rights. Although the sentence falls on a specific case, it meant a before-and-after in the region in terms of human rights and reproductive rights in particular, since it falls on an issue on which even today there is no political or moral consensus.

¹ Abogado (Universidad Nacional de Córdoba, Argentina); Escribano (Universidad Empresarial Siglo 21, Argentina); Máster en Gobernanza y Derechos Humanos (Universidad Autónoma de Madrid, España); Correo electrónico: deciccoandres@gmail.com. Nro. de ORCID: https://orcid.org/0000-0001-7833-6266.

PALABRAS CLAVE: derechos reproductivos, fecundación in vitro, derecho a la vida, derecho formar una familia.

KEY WORDS: reproductive rights, in vitro fertilization, right to life, right to found a family.

I. Introducción

Toda persona tiene derecho a reproducirse. Configura una expresión básica de nuestro derecho fundamental a la libertad, a tomar nuestras propias decisiones y como queremos formar nuestro grupo familiar; nadie puede limitarnos ese derecho, ni siquiera el propio poder público. El derecho a reproducirse además de verse reflejado con nuestro derecho a ser libres, se vincula también con el derecho a la vida privada, a la intimidad personal y familiar, el derecho a fundar una familia y el derecho a acceder a los servicios de salud en todas sus formas.

Ahora bien, dicho esto, parecería que todos gozamos de la capacidad natural de poder procrear, sin embargo, la capacidad reproductiva es una condición que no todos los hombres y mujeres poseen. Clínicamente la infertilidad es definida por la Organización Mundial de la Salud como una enfermedad del sistema reproductivo definida por la incapacidad de lograr un embarazo clínico después de 12 meses o más de relaciones sexuales no protegidas². Está claro que desde la propia letra de la ley surge que las personas con problemas de fertilidad gozan de los mismos derechos reproductivos que las personas fértiles, lo que no queda claro es si las primeras pueden ejercer los mismos derechos que las segundas.

En el presente informe se llevará un cabo un análisis de lo ocurrido en Costa Rica, cuando el Máximo Tribunal de dicho país decide prohibir la práctica de Fecundación In Vitro por atentar contra el derecho a la vida de los embriones. Esta decisión lleva a que por primera vez la Corta Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, "la Corte" o "Tribunal de San José") se pronuncie sobre el asunto, significando un momento trascendental en la historia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, ya que se toma posición sobre uno de los temas jurídicos más debatidos tanto a nivel doctrinal, legislativo y jurisprudencial y que giran en torno al contenido de los derechos reproductivos. Si bien la sentencia a la que arriba la Corte es sobre el caso concreto, su significado y consecuencias se extenderán hacia todos los Estados del continente americano y repercutirá sobre otros temas de salud sexual y reproductiva de igual trascendencia como es el caso de la interrupción voluntaria del embarazo o aborto.

II. Derechos reproductivos como derechos humanos

A través de los años los derechos reproductivos han atravesado en el ordenamiento internacional un largo camino hasta lo que conocemos actualmente. En un principio, los debates en torno a salud sexual y reproductiva estaban circunscriptos solo a debates demográficos o de crecimiento poblacional. Posteriormente, estos derechos comienzan, progresivamente, a ser receptados indirectamente en los cuerpos normativos de diferentes instrumentos internacionales comenzando con la Declaración Universal de los

² Organización Mundial de la Salud. (2009). Glosario de terminología en Técnicas de Reproducción Asistida (TRA). Versión revisada y preparada por el International Committee for Monitoring Assisted Reproductive Technology (ICMART) y la Organización Mundial de la Salud, OMS.

Derechos Humanos (1948), en donde se consagran un cúmulo de derecho irrenunciables tales como el derecho a la libertad, seguridad, integridad física, libertad de expresión, entre otros; luego el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Pacto Internacional de Derechos Económicos y Sociales (firmados en 1976); la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer (firmada en 1979); la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes (firmada en 1984); la Convención sobre los Derechos del Niño (1990). En el ámbito interamericano, la Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969) y el Protocolo Adicional de San Salvador también regulan sobre la materia.

Pero no fue hasta la Conferencia Internacional sobre Población y Desarrollo de Naciones Unidas (El Cairo, 1994) y la IV Conferencia Internacional de las Mujeres (Beijing, 1995) cuando se produce un cambio conceptual, donde se define de forma mas completa y acabada los términos "derechos reproductivos" y "salud reproductiva" como derechos humanos. En este sentido, el Informe de la Conferencia de El Cairo definía a la salud reproductiva como "un estado general de bienestar físico, mental y social, y no sólo de mera ausencia de enfermedades o dolencias [...]. Entraña la capacidad de disfrutar de una vida sexual satisfactoria y sin riesgos y de procrear, y la libertad para decidir hacerlo o no hacerlo, cuándo y con qué frecuencia. Esta última condición lleva implícito el derecho del hombre y la mujer a obtener información y de planificación de la familia de su elección, así como a otros métodos para la regulación de la fecundidad que no estén legalmente prohibidos, y acceso a métodos seguros, eficaces, asequibles y aceptables"³. Y agrega, "toda persona tiene derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental. Los Estados deberían adoptar todas las medidas apropiadas para asegurar, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres, el acceso universal a los servicios de atención médica, incluidos los relacionados con la salud reproductiva, que incluye la planificación de la familia y la salud sexual. Los programas de atención de la salud reproductiva deberían proporcionar los más amplios servicios posibles sin ningún tipo de coacción. Todas las parejas y todas las personas tienen el derecho fundamental de decidir libre y responsablemente el número y el espaciamiento de sus hijos y de disponer de la información, la educación y los medios necesarios para poder hacerlo"4.

Por su parte, en la IV Conferencia Internacional de las Mujeres de Beijing de 1995 los Estados se comprometen a garantizar la igualdad de acceso y la igualdad de trato de hombres y mujeres en torno a la atención de la salud y a promover la salud sexual y reproductiva⁵. Asimismo, además de ratificar el concepto de salud reproductiva de la Conferencia de El Cairo, consagra el derecho de las mujeres el poder decidir libre de toda coerción y violencia cuestiones relativas a su salud sexual y reproductiva⁶.

Tanto respecto a la Conferencia de El Cairo como la de Beijing, pese a ser instrumentos no vinculantes o de *soft law*, existe un consenso dentro de la comunidad internacional de garantizar su inclusión, constituyendo hitos claves en materia de salud reproductiva, ya que conceptualizan y sientan las bases de lo que por ella se entiende, poniendo el foco de atención en el individuo y su capacidad de elección y en como ejercer el derecho a una salud sexual y reproductiva sin ningún tipo de coerción o limitaciones.

³ Programa de Acción de la Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo, El Cairo, 1994. Párr. 7.2 ONU A/CONF.171/13/Rev.1 (1995).

⁴ Ibídem. Principio 8, pág. 11.

⁵ Declaración de la Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer, Beijing, 1995, párr. 30.

⁶ Ibídem. Párr. 96.

Esta visibilidad que logran en el ordenamiento internacional derechos que históricamente fueron considerados dentro de la faz privada, implica un importante paso hacia su regulación y consolidación como derechos humanos fundamentales. Además, significan grandes avances en cuanto a temas de género y derechos de las mujeres; no se puede hablar de derechos humanos de las mujeres sin hablar de derechos reproductivos, ya que estos son parte inescindible de aquellos.

III. Técnicas de Reproducción Humana Asistida

Aquellas personas y/o parejas que padezcan de infertilidad y no obstante decidan tener descendencia, deberán acudir a las llamadas Técnicas de Reproducción Humana Asistida (en adelante, TRHA). Este tipo de técnicas se abren paso como un modo alternativo de procreación en donde se pone en juego múltiples debates éticos y jurídicos y en donde entran en pugna los derechos humanos.

Las TRHA hacen referencia a un conjunto de diferentes tratamientos médicos que son utilizados con el fin de ayudar a personas y/o parejas infértiles a constituir un embarazo. La Organización Mundial de la Salud define a las TRHA como "todos los tratamientos o procedimientos que incluyen la manipulación tanto de ovocitos como de espermatozoides o embriones humanos para el establecimiento de un embarazo. Esto incluye, pero no está limitado sólo a, la fecundación in vitro y la transferencia de embriones, la transferencia intratubárica de gametos, la transferencia intratubárica de embriones, la criopreservación de ovocitos y embriones, la donación de ovocitos y embriones, y el útero surrogado. Ello no incluye inseminación asistida (inseminación artificial) usando espermatozoides ni de la pareja ni de un donante"⁷.

En cierto modo estos tipos de técnicas, como consecuencia de los avances científicos y tecnológicos, han venido a ocupar un rol clave dentro del campo de los derechos sexuales y reproductivos, satisfaciendo un conjunto de derechos fundamentales análogos que de otra manera sería impensado o dificultaría dicha satisfacción, tal como el derecho a la vida familiar o el derecho a formar una familia y a decidir la forma de su constitución. En muchos casos, resultan ser la única posibilidad que personas y/o parejas infértiles tienen para constituirse en padres, poder formar una familia y construir un proyecto de vida.

No obstante, las TRHA acarrean una serie de inconvenientes a resolver. Por un lado, hay una marcada reticencia de muchos estados en garantizar su reglamentación ya que su práctica incurriría en supuestas violaciones de otros derechos fundamentales reconocidos, principalmente el derecho a la vida. Por el otro, ponen al sistema jurídico universal en un apriete, desde el momento en que la ciencia interfiere en la naturaleza y los avances científicos y tecnológicos impactan en la vida de las personas. Estos avances precisan de ordenamientos jurídicos que se encuentren a la altura, con leyes y políticas públicas que puedan exteriorizar estos cambios y producir un impacto positivo en la sociedad.

En el siguiente apartado procederé a analizar como la Corte, bajo el ejercicio de sus competencias contenciosas, delimita los derechos que están en juego, estableciendo una ponderación de los mismos y se inclina por proteger a las personas que, valiéndose de su libertad de autodeterminación y su derecho a formar una familia, deciden someterse a procedimientos de fertilización in vitro.

⁷ Organización Mundial de la Salud. (2010). Glosario de terminología en Técnicas de Reproducción Asistida (TRA). Versión revisada y preparada por el International Committee for Monitoring Assisted Reproductive Technology (ICMART) y la Organización Mundial de la Salud, OMS.

IV. El Caso Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica. Hechos

En Costa Rica, desde febrero del año 1995, mediante Decreto Ejecutivo emitido por el Ministerio de Salud, se autorizaba y reglamentaba la ejecución de la técnica de reproducción asistida de Fecundación In Vitro (en adelante, FIV) para todas aquellas parejas conyugales que así lo solicitasen. Dicha práctica fue efectuada en el país hasta marzo del año 2000 cuando la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia (en adelante, la Sala) declara la inconstitucionalidad del decreto argumentando, en primera media, infracción al principio de reserva legal al regular sobre derechos que deberían ser regulados mediante ley formal emanada del Poder Legislativo⁸. En segundo término, bajo el argumento que la práctica de la técnica FIV implica (por acción u omisión) una elevada pérdida de embriones, la Sala concluyó que llevar a cabo dicha práctica significaba un claro atentado contra el derecho fundamental a la vida reconocido en el art. 21 de la Constitución Política de Costa Rica y art. 4 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos⁹.

Iniciado el proceso ante el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos formula una serie de recomendaciones al Estado de Costa Rica a los fines de resolver el conflicto. Frente a la falta de acatamiento de dichas recomendaciones, el caso queda sometido a competencia de la Corte. Su misión es determinar si la decisión de la Sala (de prohibir la FIV) compromete la responsabilidad internacional del Estado de Costa Rica y, como consecuencia de ello, viola derechos humanos reconocidos en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante, la Convención).

Finalmente, la Corte decide sobre el fondo de la cuestión condenando a Costa Rica como responsable internacional al haber vulnerado derechos fundamentales de los demandantes como el derecho a la vida privada y familiar y el derecho a la integridad personal en relación con la autonomía personal, el derecho a formar una familia y a decidir la forma de su constitución, el derecho a la salud sexual, el derecho a gozar de los beneficios del progreso científico y tecnológico, así como el principio de no discriminación¹⁰.

1. Medidas Reparatorias

La Corte, además de condenar como responsable internacional al Estado de Costa Rica por violación de derechos consagrados en la Convención, fija tres medidas reparatorias orientadas a constituirse en garantías de no repetición y en encausar la conducta del Estado en sus obligaciones internacionales. Primero, ordena que se tomen las medidas necesarias a los fines de dejar sin efecto la prohibición de practicar la FIV y cese en su actitud discriminatoria a los fines de que toda persona que lo solicite pueda tener acceso a dicha práctica. Segundo, la correspondiente regulación de la puesta en práctica de la técnica y el establecimiento de instituciones y profesionales idóneos para su ejecución. Finalmente, ordena al Estado a incluir la FIV de forma gradual en el programa de salud del Seguro Social¹¹.

2. Caso Gómez Murillo y otros vs. Costa Rica

Posteriormente a la sentencia de Artavia Murillo, con fecha 29 de noviembre de 2016, la

⁸ Corte IDH. Caso Artavia Murillo y otros ("Fecundación in Vitro") Vs. Costa Rica. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2012. Serie C No. 257. párr. 72.

⁹ Ibídem. párr. 305 y 76.

¹⁰ Ibídem. párr. 257.

¹¹ Ibídem. Párr. 336-338.

Corte decide sobre el caso Gómez Murillo y otros c. Costa Rica. Si bien ambos casos se fundan en el mismo hecho, el Tribunal de San José en este caso no va a decidir sobre el fondo del asunto, sino que procede a homologar un acuerdo de arreglo amistoso suscrito previamente entre las partes llamado "Acuerdo de arreglo amistoso suscrito entre el Estado de Costa Rica y la parte demandante". En dicho acuerdo, el Estado demandado reconoce su responsabilidad por la violación del derecho a la vida, a la integridad personal, a la libertad personal, a la protección de la honra y de la dignidad, a la protección de la familia y la igualdad ante la ley en perjuicio de los demandados¹². La Corte consideró que el acuerdo producía plenos efectos jurídicos.

V. Derechos reproductivos en función de otros derechos

En primera medida, la Corte se propone a determinar el alcance del derecho a la vida privada y familiar y su vínculo con otros derechos fundamentales. Siguiendo el art. 11.2 de la Convención¹³, la Corte va mas allá y considera que la decisión de ser o no madre o padre forma parte del derecho a la vida privada independientemente de la forma utilizada para ello, sea la biológica o la genética¹⁴. Siguiendo este razonamiento, la Corte procede a utilizar criterios complementarios que vinculan el derecho a la vida privada con otros derechos consagrados tanto en la propia Convención, tal es el caso del derecho a fundar una familia (art. 17.2¹⁵) o el derecho a la integridad personal (art. 5.1¹⁶) que se puede ver vulnerada ante la falta de accesibilidad a ciertas prestaciones de salud, como en fuentes análogas como la Convención para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer que consagra el derecho a la autonomía reproductiva (art. 16.[e])¹⁷ y el derecho a acceder a los servicios de salud reproductiva, involucrando el derecho acceder a la tecnología médica necesaria para ejercer ese derecho. Estos derechos son vulnerados cuando se obstaculizan los medios para que una mujer pueda ejercer su derecho a controlar su fecundidad.¹⁸

En un punto cabe reconocer la tarea que realiza la Corte al establecer esta suerte de conexión entre los derechos reproductivos con el derecho a la vida privada, el derecho a fundar una familia, el derecho a la integridad personal, o el derecho a la salud. Sin embargo, esto revela la falta y, en consecuencia, la necesidad de un instrumento internacional vinculante en materia de derechos sexuales y reproductivos. El hecho que los derechos reproductivos sean definidos en función de otros derechos, revela su falta de autonomía y, por añadidura, dificulta la posibilidad de garantizarlos.

VI. Efectos de la prohibición de la FIV. Debate sobre los términos "concepción" y "persona"

Otro punto importante que la Corte procede a analizar son los efectos que la prohibición de practicar la FIV podría acarrear. El Estado costarricense sostuvo que la prohibición de practicar este tipo de TRHA no era absoluta, en el sentido en que la FIV se podía practicar

¹² Corte IDH. Caso Gómez Murillo y otros Vs. Costa Rica. Sentencia de 29 de noviembre de 2016. Serie C No. 326.

^{13 &}quot;Nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación".

¹⁴ Corte IDH. Caso Artavia Murillo y otros. Párr. 143.

^{15 &}quot;Se reconoce el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tienen la edad y las condiciones requeridas para ello por las leyes internas, en la medida en que éstas no afecten al principio de no discriminación establecido en esta Convención".

^{16 &}quot;Toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral".

^{17 &}quot;[...]Los mismos derechos a decidir libre y responsablemente el número de sus hijos y el intervalo entre los nacimientos y a tener acceso a la información, la educación y los medios que les permitan ejercer estos derechos[...].

¹⁸ Corte IDH. Caso Artavia Murillo y otros. Párr. 145-147.

siempre y cuando no implique pérdida de embriones. Contrariamente, la Corte constató que desde el momento en que la FIV fue prohibida no se llevó a cabo ninguna práctica de ese tipo en el país. Además, sostuvo que aún no hay posibilidad de garantizar fehacientemente que la FIV se practique sin que exista la posibilidad de pérdida embrionaria, tornando entonces de imposible cumplimiento la sentencia de la Sala y vulnerando el derecho a la vida privada y familiar de las parejas infértiles.

Seguidamente el razonamiento de la Corte, en su calidad de última intérprete de la Convención, procede a analizar el art. 4.1¹9 y sus alcances. Resulta interesante desatacar en este punto los diferentes criterios interpretativos que usa la Corte de San José para llegar a una decisión fundada. Se vale de un *criterio sistemático*, es decir, fundamenta su decisión no sólo acudiendo a otras disciplinas como es el caso de la biología y la medicina, sino teniendo en cuenta los diferentes sistemas internacionales de derechos humanos (interamericano, europeo, asiático, africano); apela al *criterio evolutivo*, que considera a los tratados de derechos humanos como instrumentos vivos, cuya interpretación tiene que acompañar la evolución de los tiempos actuales; y por último, tiene en cuenta el *criterio teleológico* fundando en el principio de interpretación más favorable y el objeto y fin del tratado.

Resaltando los puntos mas importantes, la Corte procede a determinar desde cuando comienza la vida humana y, por añadidura, desde cuando se puede establecer la existencia de un marco jurídico regulatorio que proteja al ser humano. Frente a la postura adoptada por el Estado de Costa Rica de protección absoluta del derecho a la vida desde el momento de la concepción, lo que es lo mismo, desde el momento en que se produce la fecundación o fertilización (en este caso), la Corte es contundente al afirmar que la concepción no se produce con la fecundación propiamente dicha sino se produce a partir de la implantación estable del embrión en el útero materno, condición sine que non para el desarrollo del embrión; antes de ese momento, el embrión no es considerado persona y no procede aplicar el art. 4.1 de la Convención²⁰. La Corte concluyó que de las palabras "en general" contenidas en el art 4.1, no se deriva la protección absoluta del derecho a la vida sino mas bien un criterio de protección gradual y progresivo del derecho a la vida según su desarrollo, debido a que no constituye un deber absoluto e incondicional, sino que implica entender la procedencia de excepciones a la regla general²¹. Esta gradualidad o progresividad en la protección del derecho a la vida es, en definitiva, la que faculta la posibilidad de una protección de los derechos sexuales y reproductivos.

No debo dejar de mencionar que las tesis que toma la Corte en cuanto al término concepción y al término persona, según el cual el embrión no pueda ser considerado como tal en los términos de la Convención, significa un gran impacto dentro la comunidad internacional ya que allana el camino hacia un posible reconocimiento de la validez jurídica de la llamada píldora del día después, como así también, pese a que la Corte se avoque a decidir en el caso concreto sobre la validez de la prohibición de la técnica de fertilización in vitro, implica un importante paso hacia la despenalización del aborto en la región, fortaleciendo el derecho de las mujeres a disponer de su propio cuerpo.

^{19 &}quot;Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente".

²⁰ Corte IDH. Caso Artavia Murillo y otros. Párr. 186, 189.

²¹ Ibídem. Párr.264.

1. Voto en disidencia

Resulta importante destacar, a efectos del análisis del fallo en cuestión, el voto disidente de uno de los miembros de la Corte. El argumento del Juez se centra en la interpretación del art. 4.1 de la Convención y fundamenta su postura en base al art. 31 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados que fija reglas generales de interpretación de los tratados. En este sentido, el Magistrado sostiene que la misión principal de la Corte al momento de fallar es precisar la voluntad de los Estados al momento de suscribirse la Convención, de modo que les sea exigible aquello a lo que voluntariamente se comprometieron en su momento. Dicho esto, el Juez afirma que la expresión "persona", en los términos del art. 4.1, hace referencia a toda persona o ser humano sin distinción alguna. Por otra parte, la expresión "y en general, a partir de la concepción" no aludiría a una excepción o exclusión como sostiene la Corte, sino que es inclusiva: "hace aplicable la obligación de proteger por ley el derecho de toda persona a que se respete su vida desde la concepción". El propio Juez, realiza una interpretación literal del alcance del término "concepción", el cual significa fecundación.

VII. Juicio de Proporcionalidad. La tesis de discriminación indirecta

Finalmente, la Corte procede a realizar un análisis de proporcionalidad de la prohibición de la FIV. En este sentido, la Corte siguió el criterio de la Organización Mundial de la Salud que definió la infertilidad como una enfermedad del sistema reproductivo, por lo tanto, las personas afectadas por la prohibición de practicar la FIV debieron haber sido destinatarias de los derechos de personas con discapacidad. La Corte de San José sostiene que no basta con que los Estados se abstengan de violar los derechos humanos, sino que estos deben llevar a cabo todas las acciones positivas que sean necesarias para asegurar su disfrute. En el caso analizado, el Estado de Costa Rica debe llevar a cabo todas las acciones necesarias que permitan la inclusión de personas con discapacidad, tendientes a asegurar la igualdad de condiciones, oportunidades y participación conjuntamente con los demás miembros de la sociedad. El Estado claramente vulneró el derecho de las parejas demandantes al interrumpir el tratamiento e impedir que tengan acceso a las técnicas de fertilización asistida accesibles en ese momento, a los fines de que pudieran superar esa situación natural de desventaja producto de su discapacidad.

Resulta interesante el aporte de la Corte cuando afirma que esta interferencia configura un claro ejemplo de discriminación indirecta²³, ya que significa un impacto desproporcionado no solo para con las personas con discapacidad, sino para con las mujeres (ya que son las principales afectadas por la prohibición) y para aquellas personas con menos recursos económicos (ya que los ubica en una situación de desventaja respecto a aquellos que pueden afrontar el tratamiento en otro país). Por un lado, este aporte con perspectiva de género que hace la Corte, me parece sumamente necesario, ya que de una manera hace un reconocimiento de los reclamos de diversos grupos y organismos de defensa del derecho de las mujeres que vienen luchando durante años por la igualdad de derechos, y en este caso, en atención a las necesidades específicas de las mujeres cuando se trata de derechos reproductivos. Por el otro, el factor económico mencionado resulta interesante en el sentido de que aquellas personas con mayores recursos pueden eludir las trabas y/o limitaciones de acceso a la salud reproductiva en sus países y buscar una solución cruzando las fronteras nacionales. En cambio, la única opción que

²² Voto disidente del Juez Eduardo Vio Grossi. Corte IDH. Caso Artavia Murillo y Otros ("Fecundación In Vitro") Vs. Costa Rica Sentencia. 28 de noviembre de 2012 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones Y Costas).

²³ Corte IDH. Caso Artavia Murillo y otros. Párr. 284 y ss.

tienen aquellas parejas y mujeres en situación económica mas desventajosa es acudir a métodos clandestinos, poniendo en peligro su propia salud e incluso su vida.

Seguidamente, el Tribunal de San José no consideró que el decreto declarado inconstitucional por la Sala sea desproporcionado, ya que en su articulado contemplaba medidas de protección para el embrión (limitando la cantidad de óvulos que podían ser fecundados). Lo que la Corte si encuentra desproporcionado es "pretender una protección absoluta del embrión respecto a un riesgo que resulta común e inherente incluso en procesos donde no interviene la técnica de la FIV"²⁴, como sería el caso de un embarazo natural.

En síntesis, queda claro que el verdadero fondo del asunto ya no recae en determinar si hay o no un derecho a tener hijos o a formar una familia o a acceder a técnicas médicas de reproducción. Lo que pretende la Corte es echar luz sobre la interferencia desproporcionada por parte de un Estado y el impacto que ello ocasiona sobre derechos que son personalísimos y que pertenecen a la persona por su sola condición de ser humano.

1. El Margen de Apreciación Nacional

La falta de consensos entre los Estados sobre temas sensibles de derechos humanos, como podrían ser temas de interrupción voluntaria del embarazo, matrimonio igualitario o, como en este caso, la aplicación de técnicas de reproducción asistida, ha llevado a que los máximos tribunales regionales de derechos humanos, en este caso la Corte Interamericana de Derechos Humanos y Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) decidan recurrir a la doctrina de margen de apreciación nacional ante la imposibilidad de aunar un criterio de interpretación y aplicación de algunos derechos. En este sentido, según afirma BARBOZA DELGADO "el margen nacional de apreciación debe ser comprendido como un reducto o "criterio" de interpretación y aplicación de los derechos humanos, atribuido al Estado por parte de los tribunales regionales"²⁵.

Debe reconocerse que el margen nacional de apreciación es mas bien de aplicación europea. En este sentido el TEDH se ha expedido en diferentes casos acudiendo a esta doctrina, incluso en asuntos donde se ha discutido la protección de la persona por nacer²⁶. En cambio, en el sistema interamericano la Corte ha sido reticente a utilizar esta figura. Si bien hay decisorios en que la Corte se ha valido de la doctrina de margen de apreciación para fundar sus argumentos²⁷, no se puede decir que técnicamente haya usado esta figura para decidir sobre un conflicto.

En el caso objeto de estudio, resulta importante mencionar que uno de los argumentos utilizados por el Estado de Costa Rica en sus alegatos para justificar la prohibición de la FIV fue la invocación explícita del margen nacional de apreciación, alegando que no existe en la región un consenso en relación al estatus jurídico del embrión, ni sobre el inicio de la vida humana y que, por lo tanto, la decisión debía ser dejada en manos del legislador. Además, sostiene que no es válido el argumento de que "como existen otros Estados que, por omisión legislativa, permiten la practica de la FIV, Costa Rica ha perdido

²⁴ Ibídem. Párr.311.

²⁵ BARBOSA DELGADO, Francisco R. "El margen nacional de apreciación en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos: entre el Estado de Derecho y la sociedad democrática". México: Universidad Nacional Autónoma de México. Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2012, pp. 53.

 $^{26 \} Sentencia \ del \ TEDH, Vo \ vs. \ Francia, App. \ N^{\circ} \ 53924/00, julio \ 8, 2004. \ Sentencia \ del \ TEDH, Evans \ vs. \ Reino \ Unido, App. \ N^{\circ} \ 6339/05, abril \ 10, 2007. \ N^{\circ} \ 10, 20$

²⁷ Corte IDH, Caso Chaparro Álvarez y Lapo c. Ecuador. Sentencia del 21 de noviembre de 2007, párr. 107. Corte IDH, Caso Castañeda Guzmán c. México. Sentencia del 6 de agosto de 2008. párr. 162. Corte IDH. Caso Herrera Ulloa c. Costa Rica. Sentencia del 2 de iulio de 2004. párr. 161

su margen de apreciación"²⁸. La Corte, lejos de someter el caso a la discrecionalidad del Estado, concluyó sin más que una protección absoluta y categórica del embrión (es decir, sin excepciones) es claramente desproporcionada, de manera que ponerse analizar el grado de discrecionalidad del Estado al momento de decretar la prohibición no tiene ningún sentido²⁹. Es decir, en vez de aplicar el margen de discrecionalidad, la Corte prefiere emplear el criterio de proporcionalidad.

VIII. A modo de conclusión

Somos parte de una sociedad que está en constante evolución y crecimiento y ello nos demuestra que determinadas situaciones fácticas o concretas superan los ámbitos legales de regulación, especialmente cuando se tratan temas relacionados al derecho a la salud y mas precisamente a la salud reproductiva. Sin dudas, el progreso científico y tecnológico y su repercusión en el campo de los derechos reproductivos, plantean grandes desafíos tanto para el derecho internacional de los derechos humanos como para los tribunales regionales, pese a que la historia nos ha demostrado que en determinados casos los ordenamientos internos no han sabido estar a la altura de las circunstancias. Claro ejemplo de ello lo vemos con la criminalización del aborto, donde hasta la fecha son muy pocos los países de América Latina que permiten la interrupción del embarazo sin condiciones en las primeras semanas de gestación, teniendo en cuenta los plazos establecidos en sus legislaciones internas.

Considero trascendental la tarea que deben cumplir los sistemas nacionales e internacionales de protección de derechos humanos en pos del "rejuvenecimiento" de diversas normas y políticas anacrónicas, para así poder dar respuestas a las demandas sociales que crecen y mutan no solo como consecuencia de los avances científicos y tecnológicos, sino como resultado a los cambios que experimenta la propia sociedad.

No se puede negar que la tarea efectuada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso objeto de estudio ha sido fundamental para la consolidación y protección de los derechos reproductivos en la región, en cuanto ha sabido realizar una interpretación y una lectura de las obligaciones de los Estados en cuanto a su deber no solo de abstenerse de vulnerar el ejercicio de tales derecho fundamentales, sino de llevar a cabo todas las acciones o medidas necesarias que garanticen la autonomía reproductiva, el disfrute de los avances científicos y el acceso a las diferentes técnicas de reproducción asistidas.

Sin duda queda aún un largo camino por recorrer, pero este tipo de sentencias significan nuevos cambios en la concepción del goce y disfrute de los derechos humanos y los Estados y sus legislaciones deberán actuar en consecuencia.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BARBOSA DELGADO, Francisco R. (2012) "El margen nacional de apreciación en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos: entre el Estado de Derecho y la sociedad democrática". México: Universidad Nacional Autónoma de México. Instituto de Investigaciones Jurídicas.
- ORGANIZACION MUNDIAL DE LA SALUD. (2010). "Glosario de terminología en Técnicas de Reproducción Asistida (TRA)". Versión revisada y preparada por el International Committee for Monitoring Assisted Reproductive Technology (ICMART) y la Organización Mundial de la Salud, OMS.

Instrumentos no vinculantes

- Declaración de la Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer, Beijing, 1995.
- Programa de Acción de la Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo, El Cairo, 1994.

Jurisprudencia

- Corte IDH. Caso Artavia Murillo y otros ("Fecundación in Vitro") vs. Costa Rica. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2012. Serie C No. 257.
- Caso Castañeda Gutman Vs. México. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de agosto de 2008. Serie C No. 184.
- Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez Vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de noviembre de 2007. Serie C No. 170.
- Corte IDH. Caso Gómez Murillo y otros Vs. Costa Rica. Sentencia de 29 de noviembre de 2016. Serie C No. 326.
- Caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica. Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 julio de 2004. Serie C No. 107.

MARC SUÑER 197

LA SALUD Y LA REGULACIÓN ALIMENTARIA EUROPEA: EL NIVEL DE RIESGO TOLERADO

HEALTH AND EUROPEAN FOOD REGULATIONS: THE TOI FRATED RISK I EVEL

Marc Suñer¹

DOI: https://doi.org/10.37767/2591-3476(2020)25

Comentario a

T. Boer & Zonen BV y Staatssecretaris van Economische Zaken **Tribunal de Justicia de la Unión Europea**

Disponible en

https://bit.ly/2YdgiKH

RESUMEN:

T. Boer & Zonen es una empresa neerlandesa productora de carne. Por violaciones de la normativa alimentaria europea, se le imponen sendas multas que, tras ser recurridas, culminan en una cuestión prejudicial del tribunal en cuestión ante Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre si la refrigeración de los productos puede entenderse realizada dentro de los camiones frigoríficos (encontrándose estos en las dependencias del matadero), como pretende la empresa, o debemos atender a la literalidad de la norma y otros requisitos, que este proceso solo puede entenderse realizado en el sitio especificado como "matadero". Por la propia naturaleza del bien jurídico y el elevado nivel de precaución y riesgo tolerable que ha asumido la Unión Europea, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea falla en favor de la interpretación consonante con dichos principios y de manera desfavorable para la empresa.

ABSTRACT

T. Boer & Zonen is a meat producing Dutch company. Due to breaches of the European food legislation, it is fined and, after the appeal process, culminates in a preliminary ruling from the appeals court to the Court of Justice of the European Union about whether it can be interpreted that the refrigeration process requirement was met if it was performed in the freezing trucks (being these located within the slaughterhouse), as the company pretends, or it must be understood as met only if it was performed as the literality of the rule expresses and also other requirements. Given the nature of the legally protected good and the elevated level of precaution and risk tolerance assumed by the European Union, the Court of Justice of the European Union rules in favor of the interpretation compatible with said standards and against the company.

¹ Estudiante de Derecho en la Universidad Autónoma de Madrid; marcsunyer97@gmail.com; ORCID iD: https://orcid.org/0000-0002-5786-8041

PALABRAS CLAVE: Prevención, Salud, Riesgo, Protección, Cooperación.

KEY WORDS: Prevention, Health, Risk, Protection, Cooperation

I. Origen del litigio y desarrollo

El litigio se origina porque las instalaciones de T. Boer & Zonen, empresa neerlandesa productora de carne de ternera son inspeccionadas por la autoridad neerlandesa de seguridad alimentaria y de los productos de consumo (Nederlandse Voedsel -en Warenautoriteit). En estas, se comprueba su infracción al Reglamento (CE) Nº 853/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo de 29 de abril de 2004, el cual ordena que la carne deberá refrigerarse para garantizar una temperatura no superior a 3°C, en el caso de los despojos, y de 7°C, en los otros tipos de carne. Las autoridades sanitarias neerlandesas verificaron que esto no solo se incumplió de forma puntual sino que era una práctica estandarizada. Por esto, la empresa recibió sendas multas por importe de 20.000 euros, las cuales, tras la interposición de un recurso administrativo, fueron reducidas.

Posteriormente, T. Boer & Zonen recurrió por vía judicial dicha resolución administrativa, siendo esta desestimada por el tribunal de primera instancia. Ante esto, recurrió en apelación. Su argumentación puede resumirse en que la refrigeración ordenada por la normativa europea puede alcanzarse después del traslado al vehículo frigorífico. La Administración, por su parte, afirma que la refrigeración debe realizarse en el matadero y que el vehículo frigorífico no puede asimilarse a un matadero, por lo que la temperatura indicada deberá ser alcanzada antes del traslado a dicho vehículo.

Sobre esta discrepancia, surgida a raíz de una posible interpretación de la normativa europea, el Tribunal de Apelación en materia económica plantea al Tribunal de Justicia de la Unión Europea una cuestión prejudicial, instrumento que tienen todos los jueces de la Unión Europea, para que dicho tribunal se pronuncie acerca de cuál es la interpretación correcta de una disposición de legislación comunitaria, y así garantizar una aplicación uniforme de esta. En concreto, le pregunta que si, según lo dispuesto, "¿la refrigeración de la carne puede efectuarse en el propio matadero, de suerte que la carga de la carne en un vehículo frigorífico solo podrá empezar una vez que la carne haya alcanzado una temperatura no superior a 7°C, o también puede efectuarse la refrigeración (...) en el vehículo frigorífico, en tanto que este no abandone los locales del matadero?"

Una vez presentado con la cuestión prejudicial, y con las observaciones escritas que pueden realizar tanto las partes del litigio como los Estados Miembros (Países Bajos, Francia, Hungría y Rumanía), la Comisión y la institución que haya adoptado el acto en cuestión, el Tribunal de Justicia se dispone a contestarla.

II. La argumentación del Tribunal

Primero, reconoce que, según las definiciones normativas, difícilmente podría considerarse como realizada en el matadero una refrigeración en camiones frigoríficos, por el simple hecho de encontrarse estos dentro de las dependencias del matadero. Para esto, menciona que según los puntos 1 y 3 del capítulo VII de la sección primera del Reglamento 853/2004, la inspección post mortem deberá ir inmediatamente seguida de una refrigeración en el matadero para garantizar una temperatura de toda la carne no superior

MARC SUÑER 199

a 7°C, enfatizando el hecho de que el propio reglamento utiliza la palabra "matadero". Seguidamente, el Tribunal se remite al punto 1.16 del anexo I de dicho reglamento, que define al matadero como "el establecimiento donde se sacrifican y faenan animales cuya carne está destinada al consumo humano"; y también se remite al literal C del apartado 1 del artículo 2 del Reglamento 852/2004, que define "establecimiento" como "cualquier unidad de empresa del sector alimentario".

Segundo, determina la falta de idoneidad de estos vehículos para realizar las labores de enfriamiento. Para esto, se apoya en los informes de la Comisión Europea y del Estado francés que respectivamente señalan que "un vehículo frigorífico (...) está destinado al transporte de carne y no interviene en el proceso de sacrificio, faenado y refrigeración de la carne antes de su almacenamiento o transporte. La función de dichos vehículos consiste principalmente en transportar la carne y no en refrigerarla, pues su equipo de refrigeración está diseñado para mantener baja la temperatura durante el transporte" y que "la refrigeración en la cámara frigorífica de los mataderos permite aplicar frío inmediatamente en circunstancias óptimas, a fin de evitar el desarrollo de bacterias y, por consiguiente, garantizar un nivel elevado de seguridad alimentaria, en contraste con la que puede lograrse en un vehículo frigorífico, donde la temperatura solo puede controlarse de manera empírica".

Posteriormente, argumenta que el literal b del apartado 1 del artículo 4 del Reglamento 853/2004 ordena que "operadores de empresa alimentaria pondrán en el mercado productos de origen animal fabricados en la Comunidad únicamente si han sido elaborados y manipulados exclusivamente en establecimientos que (...) hayan sido registrados por la autoridad competente o, cuando sea preceptivo en virtud del apartado 2, hayan recibido autorización". Dicho apartado 2 condiciona el ejercicio de estas actividades a que ora se haya hecho una inspección in situ por parte de las autoridades competentes, ora se haya recibido una autorización condicional para dicho fin, cosa que no ha sucedido en este caso.

Por último, recalca el Tribunal el objetivo principal que persigue la normativa en materia de higiene, esto es, según el considerando 9 del Reglamento 853/2004, "garantizar un elevado nivel de protección de los consumidores", es irreconciliable con la laxa interpretación de la misma que pretende T. Boer & Zonen.

III. Contenido de los reglamentos

1. Reglamento 853/2004

En sus considerandos, reconoce que determinados productos alimenticios pueden presentar ciertos peligros para la salud humana y que por ende son necesarias ciertas normas higiénicas específicas, que recaen sobre fabricantes y autoridades competentes. Reconoce que uno de los objetivos es que, a nivel comunitario, se alcance un elevado nivel de protección para los consumidores. En cuanto a definiciones, hace una remisión a los reglamentos cuyo contenido posteriormente detallaremos; y define "matadero" como "el establecimiento donde se sacrifican y faenan animales cuya carne está destinada al consumo humano".

Ordena que todos los operadores de la empresa alimentaria que pongan en el mercado productos de origen animal fabricados en la Comunidad, hayan cumplido con los requisitos que establece el Reglamento 852/2004; y que no podrán ejercer sus actividades

a menos de que la autoridad competente los haya autorizado para tal, para lo cual se requiere una inspección in situ.

En sus anexos, detalla el procedimiento que deberá seguirse para el procesamiento y venta de carne de vacuno. Este explica que una vez sacrificados los vacunos, tienen lugar labores de separación y clasificación de las partes del animal destinadas para el consumo humano de las que no, o que hayan contravenido alguna regla sanitaria, para posteriormente realizar una inspección post mortem, que tiene por objeto verificar condiciones de salubridad establecidas en el propio reglamento. No debemos confundir esta parte del proceso con el despiece y el deshuesado, fase posterior pero distinta del sacrificio, que consiste en la clasificación de la carne, ya toda destinada al consumo humano, en sus distintas presentaciones comerciales. Para esto, el capítulo V dispone que "la carne se mantendrá a una temperatura no superior a 3°C para los despojos y 7°C para el resto de la carne mediante una temperatura ambiente no superior a 12°C o un sistema alternativo de efectos equivalentes".

Para la fase siguiente, el almacenamiento, y sobre la cual incide el litigio, se dispone que "La carne deberá alcanzar la temperatura establecida en el punto 1 (esto es, no superior a 3°C para los despojos y 7°C para el resto de la carne) antes de ser transportada y permanecer a dicha temperatura durante el almacenamiento". Sobre esto, destaca que dicha temperatura deberá alcanzarse antes del transporte.

2. Reglamento 852/2004

Este reglamento contiene las definiciones a las que se remitía el reglamento 853/2004, sobre "establecimiento", que es definido como "cualquier unidad de una empresa del sector alimentario".

3. Reglamento 178/2002

Define el Principio de cautela en su artículo 7, sobre que "tras haber evaluado la información disponible (...) se observe la posibilidad de que hayan efectos nocivos para la salud (...) podrán adoptarse medidas provisionales de gestión del riesgo para asegurar el nivel elevado de protección por el que ha optado la Comunidad". El artículo 8 reconoce como objetivo de la legislación alimentaria la protección de los intereses de los consumidores y el artículo 17 establece en las empresas la responsabilidad de controlar la adecuación a los estándares que la normativa señala y menciona que los Estados podrán aplicar sanciones a los infractores.

IV. Derecho a la salud

1. Posición del derecho a la salud en el ordenamiento europeo

La OMS se refiere a la salud como "un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades". Así entendida, la salud es reconocida como un derecho por el numeral 1 del artículo 25 de la Declaración Universal de Derechos Humanos en cuanto que "toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar", así como por el artículo 35 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea "Toda persona tiene derecho a acceder a la prevención sanitaria y a beneficiarse de la atención sanitaria (...)", que tendrá, dicha carta, "el mismo valor jurídico que los tratados", según el artículo 6.1 del Tratado de la Unión Europea. De igual forma, la Carta Social Europea de 1961, en

MARC SUÑER 201

su artículo 11, señala que "las Partes Contratantes se comprometen a (...) eliminar las causas de una salud deficiente". Sin embargo, podemos notar una cierta amplitud en esto, como bien señala Xavier Seuba Hernández que "una definición tan amplia plantea problemas a la hora de acotar el régimen normativo referido a la salud" (Seuba Hernández, 2010: 39). Es, por ello, necesario hacer precisiones; y sobre ellas continúa al decir que "(el derecho a la salud encuentra) su razón de ser en la protección de un bien jurídico que con frecuencia requiere acciones positivas", el cual "(tiene) el propósito último de proteger, promocionar y mejorar la salud". (Seuba Hernández 2010: 40). Es decir que por su carácter positivo, su realización es más compleja y multifacética que si se tratase de un derecho-abstención (aunque en algunos casos pueda serlo).

El artículo 168 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea establece que "al definirse y ejecutarse todas las políticas y acciones de la Unión se garantizará un alto nivel de protección de la salud humana (...) la acción de la Unión, que complementará las políticas nacionales, se encaminará a mejorar la salud pública, prevenir las enfermedades humanas y evitar las fuentes de peligro para la salud". En el marco de las competencias compartidas, la Unión actuará normalmente y, como es el caso, para hacer una armonización de las legislaciones. La particularidad es que una vez que la Unión Europea ejerce su capacidad normativa, desplazará la competencia estatal, en virtud del art. 2.2 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

A esta acción coordinada por la Unión Europea es a la que, con ciertas matizaciones se refiere Seuba Hernández cuando dice que "la globalización de la salud pública recurre al Derecho Internacional como herramienta para una gestión de la salud pública mundial que disminuya la vulnerabilidad frente a las enfermedades (...) se sitúa en una esfera caracterizada por la necesidad de cooperación" (Seuba Hernández, 2010: 41). La precisión es que el derecho de la Unión Europea no es Derecho Internacional pero sí tiene el componente de cooperación interestatal al que se hace referencia.

2. Distintas vertientes del derecho a la salud

Teniendo en mente que muchas veces se requieren actuaciones positivas, podemos precisar, entre varios, dos enfoques de actuación: la medicina y la prevención. La primera tiene un enfoque individual y se caracteriza grosso modo por la existencia de un paciente, quien presenta una enfermedad, y requiere ser tratado por un especialista (Zalazar y Carranza, 2019: 17); sin perjuicio de que la existencia de este especialista deba ser garantizado por un sistema de salud público, que sin duda haría este enfoque un tanto más colectivo (Zalazar y Carranza, 2019: 20).

El enfoque preventivo lo catalogamos de colectivo en cuanto que no existe un individuo preciso sobre el cual deba recaer la asistencia sanitaria sino que, a través de políticas públicas, el Estado debe crear las condiciones necesarias para garantizar dicho "estado de bienestar físico" en un momento previo a la existencia de la enfermedad. Para que esto sea posible, debemos "asignar a la salud la doble consideración (...) de derecho fundamental del individuo e interés de la comunidad" (León Alonso, M, 2010: 76).

Precisamente a esta vertiente derecho a la salud es a la que hacen referencia los considerandos 2, 4 y 9 del reglamento 853/2004 cuando dicen que "determinados productos alimenticios pueden presentar peligros para la salud humana, y ello hace necesario el establecer normas higiénicas específicas (...) en particular con los alimentos de origen

animal, con respecto a los cuales se han observado con frecuencia riesgos microbiológicos y químicos", que "Por lo que respecta a la salud pública, dichas normas (las que establecen normas sanitarias específicas para la producción y puesta en mercado de los productos enumerados en el Anexo I del Tratado) contienen una serie de principios comunes, referentes sobre todo a las responsabilidades de fabricantes y autoridades competentes, a los requisitos estructurales, operativos e higiénicos para los establecimientos, a los procedimientos de autorización de éstos y a los requisitos para el almacenamiento y el transporte y el marcado sanitario" y que "Los objetivos principales (...) son: garantizar un elevado nivel de protección de los consumidores, asegurando la inocuidad alimentaria (...)".

Lo característico de esta vertiente del derecho a la salud es que es directamente aplicable, a diferencia de las demás. El llamado derecho de atención sanitaria es catalogado de principio rector, más que de norma jurídica: "por el simple hecho de que el precepto se incluya en un texto constitucional (o legal), no queda, sin más, convertido en una norma jurídica. Es necesario, además, que tenga "estructura lógica" de norma jurídica: que sea una orden, mandato, prohibición -con la correspondiente consecuencia de su incumplimiento- o, en definitiva, que delimite esferas de correlativos derechos y deberes entre sujetos" (Garrido Falla, F, 1985: 579). Sin embargo, opiniones disonantes afirman que "la incompletud de la norma es un acto deliberado del constituyente que, debido al carácter contingente de las circunstancias, ha preferido no vincularse definitivamente, permitiendo así que una norma de rango inferior adapte el ordenamiento jurídico a las necesidades de cada momento. En este sentido la Constitución es una norma de definición de valores principales y, en consecuencia, una norma de reenvíos." (Nieto, A, 1983: 394)

3. Principio de precaución y el estándar elegido

Una vez trazada la línea divisoria entre ambas aristas del derecho a la salud, no resulta complejo entender tanto las razones que motivan la normativa europea como la del fallo. La prevención y un alto nivel de protección han sido los estándares que ha escogido el legislador europeo cuando trata sobre protección preventiva sobre la salud en materia alimenticia. Pero estos lineamientos no tienen su origen en el Derecho Comunitario, sino que se remontan a la Carta Mundial de la Naturaleza aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1982. Más específicamente, la consagración internacional del principio de precaución se produjo en 1992, en cuyo principio 15 se indica: "Con el fin de proteger el medio ambiente, los Estados deben aplicar ampliamente las medidas de precaución conforme a sus capacidades".

El estándar de protección elegido podemos apreciarlo en el artículo 168 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea que dice: "al definirse y ejecutarse todas las políticas y acciones de la Unión se garantizará un alto nivel de protección de la salud humana"; mientras que el artículo 191 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea que concreta el principio de precaución: "la política de la Unión (...) tendrá como objeto alcanzar un nivel de protección elevado (...) se basará en los principios de cautela y acción preventiva (...)". De dicho principio de precaución, la Comisión se ha pronunciado en el sentido de que "la Comunidad ha perseguido constantemente el objetivo de un elevado nivel de protección, en materia de (...) salud humana. Concretamente, el artículo 7 del Reglamento 178/2002, que se aplica en el caso en cuestión, desarrolla el principio y lo denomina principio de cautela: "(...) cuando (...) se observe la posibilidad de que haya efectos nocivos para la salud pero siga existiendo incertidumbre científica, podrán adoptarse

MARC SUÑER 203

medidas provisionales de gestión de riesgo para asegurar el nivel elevado de protección de la salud por el que ha optado la comunidad".

4. Implicaciones en la normativa y el fallo

Entonces, es comprensible que no se permita que el refrigeramiento ocurra en los camiones refrigeradores, ya que estos tanto son inidóneos para alcanzar los objetivos de refrigeración necesarios para alcanzar un estándar de salud preventiva deseable como que no han sido inspeccionados y corroborado su adecuación a los estándares técnicos, de diseño y equipamientos que figuran en el anexo III del reglamento 853/2004. La pretensión interpretativa de T. Boer & Zonen es disonante con los estándares deseados por el Derecho de la Unión Europea. Es por eso que no se trata de una simple rigurosidad innecesaria sobre definiciones sino sobre una aplicación exigente de una legislación por cuyas venas corre el germen de la aplicación rigurosa, en atención al bien jurídico que se protege de manera preventiva.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Garrido Falla, F. (1985). Comentarios a la Constitución. Madrid: Civitas.
- León Alonso, M. (2010). La protección constitucional de la salud. Madrid: La Ley.
- Nieto, A. (1983). *Peculiaridades jurídicas de la norma constitucional*. Madrid: Revista de Administración Pública.
- Seuba Hernández, X. (2010). *La protección de la salud ante la regulación internacional de los productos farmacéuticos*. Madrid: Marcial Pons.
- Zalazar, C. y Carranza, G. (2019). Aproximación sistémica al concepto de Derecho a la Salud. En Zalazar, C. y Carranza, G. (dir.): *Derecho y salud en perspectiva: estudios de Derecho a la salud*. Córdoba: Advocatus.

EL CRITERIO DE TOLERANCIA CERO PARA LA CONTAMINACIÓN DE AVES DE CORRAL EN LA REGULACIÓN EUROPEA

THE STANDARD OF ZERO TOLERANCE FOR CONTAMINATION OF POULTRY CARCASSES IN EUROPEAN REGULATION

Juliana Da Silva Martínez¹

DOI: https://doi.org/10.37767/2591-3476(2020)26

Comentario a

A y otros c/ Staatssecretaris van Economische Zaken **Tribunal de Justicia de la Unión Europea**

Disponible en

https://bit.ly/3gc4D5f

RESUMEN:

Este artículo analiza la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, del 12 de septiembre de 2019, por la que se constata la aplicabilidad del criterio de "tolerancia cero" para la contaminación de las canales de aves de corral, en el contexto de los alimentos de origen animal, cuyas normas de higiene y de control se encuentran en los Reglamentos europeos n.º 853/2004 y 854/2004, respectivamente. .

ABSTRACT

This article analyses a preliminary rulling of the European Union Court of Justice, dated 12th September 2019, that confirms the applicability of the "zero tolerance" standard over contamination of poultry carcasses, in the context of animal source food, which hygiene and control standards are found in European Regulations n.º 853/2004 y 854/2004, respectively.

PALABRAS CLAVE: Prevención, Salud, Riesgo, Protección, Cooperación.

KEY WORDS: Prevention, Health, Risk, Protection, Cooperation

¹ Estudiante de Derecho, Universidad Autónoma de Madrid, juliana.dasilva@estudiante.uam.es, número de ORCID: https://orcid.org/0000-0003-3838-7469

I. Introducción

Se tratará de analizar la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, dictada el 12 de septiembre de 2019, sobre una cuestión prejudicial interpretativa interpuesta por el Tribunal de Primera Instancia de Rotterdam. Es una sentencia importante para conocer la interpretación de la Unión Europea en relación con las exigencias de higienización de la carne de animales sacrificados para el consumo, visto que analiza la vigencia o no del criterio de tolerancia cero en el proceso de limpieza de las canales de aves de corral, fase en la que se preparan las canales para su posterior refrigeración. La interpretación del TJUE se da con relación al reglamento europeo n.º 853/2004 de higiene de los alimentos de origen animal y el reglamento n.º 854/2004, por el que se establecen normas específicas para la organización de controles oficiales de los productos de origen animal destinados al consumo humano, en el contexto de un litigio entre mataderos de aves de los Países Bajos y el Secretario de Estado.

II. Antecedentes de hecho

En unos controles de seguridad alimentaria en mataderos de aves de corral neerlandeses, la Autoridad neerlandesa competente encuentra en la fase final de preparación para el cocinado y anterior a la refrigeración de las canales, canales contaminadas por trazas fecales, materiales del buche y de la bilis de las aves de corral.

Tras el registro de la contaminación, la Autoridad neerlandesa de seguridad de los alimentos elabora informes sobre la incidencia en los que se constata como causa la insuficiencia de las medidas tomadas para evitar la contaminación de las canales en los mataderos, constatando además la vulneración de las reglas de la ley neerlandesa sobre animales, y del Anexo III, Sección II, Capítulo IV, puntos 5 y 8 del Reglamento n.º 853/2004. Los siete mataderos de aves inspeccionados son sancionados con una multa administrativa, pero se oponen a la sanción, ya que alegan que el Reglamento europeo no permite la aplicación del criterio de tolerancia cero de la contaminación.

La sentencia resuelve una cuestión prejudicial interpretativa del Reglamento n.º 853/2004 por el que se establecen normas para la higiene de los alimentos de origen animal, concretamente sobre el Anexo III, Sección II, Capítulo IV, puntos 5 y 8 del Reglamento; y del Reglamento n.º 854/2004 por el que se establecen normas para la organización de controles oficiales de los productos de origen animal destinados al consumo humano, concretamente sobre el Anexo I, Sección I, Capítulo II, parte D, punto 1, del Reglamento.

III. Alegaciones de las partes

1. Los mataderos

Para los mataderos el Reglamento comunitario no obliga a la aplicación del criterio de tolerancia cero y además alegan que las canales podrían limpiarse también en la fase de refrigeración o incluso en fases posteriores.

Otra de las alegaciones de los mataderos es en relación con el alcance del término "contaminación", consideran que ni las heces, ni el contenido de la ingesta de los animales, son elementos potencialmente contaminantes.

Como último recurso, los mataderos se dirigen en contra de la forma en que se realizó la inspección; según estos las canales solo podían ser inspeccionadas visual y superficialmente.

2. El secretario de Estado

El Secretario de Estado alega que los Reglamentos sí establecen el criterio de "tolerancia cero", no debiendo haber contaminación visible antes de la refrigeración de las canales; alega también que por contaminación debe entenderse las materias fecales, el contenido del buche y de la bilis; por último, sostiene en relación con la forma de la inspección, que debe inspeccionarse no solo la canal superficialmente, sino también internamente.

IV. Las cuestiones prejudiciales

1. La segunda cuestión

La segunda cuestión prejudicial que plantea el Tribunal de 1ª Instancia neerlandés, pregunta qué se entiende por contaminación en el contexto de las disposiciones del Anexo III, Sección II, Capítulo IV, puntos 5 y 8, del Reglamento n.º 853/2004, que el Secretario de Estado considera vulneradas. En concreto, el Tribunal nacional quiere saber si la contaminación puede ser causada por materiales de la bilis, del buche y materiales fecales, es decir, los materiales que la Autoridad alega en su informe que fueron encontrados en las canales de aves de corral.

El TJUE entonces interpreta que el término "contaminación" debe entenderse desde una perspectiva amplia, sin ningún tipo de limitación que pueda restringirlo. Por tanto, asegura que el término puede abarcar varios materiales, entre ellos están los restos de la bilis, del buche y de las materias fecales. Para explicarlo, el TJUE luego de hacer un análisis pormenorizado del contenido literal de las disposiciones y de relacionarlas entre ellas, empieza a adentrase en la doctrina de la "tolerancia cero".

A. ¿Qué comprende el concepto de contaminación conforme al Reglamento n.º 853/2004?

Al no precisar los elementos contaminantes, el Reglamento debe ser interpretado en relación con otras disposiciones, de forma que se pueda sacar el fin y naturaleza de la norma europea. A pesar de no dar una definición concreta de lo que se pueda entender por contaminación, en el punto 5 del Reglamento citado hay una referencia a los elementos del tubo digestivo. Sobre este punto, el TJUE aboga por una interpretación uniforme que respete el sentido del término, conforme a las versiones que ha recibido en todas las lenguas oficiales de la Unión. Ello es así en respeto al principio de multilingüismo, consagrado en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. En concreto, recuerda la sentencia en su punto 38 que conforme reiterada jurisprudencia (Tanzer y Trasper), "las disposiciones de derecho de la unión deben ser interpretadas y aplicadas de modo uniforme a la luz de las versiones en todas las lenguas de la Unión", para casos conflictivos debe acudirse a una interpretación estructural, y en todo caso atendiendo al fin intrínseco de la norma. Al realizar una interpretación uniforme de lo que se pueda entender por "tubo digestivo", el TJUE concluye que el término debe comprenderse en sentido amplio, de forma que alegar la existencia de diferentes traducciones no sirva para restringir el alcance del término y así evitar la responsabilidad de los mataderos. Por tanto, el contenido del buche, de la bilis y las materias fecales sí son contenido del tubo digestivo de las aves de corral, conforme la interpretación del TJUE.

Ahora bien, en relación con el concepto de "contaminación", los mataderos también cuestionan si los materiales de la bilis, del buche y fecales que fueron encontrados en sus canales, también son fuentes de contaminación. Para responderlo, el TJUE a la vista

de la cuestión prejudicial, acude al art. 2, apartado 1, letra f) de otro Reglamento, de n.º 852/2004, según el cual el término contaminación implica la "introducción o presencia de un peligro"; también acude al art. 3, punto 14, del Reglamento n.º 178/2002, según el cual es factor de peligro "todo agente biológico químico o físico presente en un alimento o en un pienso, o toda condición biológica química o física de un alimento o un pienso que pueda causar un efecto perjudicial para la salud". Por tanto, conforme a una interpretación estructural y atendiendo a la finalidad de la norma, todas las fuentes de contaminación deben ser tomadas en consideración, sin interpretaciones restrictivas.

Por tanto, se concluye que los términos dan pie a una interpretación bastante amplia de la "contaminación" que prohíbe el Reglamento, de forma que pueda cumplirse la finalidad del Reglamento de proteger a los consumidores de estas carnes de "toda contaminación". Aquí se aprecia el criterio de "tolerancia cero", que toma el legislador de la Unión, ya que, al evitar cualquier tipo de limitación a la obligación de proteger a los consumidores de la contaminación, impone una postura que considera inaceptable e inadmisible cualquier tipo de riesgo a los que puedan estar expuestos los consumidores de la carne en Europa. Se erige así, como bien manifiesta el Abogado general, un alto nivel de protección, con altos estándares de calidad alimentaria. Y, como Reglamento, es una norma directamente aplicable en los ordenamientos jurídicos de todos los Estados de la Unión, sin requerir normas internas de aplicación, y protegida por el principio de primacía del Derecho de la Unión.

2. La primera y la tercera cuestión

El tribunal neerlandés pregunta en su primera cuestión si las disposiciones del Anexo III, Sección II, Capítulo IV, puntos 5 y 8 del Reglamento n.º 853/2004 pueden ser interpretadas como un mandato de que la canal de ave de corral después de su limpieza y evisceración no presente ningún tipo de contaminación visible, es decir, si el Reglamento impone la regla de la tolerancia cero en tema de higienización de la carne para el consumo humano.

Ante esta pregunta, el TJUE considera que por contaminación debe entenderse la contaminación visible y la invisible, ya que quedó aclarado en la segunda cuestión prejudicial que no se aplica ningún criterio de interpretación restrictiva para entender el término "contaminación".

El TJUE entonces concluye que los mataderos sí deben eliminar toda contaminación de la canal en los procesos anteriores a la refrigeración, despiece y envasado. Por tanto, en tras la limpieza y evisceración el legislador europeo aplica el criterio de la tolerancia cero, es decir, no debe quedar ninguna contaminación visible.

En relación con la tercera cuestión, el tribunal pregunta en qué momento viene la fase de limpieza de las canales, es decir, si viene después de la evisceración o también se puede extender a la fase de la refrigeración y despiece para envasado. Esta pregunta es oportuna, porque los mataderos neerlandeses han sido sancionados precisamente por haber sido encontrada contaminación en sus canales en la fase inmediatamente anterior a la refrigeración, y si el TJUE decide que la limpieza puede darse también en la fase de refrigeración – postura que defiende los mataderos – no se consideraría aplicable el criterio de tolerancia cero.

No obstante, al contrario de dar la razón a los mataderos, los jueces del TJUE se distan-

cian de la posición de imposibilidad de cumplimiento del criterio de tolerancia cero, que adoptan los mataderos, establecen que la canal debe quedar libre de contaminación tanto visible como invisible y para ello deben tomarse medidas en todas las fases, antes de la refrigeración. Ya en el punto 5 del Reglamento se aclara que "deberán tomarse las medidas oportunas para impedir que durante la evisceración se derrame el contenido del tubo digestivo", es decir, el Reglamento establece la obligatoriedad de evitar la contaminación ya en esta fase. No se establece la obligatoriedad de ausencia de contaminación en la fase de evisceración, lo que se establece es la obligación de tomar medidas para evitarla.

Los magistrados del TJUE determinan entonces que fase de limpieza, conforme al punto 8, debe efectuarse antes de la refrigeración. Tras esta fase ya no puede quedar contaminación. Por tanto, sí se aplica el criterio de tolerancia cero, pues ya después de la fase de limpieza no puede haber ni contaminación visible ni contaminación invisible.

El legislador europeo busca garantizar un elevado nivel de protección, aplicando el criterio de tolerancia cero. Pero, lejos de exigir la ausencia de contaminación en cada uno de los procesos de preparación de la canal – sería imposible evitar al completo la contaminación en la fase de evisceración – el legislador establece la obligación de aplicar un proceso progresivo y gradual de higienización de la canal, porque además de obligar a evitar la contaminación de la canal en la evisceración, también establece una fase de inspección post mortem tras la evisceración, donde un veterinario examina la canal y selecciona partes aptas y no aptas. Tras estas etapas, viene la fase de limpieza que es cuando debe aplicarse el criterio de tolerancia cero, y donde no debe haber ya ningún tipo de contaminación.

Punto 61: "Por lo tanto, en contra de lo que sostienen las demandantes en el litigio principal, la finalidad de la fase de refrigeración no es limpiar las canales para eliminar toda contaminación visible, sino que consiste, en particular, en frenar la multiplicación de los gérmenes y conservar la carne para continuar la fase de despiece y de envasado en las mejores condiciones".

3. La cuarta cuestión prejudicial

La cuarta pregunta es en relación con el Reglamento n.º 854/2004, Anexo I, Sección I, Capítulo II, parte D, punto 1. El Tribunal cuestiona si el punto 1 puede interpretarse en el sentido de que permite a la autoridad de control, retirar las canales de la cadena de sacrificio para verificar en la parte interior y exterior de la canal, la presencia de contaminación visible.

Ante esta cuestión el TJUE determina que el inspector dispone de un amplio margen de maniobra a efectos de determinar la presencia o no de contaminación, dado el alto nivel de protección que busca el legislador europeo. Es decir, los medios de examen de las canales son amplios y de libre utilización, libertad que permite a las autoridades realizar examen externo, retirada de las canales de la cadena de sacrificio, inspección de vísceras, tejidos adiposos, cavidades, o toma de muestras, todo ello para proteger la salud de los consumidores ante la detección de potenciales enfermedades.

V. ¿Por qué se establece un alto nivel de protección?

Con esta pregunta quizá se pueda adentrar en los motivos que impulsaron al legislador europeo a adoptar un Reglamento con medidas tan exigentes de protección de los consumidores frente al riesgo de contaminación de las canales.

El Reglamento n.º 853/2004 es una refundición de normas de higiene que la Unión Europa ha ido elaborando en varias directivas destinadas a regular las normas de higiene de los productos de origen animal. El Reglamento, como bien se aclara en su punto 11, no está destinado a regular la manipulación doméstica de los productos, sino que va dirigido a empresas de suministro alimentario de origen animal al por mayor. Al armonizar las directivas en un Reglamento, el legislador consigue reforzar el nivel de protección a los consumidores, ya que las normas de higiene ya no dependen del desarrollo normativo de cada Estado miembro, sino que los Estados tienen que aplicar el reglamento de forma directa. Al estar ante un tema tan importante como es el de la salud pública, el legislador decide no dejar el tema de regulación de las normas de higiene a merced del desarrollo normativo de cada Estado miembro.

En el año 2000, cuatro años antes de la publicación del Reglamento, el Tratado de Niza proclama la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, que no tiene valor jurídico vinculante en este momento, aunque se empiezan a notar sus efectos, en regulaciones como la del Reglamento citado. Y es que la Carta en su artículo 35 introduce el derecho de protección a la salud, subrayando la meta común de la Unión, de garantizar un elevado nivel de protección de la salud humana.

1. Historial epidémico mundial

El historial de enfermedades alrededor del año 2004 también tiene mucho que ver en la regulación europea. Conforme datos de la Organización Mundial de la Salud (OMS), el brote del SARS-CoV – un virus perteneciente a la familia del coronavirus – afectó en 2003 más de 8 mil personas en todo el mundo; también en el 2003, el virus H5N1 – más conocido como gripe aviar y potencialmente peligroso para el ser humano debido a su alta contagiosidad entre las aves – afecta a miles de aves de corral y obliga a su sacrificio para evitar el contagio de la enfermedad a los seres humanos; también en el año 2003 en un comunicado de prensa la OMS reconoce que la "enfermedad de las vacas locas" era hasta entonces una enfermedad de reciente aparición y cuyo contagio probablemente se daba al consumir carne de vacuno infectada.

Todas estas enfermedades alertadas por la OMS en el año 2003 tienen un elemento en común: son de origen animal. Por tanto, es comprensible que Europa endureciera los requisitos de higiene de la carne destinada al consumo.

2. El criterio de tolerancia cero, un precedente: Estados Unidos

Según el informe del Servicio de Investigación del Congreso de Estados Unidos (2005), el criterio o estándar de tolerancia cero conforma una política de seguridad alimentaria que en Estados Unidos implica generalmente la prohibición de la presencia de materias fecales visibles en las canales de aves de corral o carne. El informe también explica que en la política de seguridad alimentaria si un producto está afectado por una materia microbiológica, química u otra perjudicial para la salud humana, el producto es inmediatamente considerado inadecuado para el consumo.

Según este mismo informe el Departamento de Agricultura de los Estados Unidos ya confirmó en el año 1997 la aplicación del criterio de tolerancia cero para el procesamiento de canales de aves de corral en los mataderos. Con ello el departamento quiso reforzar que en las canales no debería haber ningún signo de heces o de contaminación microbiológica antes de la fase de refrigeración.

Además, según las directivas más actuales del Servicio de Inspección Alimentaria de Estados Unidos (FSIS) se señala constantemente a las heces, a los elementos del tracto intestinal y a la leche como sustancias contaminantes a las que se les debe aplicar un criterio de tolerancia cero, es decir, debe comprobarse que no estén presentes y debe garantizarse de que sean correctamente retirados en caso de que lo estén.

Según las directivas del Servicio de Inspección Alimentaria de Estados unidos la aplicación del criterio de tolerancia cero es obligatoria en los mataderos de aves de corral. El organismo establece la prohibición de contaminación fecal visible en las canales, y la inspección de estas antes de la fase de refrigeración. El organismo reconoce que la presencia de heces en las canales puede provocar la proliferación de patógenos perjudiciales para la salud humana, además también obliga a la implementación de normas del Análisis de Peligros y Puntos de Control Crítico (HACCP) en orden de evitar el contagio microbiológico de las canales, principalmente el contagio por Salmonella. Ahora bien, la contaminación fecal debe ser retirada por completo, sea por lavado químico o cortando las zonas infectadas. El FSIS también reconoce que los elementos del tracto digestivo pueden ser fuente de patógenos, y por tanto las canales contaminadas por esos materiales del tracto también deben ser reprocesadas.

Las normas o principios HACCP fueron ideadas por la empresa Pillsbury Company, en el año 1971². Se trata de un sistema de control de calidad de los alimentos, que tiene como objetivo garantizar su máxima inocuidad. Fue elaborado en principio para evitar introducir alimentos contaminados en las naves espaciales americanas y así evitar la contaminación de los astronautas que hacían parte del programa espacial americano. En español estos principios se conocen como sistema de Análisis de Peligros y Puntos de Control Crítico (APPCC). El Reglamento europeo 852/2004 sobre la higiene de los productos alimenticios, en el considerando (12), establece la obligatoriedad de aplicar el sistema de principios APPCC para la seguridad alimentaria. También el artículo 4 del Reglamento 854/2004 establece que los controles oficiales de seguridad alimentaria deben orientarse en procedimientos del sistema de análisis de peligros y puntos de control (APPCC).

VI. Crítica

Los Reglamentos n.º 853/2004 y n.º 854/2004 fueron elaborados cuando el término "tolerancia cero" ya era usado ampliamente en los Estados Unidos. Europa, aunque establece unos estándares y un nivel de protección similar a los que ya estaban en vigor en Estados Unidos, opta por no incluir el término "tolerancia cero" en el Reglamento, dejando apertura a interpretaciones de diferentes grados alrededor de la aplicabilidad o no del criterio.

La seguridad alimentaria en Europa también tambalea a niveles normativos, al no incluir una definición más precisa de lo que pueda entenderse por contaminación, abriendo vía

² Sanchez, J. D. (s. f.). Historia del Sistema HACCP.

a la posibilidad de debatir un tema que debería ser indiscutible: la seguridad alimentaria. La más mínima posibilidad de aflojar las reglas de seguridad alimentaria no debería ni siquiera permitirse cuando alcanzar un alto nivel de protección de la salud pública es una prioridad.

Todo ello culmina en que la normativa europea termina por obligar al Juez europeo a enredarse en un entramado de disposiciones, y conexiones imprecisas, para probar que el concepto de "contaminación" es amplio y puede entenderse desde varios sentidos, o para probar que sí se aplica el criterio de la tolerancia cero en Europa y así garantizar el alto nivel de protección a la salud.

Conclusiones

La sentencia sienta en Europa la doctrina de la "tolerancia cero" para las sustancias contaminantes de canales de aves de corral, que puede incluso extenderse analógicamente y teniendo en cuenta el contexto de la normativa europea, a los demás alimentos de origen animal. Es importante un reconocimiento jurisprudencial a nivel europeo de este criterio en el sector alimentario, ya que refuerza la normativa europea a escala de todos los países de la Unión, siendo también de interés para terceros países importadores – debido a la incidencia y a las consecuencias que puede tener el consumo de alimentos de origen animal importados de Europa – y exportadores. Aunque el reconocimiento de este criterio llega de forma un tanto tardía en Europa, y con una normativa un tanto enrevesada.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Congressional Research Service. The Library of Congress (2005). Agriculture: A Glossary of Terms, Programs, and Laws (97-905). Recuperado de: http://ncseonline.org/nle/crsreports/05jun/97-905.pdf
- Directiva 6420.2 Rev. 1, Departamento Estadounidense de Agricultura. Servicio de Inspección Alimentario de Seguridad (FSIS). Estados Unidos, 27 de abril de 2017.
- Rasekh, J., Thaler, A. M., Englejohn, D. L., & Pihkala, N. H. (2005, 1 octubre). Food Safety and Inspection Service Policy for Control of Poultry Contaminated by Digestive Tract Contents: A Review. Recuperado de https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S1056617119318471
- Sanchez, J. D. (s. f.). Historia del Sistema HACCP. Recuperado 12 de julio de 2020, de https://www.paho.org/hq/index.php?option=com_content&view=article&id=10833:2015-historia-sistemahaccp&Itemid=41432&Iang=es#:%7E:text=La%20Pillsbury%20Company%20present%C3%B3%20el,alimentos%20enlatados%20de%20baja%20acidez.
- World Health Organization. (2013, 9 julio). OMS, 2004. Recuperado de https://www.who.int/csr/don/archive/year/2004/es/

RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL CONSTITUCIO-NAL FEDERAL ALEMÁN. SOBRE EL ART. 217 DEL CÓDIGO PENAL ALEMÁN

THE DECISION OF THE GERMAN FEDERAL CONSTITUTIONAL COURT. ABOUT THE ARTICLE 217 OF THE GERMAN CRIMINAL CODE

Gonzalo Dell'Orsi1

DOI: https://doi.org/10.37767/2591-3476(2020)27

Comentario a

Urteil des Zweiten Senats vom 26. Februar 2020

Tribunal Constitucional Federal Alemán

Disponible en

https://bit.ly/32gxtMI

RESUMEN:

Con fecha 26 de febrero de 2020, la cámara segunda del Tribunal Constitucional Federal Alemán declaró la inconstitucionalidad y nulidad del art. 217 del Código Penal Alemán. Este artículo, en su redacción luego de ser modificado en el año 2015, amenaza en su primer inciso con pena privativa de la libertad a quien promoviera de manera comercial la asistencia al suicidio. En dicha oportunidad, los Magistrados entendieron y decidieron de manera conjunta sobre seis recursos de inconstitucionalidad, y concluyeron en que la norma atacada vulnera los siguientes derechos constitucionales: el derecho al libre desarrollo de la personalidad (art. 2. inc. 1 en conexión con el art. 1 inc. 1); el derecho a la libertad (art. 2 inc. 2 segunda oración en conexión con el art. 104 inc. 1); y el derecho a la libertad de trabajo (art. 12 inc. 1).

ABSTRACT

On 26 February 2020, the second chamber of the German Federal Constitutional Court declared section 217 of the German Criminal Code unconstitutional and void. This section, as amended in 2015, threatens in its first paragraph with prisión sentence for anyone who commercially promotes assisted suicide. On that occasion, the judges considered and decided jointly on six constitutional appeals, and concluded that the rule attacked violated the following constitutional rights: the right to free personality development (article 2, paragraph 1, in connection with article 1, paragraph 1); the right to liberty (article 2, paragraph 2, second

¹ Abogado (Universidad Nacional de Córdoba); Magister en Derecho alemán y doctorando (Ludwig Maximilians Universität de Munich). Prosecretario del Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Tierra del Fuego. gdellorsi@gmail.com ORCID iD: https://orcid.org/0000-0002-0504-9052

sentence in reference to article 104, paragraph 1); and the right to freedom of work (article 12, paragraph 1).

PALABRAS CLAVE: Inconstitucionalidad; Nulidad; Tribunal Constitucional Federal Alemán; Art. 217 StGB; Asistencia al suicidio.

KEY WORDS: Unconstitutionality; Nullity; German Federal Constitutional Court; Article 217 Criminal Code; Assisted suicide.

I. Introducción

El presente trabajo es un comentario de la Sentencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán'² (en adelante también Tribunal), de fecha 26 de febrero de 2020, mediante la cual declaró la inconstitucionalidad y nulidad del 'art. 217 del Código Penal Alemán'³ (en adelante también art. 217). El Tribunal resolvió seis recursos de inconstitucionalidad presentados por personas físicas y jurídicas, quienes alegaron verse afectadas por la norma en cuestión.

En esta inteligencia, el Tribunal analizó los reclamos de los recurrentes, sus alegados agravios a derechos fundamentales y la vinculación de estos con la norma del art. 217. Al analizar esta última, consideró el objetivo perseguido, y la proporcionalidad de la medida impuesta a tal fin, en relación con los derechos vulnerados. Esto es, por un lado, la prohibición de promover la asistencia comercial al suicidio, y por el otro, los derechos fundamentales al libre desarrollo de la personalidad, a la libertad en general y a la libertad de trabajo.

El comentario comienza con una escueta reseña del caso, donde presento la norma sobre la cual se pronunció el Tribunal, los distintos recurrentes que alegaron ver afectados sus derechos, y la forma en que el Tribunal estructuró su sentencia (I). A continuación, presento los recurrentes con sus respectivos agravios (II), para luego pasar al análisis de admisibilidad que, sobre estos, realizó el Tribunal (III). Seguidamente, presento la norma atacada, con una breve reseña sobre su origen como proyecto, el objetivo perseguido y la implicancia que efectivamente tiene (IV), y como consecuencia, la vulneración de los derechos (V). Finalmente, expongo la conclusión a la que arribó el tribunal (VI).

I. Reseña del fallo

En su sentencia, el Tribunal Constitucional Federal Alemán se pronuncia sobre seis recursos de inconstitucionalidad, cuyos promovedores argumentan verse afectados por la misma norma. Todos ellos se dirigen contra el artículo 217 del Código Penal Alemán, el cual luego de haber sido modificado el 3 de diciembre de 2015, amenaza con pena privativa de la libertad a quien promoviere la asistencia al suicidio con fines comerciales (Deutscher Bundestag, 2015: 2177).

Los recurrentes son variados, encontrando entre ellos: Personas que estando asociadas

² En alemán Bundesverfassungsgericht. Todas las citas originales del alemán han sido traducidas al castellano por el autor. 3 En alemán §217 StGB (Strafgesetzbuch).

a una asociación que presta asistencia al suicidio, desean hacer uso de tal oferta y finalizar su vida (BvR 2347/15 33); Una asociación alemana que presta asistencia al suicidio (BvR 651/16 41); Dos asociaciones que prestan asistencia al suicidio con asiento en Suiza y Alemania, y sus representantes y trabajadores (BvR 1261/16 56); Un médico especialista en medicina interna (BvR 1593/16 71); Médicos activos en cuidados paliativos de pacientes internos y externos (BvR 2354/16 75); Y por último un grupo de seis personas, entre las que se encuentran pacientes, médicos y un abogado (BvR 2527/16 81).

El Tribunal estructura la sentencia de la siguiente manera: Comienza con un informe del caso, en donde hace una introducción, establece el objeto del proceso y la normativa a seguir. Compara la normativa de otros Estados relacionada al tema, y analiza cada uno de los seis recursos constitucionales. Seguidamente analiza la toma de postura respecto al tema por parte de distintos organismos y los dichos en la audiencia oral. En un segundo y tercer punto analiza respectivamente la admisibilidad de los recursos y su fundamentación. Finalmente, en un cuarto punto, procede a su pronunciamiento. En este, el Tribunal declara la inconstitucionalidad del art. 217 y su nulidad.

II. Los recurrentes y sus agravios

Como ya se adelantó, los recursos presentados y sobre los que se expidió el Tribunal en su sentencia son seis. A continuación, presentaré cada uno de ellos, con sus respectivos agravios.

1. Recurso Constitucional BvR 2347/15

Los recurrentes aquí son dos personas (recurrentes I. 1. y I. 2) que experimentan una suerte de muerte agónica a raíz de una enfermedad incurable. Debido a ello y con el fin de terminar con su vida, ambos celebraron -con anterioridad a la modificación del art. 217- un contrato con una asociación que brinda asistencia comercial al suicidio (recurrente II.) (Sentencia, párr. 34).

Ambos alegan que, debido a la prohibición impuesta por la norma, ven afectado su derecho al suicidio, derivado del derecho al libre desarrollo de la personalidad en virtud del art. 2 inc. 1 de la 'Ley fundamental para la República Federal Alemana'⁴ (en adelante Constitución), en conexión con el art. 1 inc. 1 del mismo cuerpo normativo (Sentencia, párr. 35). Consideran que el derecho de autodeterminación sobre la propia muerte incluye no solo el momento, sino también la forma de la muerte, y esto incluye la asistencia de terceros (Sentencia, párr. 36). Asimismo, los recurrentes consideran que esta restricción al derecho de la autodeterminación es una intervención excesiva, y no se encuentra constitucionalmente justificada bajo la intención de proteger la vida, perseguida por el legislador (Sentencia, párr. 38).

2. Recurso Constitucional BvR 651/16

La recurrente aquí es una asociación registrada en Alemania (recurrente II.), que previo a la entrada en vigor del art. 217, ofrecía asistencia para el suicidio, servicios de asesoramiento en la redacción y aplicación de testamentos, y asistencia y atención médica preventiva (Sentencia, párr. 42). Una vez vigente la nueva norma, la asociación se vio obligada a suspender el ofrecimiento del servicio de asistencia al suicidio en Alemania, y por ello, considera que esta la afecta en su derecho fundamental derivado del art. 9 inc. 1 de la Constitución (Sentencia, párr. 45 y 46).

⁴ En alemán Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland (GG).

La recurrente sostiene que la protección del art. 9 inc. 1 de la Constitución -además de la libre determinación sobre la propia organización-, comprende el proceso para la adopción de decisiones y la realización de sus actividades, incluidas las específicas para las cuales ésta fue conformada (Sentencia, párr. 47). La prohibición de la promoción del suicidio por motivos comerciales interfiere en el proceso interno de adopción de decisiones de la asociación, y en el desarrollo regular de sus actividades establecidas de manera estatutaria (Sentencia, párr. 48).

3. Recurso Constitucional BvR 1261/16

Los recurrentes aquí (Recurrentes III. 1 a III. 6) son dos asociaciones que brindan servicio de eutanasia con sede en Suiza y Alemania, y sus respectivos representantes y empleados.

La recurrente III. 1 es una asociación constituida en Suiza, y igual que la recurrente II., las actividades que realiza -si bien se limitan al territorio suizo- abarcan desde servicios de asesoramiento general relacionados a la atención y protección de pacientes, hasta la asistencia al suicidio (Sentencia, párr. 58). La recurrente III. 2 es una asociación, constituida en Alemania, cuyas actividades consisten en servicios de fortalecimiento de la autodeterminación, como así también el acompañamiento en la asistencia al suicidio. Sin embargo, ya antes de la entrada en vigor del art. 217, su actividad respecto a la asistencia al suicidio se limitaba a proporcionar a sus miembros un acuerdo de cooperación con la asociación hermana suiza (recurrente III. 1) (Sentencia, párr. 63). Con la entrada en vigor de la norma, la asociación cesó en su práctica de mediación (Sentencia, párr. 64). Los recurrentes III. 3 y III. 4 son dos personas que ocupan cargos directivos en las asociaciones recurrentes. El primero de ellos es fundador de ambas asociaciones y secretario general de la asociación suiza. El segundo es miembro fundador de la asociación alemana y su segundo presidente (Sentencia, párr. 65). La recurrente III. 5 asesora a los miembros de ambas asociaciones recurrentes en todos los asuntos relacionados con la asistencia al suicidio y los acompaña personalmente durante la ejecución del suicidio (Sentencia, párr. 66). El recurrente III. 6 es cofundador de la asociación alemana (recurrente III. 2) y asesora como abogado a los representantes, empleados y miembros de las asociaciones recurrentes III. 1 y III. 2. Esta actividad incluía -antes de la entrada en vigor del art. 217- el asesoramiento individual sobre las posibilidades fácticas y jurídicas de la asistencia al suicidio en Suiza y la mediación entre las dos asociaciones (Sentencia, párr. 67).

Las asociaciones alegan que desde la entrada en vigor del art. 217, su actividad en la esfera de la asistencia al suicidio está castigada con multa según el art. 30 inc. 1 Nr. 1 OWiG⁵. Esta situación incluye a la asociación con sede social en Suiza, toda vez que su cooperación con su hermana alemana sería considerada como complicidad en la comisión de tipo delictivo establecido en el art. 217 inc. 1 (Sentencia, párr. 69).

Los representantes, empleados y asesores de las asociaciones recurrentes invocan su libertad de conciencia (art. 4 inc. 1 var. 2 de la Constitución), y en la medida en que no tienen nacionalidad alemana, invocan de manera subsidiaria la protección del art. 2 inc. 1 de la Constitución (Sentencia, párr. 70).

4. Recurso Constitucional BvR 1593/16

El recurrente aquí es un médico especialista en medicina interna (recurrente IV.), que

⁵ Gesetz über Ordnungswidrigkeiten, en español Ley Contravencional.

atiende a pacientes que padecen enfermedades mortales y en el ejercicio de su profesión, asistió en varias oportunidades y siempre de manera gratuita al suicidio (Sentencia, párr. 71). Considera que el art. 217 afecta su libertad de conciencia (art. 4 inc. 1 var. 2 de la Constitución) y su libertad de trabajo (art. 12 inc. 1 de la Constitución) (Sentencia, párr. 72).

5. Recurso Constitucional BvR 2354/16

Los recurrentes aquí (recurrentes V. 1 a V. 4) son médicos, activos en cuidados paliativos. El recurrente V. 1 es médico especialista en medicina paliativa y jefe de un equipo, que proporciona cuidados paliativos a pacientes gravemente enfermos. La recurrente V. 2 es médica especializada en medicina interna y se desempeña como médica jefa del departamento de medicina paliativa de una clínica. La recurrente V. 3 es médica especialista en medicina general con calificación adicional con acupuntura y medicina paliativa. El recurrente V. 4 es médico, y también se desempeña en cuidados paliativos. Los cuatro recurrentes se ocupan de pacientes gravemente enfermos -hospitalizados o ambulatorios-, y en su trabajo se enfrentan repentinamente al deseo de ayudar al suicidio (Sentencia, párr. 76).

Consideran -al igual que el recurrente IV.- que, debido a su vaguedad, el art. 217 no garantiza la impunidad de la asistencia médica al suicidio practicada de forma restrictiva (Sentencia, párr. 77). Sostienen que, para evitar los riesgos de responsabilidad penal, se ven obligados a ejercer su profesión actuando en contra del interés del paciente y de su autodeterminación, y argumentan por ello verse afectados en sus derechos fundamentales de libertad de conciencia y de trabajo, en virtud de los arts. 4 inc. 1 var. 2 y 12 inc. 1 de la Constitución (Sentencia, párr. 78).

6. Recurso Constitucional BvR 2527/16

Los recurrentes aquí son cinco (recurrentes VI. 1 a VI. 5). El primero de ellos, recurrente VI. 1, es un médico que hasta la entrada en vigor del art. 217, brindo ayuda a enfermos terminales y pacientes gravemente afectados para suicidarse. El recurrente falleció en abril del 2019 (Sentencia, párr. 82). La recurrente VI. 2 es una médica clínica que ejerce su profesión en Suiza. Fue asesora de la asociación recurrente en el punto III. 1, y en 2011 fundó su propia fundación para acompañamiento al suicidio. La recurrente examinaba la capacidad de adoptar decisiones y la gravedad de su solicitud de asistencia de personas en Alemania, para luego acompañarlas a Suiza, donde se prestaba la asistencia al suicidio. Con la entrada en vigor del art. 217, cesó sus actividades en Alemania (Sentencia, párr. 83). El recurrente VI. 3 es un abogado especializado en derecho sanitario y de atención médica, que asesoraba a clientes sobre cuestiones jurídicas relacionadas con la asistencia al suicidio, y acompañaba a personas gravemente enfermas a Suiza, para que pudieran finalizar su vida con asistencia. Con la entrada en vigor del art. 217 cesó en su actividad de asesoramiento y acompañamiento (Sentencia, párr. 84).

Los recurrentes VI. 2 y VI. 3 sostienen que se les impide ayudar al suicidio. Según ellos, esto iría en detrimento de su libertad de conciencia y de trabajo, y subsidiariamente de su libertad de acción general (Sentencia, párr. 86).

Los recurrentes VI. 4 y VI. 5 eran cónyuges que buscaron sin éxito la asistencia para el suicidio. La recurrente VI. 4 falleció. El recurrente VI. 5 sostiene, al igual que los recurrentes I. 1 y I. 2, estar restringido por el art. 217 en su decisión autónoma sobre las modalidades de su muerte. Se le hace imposible de hecho utilizar los servicios de un asistente

profesional para el suicidio, y se le niega así lo que el considera una forma humana de suicidio. Considera que la protección fundamental de esa decisión deriva tanto del derecho al libre desarrollo de la personalidad (art. 2 inc. 1 en conexión con el art. 1 inc. 1 de la Constitución) y del derecho a la vida del art. 2. inc. 2 primera oración de la Constitución) (Sentencia, párr. 87).

III. Admisibilidad de los recursos

El tribunal analizó la admisibilidad de los distintos recursos en razón a sus particularidades.

- En primer lugar, consideró resueltos los recursos presentados por VI. 1 y VI. 4, debido a la muerte de ambos recurrentes.
- 2. Luego analizó el recurso presentado por la recurrente III. 1, y lo declaró inadmisible por tratarse de una asociación para asistencia al suicidio constituida en Suiza. En su calidad de persona jurídica no nacional, la recurrente carece de capacidad jurídica para presentar una solicitud invocando derechos materiales fundamentales. En este sentido, el art. 19 inc. 3 de la Constitución establece que los derechos básicos se aplican únicamente a las entidades jurídicas nacionales. Las personas jurídicas extranjeras, solo pueden invocar los derechos procesales básicos previstos en el art. 101 inc. 1 oración 2 y art. 103 inc. 1 de la Constitución (Sentencia, párr. 184).
- 3. Por último, el Tribunal declaró admisibles los recursos restantes, por considerar que los recurrentes pueden ampararse en la protección de derechos fundamentales, y mostraron de qué modo la norma atacada afectó su derecho o produjo un perjuicio. Para el análisis, el Tribunal los subdividió en tres grupos.

a. Los recurrentes I. 1, I. 2 y VI. 5

El Tribunal consideró que los recurrentes aquí nombrados, que desearon recurrir a la asistencia profesional para el suicidio en un momento oportuno, pueden alegar que a través del art. 217 ven lesionado un derecho fundamental (art. 93 inc. 1 Nr. 4. a, de la Constitución⁶, art. 90 inc. 1 BVerfGG⁷) (Sentencia, párr. 194). El Tribunal refirió que, si bien ellos no son los destinatarios de la prohibición establecida en la norma del art. 217, esta los afecta de manera indirecta, toda vez que imposibilita el acceso a la asistencia al suicidio que ellos necesitan (Sentencia, párr. 195 y 196).

b. Los recurrentes II. y III. 2

Los recurrentes aquí son personas jurídicas que ofrecen asistencia al suicidio y tienen asiento en Alemania. Según el art. 19 inc. 3 de la Constitución ellas pueden hacer valer el derecho general a la libertad de acción con base en el art. 2 inc. 1 del mismo cuerpo normativo. El Tribunal entendió que si bien estas, como personas jurídicas, no están sujetas a responsabilidad de acuerdo con el art. 217, pueden estarlo en virtud del art. 30 inc. 1 Nr. 1 OWiG. No obstante, los miembros de las asociaciones sí estarían sujetos al reproche en virtud del art. 217 (Sentencia, párr. 197).

⁶ El artículo 93 de la Constitución Alemana establece los casos en los cuales podrá entender el Tribunal Constitucional Federal Alemán.

⁷ Gesetz über das Bundesverfassungsgericht (Bundesverfassungsgerichtsgesetz - BverfGG), en español Ley Orgánica del Tribunal Constitucional Federal.

c. Los recurrentes III. 3, III. 5 y VI. 2

Los miembros de una asociación para la asistencia al suicidio en Suiza, pero cuyas actividades se realizaban en Alemania, pueden -como ciudadanos suizos- alegar ver afectado su derecho general a la libertad de acción (art. 2 inc. 1 de la Constitución), y en relación con la amenaza del castigo para ciudadanos no alemanes, en su garantía a la inviolabilidad de la libertad (art. 2 inc. 2 segunda oración en conexión con el art. 104 inc. 1 de la Constitución), como así también en su derecho al libre desarrollo de la personalidad (art. 2 inc. 1 en conexión con el art. 1 inc. 1 de la Constitución) (Sentencia, párr. 198).

IV. Normativa en conflicto

La norma, mediante la cual los recurrentes se ven afectados es el art. 217 del Código Penal Alemán, en su redacción luego de la modificación introducida por la "Ley para la punibilidad de la promoción comercial al suicidio", aprobada el 3 de diciembre de 2015 por la cámara baja del Parlamento Alemán (Bundestag) y vigente desde el 10 de diciembre del mismo año (Sentencia, párr. 10). Esta cuenta de dos artículos: el primero modifica al art. 217 del Código Penal, y el segundo establece que la ley entra en vigor el día siguiente a su publicación (Gesetz zur Strafbarkeit der geschäftsmäßigen Förderung der Selbsttötung, 2015). El art. en cuestión quedó redactado de la siguiente manera:

"Art. 217 Promoción comercial del suicidio (1) El que, con intención de promover el suicidio de otra persona, otorgue, procure o medie en la oportunidad de hacerlo de manera comercial, será castigado con una pena de prisión de hasta tres años o una multa. (2) Los participantes estarán exentos de castigo si no actúan con fines comerciales y son parientes o allegados de la otra persona a que se refiere el inciso 1." (§ 217 StGB).

En el proceso legislativo se sometieron a discusión y votación 4 proyectos, con diferentes enfoques sobre la posible reglamentación del deseo de finalización autodeterminada de la propia vida. Estos fueron: 1. Proyecto sobre la criminalización de la promoción comercial del suicidio; 2. Proyecto sobre la terminación de la vida supervisada médicamente; 3. Proyecto sobre la impunidad de la ayuda al suicidio; y 4. Proyecto sobre la participación criminal en el suicidio. El proyecto aprobado fue el primero de ellos (BDTrucks 18/5373).

Según el proyecto, en el planteo del problema se establece que la impunidad del suicidio y la participación en él no deben cuestionarse. Sino que es necesario regular las ofertas de tipo comercial, cuando estas generan que la asistencia para el suicidio se vea como una opción de tratamiento normal y pueda tentar a las personas a quitarse la vida. Y continúa diciendo que "el objetivo del presente proyecto de ley es evitar que el suicidio asistido se convierta en un servicio de atención de la salud. En Alemania, hay un número creciente de casos en que asociaciones o personas conocidas por el público se ofrecen regularmente a ayudar al suicidio, por ejemplo, concediendo, procurando u organizando el suministro de una droga letal. Esto amenaza con provocar una 'normalización' social, un 'efecto de habituación' a esas formas organizadas de suicidio asistido. En particular, las personas mayores y/o enfermas pueden sentirse tentadas a cometer un suicidio asistido o incluso sentirse directa o indirectamente presionadas. Sin la disponibilidad de tales ofertas, no considerarían, y mucho menos tomarían tal decisión. Por consiguiente, esas acciones, que no tienen necesariamente una orientación comercial, pero que son un tipo de negocio, es decir que están concebidas

⁸ En alemán Gesetz zur Strafbarkeit der geschäftsmäßigen Förderung der Selbsttötung.

para repetirse, también deben ser contrarrestadas por los medios del derecho penal a fin de proteger la libre determinación y el derecho fundamental a la vida. El proyecto no penaliza de manera explícita la asistencia para el suicidio, el que en casos concretos de situaciones graves está garantizado. Una prohibición absoluta de la asistencia al suicidio (como sucede en algunos países de Europa) es políticamente indeseable y difícilmente sería compatible con las bases fundamentales de la Constitución. Asimismo, en una disposición separada se aclara que los familiares u otras personas cercanas al suicida no son susceptibles de enjuiciamiento si son meramente participantes en el delito y no actúan ellos mismos de manera comercial" (Deutscher Bundestag, 2015: 2 y 3).

Con ello se observa que la norma no persigue indagar el principio de impunidad del suicidio y la participación en él, sino intervenir de manera correctiva cuando las ofertas comerciales de asistencia al suicidio ponen en peligro la autodeterminación y la vida.

Sin embargo, sobre este proyecto tuvo oportunidad de expresarse un colectivo de académicos (141 profesores y profesoras de derecho penal), en cuya declaración conjunta de fecha 15 de abril de 2015, consideraron -entre otras cosas- que la eutanasia es desde hace mucho tiempo legal, que las personas con deseo de morir necesitan cuidados y apoyos especiales, y que la penalización del suicidio asistido haría más difícil o imposible que los médicos proporcionaran ayuda profesional, toda vez que estos se apartarían por temor a la responsabilidad penal (Stellungnahme deutscher Strafrechtsleherinnen und Strafrechtslehrer, 2015). Sostuvieron asimismo que el objetivo debe ser llegar al mayor número posible de personas con deseos de morir, a fin de reducir el número de suicidios en Alemania, y en este sentido el derecho penal no es el medio adecuado para ello (Stellungnahme deutscher Strafrechtsleherinnen und Strafrechtslehrer, 2015).

El Tribunal observó que con esta redacción del art. 217, se penaliza por primera vez desde el año 1871 (año de la introducción de un sistema uniforme de derecho penal en Alemania), la participación de una persona en el suicidio de otra, actuando esta última bajo su propia responsabilidad (Sentencia, párr. 16). Asimismo, remarcó que el actual sistema de justicia penal no castiga el suicidio, razón por la cual, la asistencia para este (como participación no dirigida) por un actor en un suicidio autoinflingido, también se encuentra exenta de castigo (Sentencia, párr. 23). Por otro lado, el derecho alemán ya contiene una distinción entre el homicidio punible a petición (art. 216 CP), y la ayuda al suicidio impune (suicidio asistido), configurando la distinción entre ambos la determinación de "quién ha dominado realmente el hecho que lleva a la muerte, es decir, quien lleva a cabo la acción que conduce directamente a la muerte" (Meyer-Köring).

Corresponde asimismo observar que, la norma del art. 217 no amenaza con castigo actos de ayuda de tipo comercial en el sentido del 'art. 27 del Código Penal (Behilfe)'9, requiriendo para ello al menos el comienzo de la fase de ejecución, sino que va más allá en su concepción como un delito abstracto de puesta en peligro (Meyer-Köring). Así, es punible la concesión o mediación de una oportunidad de suicidarse como un acto que pone en peligro la vida en abstracto, sin ser necesario para ello ni siquiera un intento de ejecución.

V. La vulneración de derechos

En virtud de las diferentes características de los recurrentes, el Tribunal analizó los derechos vulnerados por la norma en cada uno de ellos, agrupándolos según sus condiciones. De esta manera, el Tribunal concluyó en que: el art. 217 del Código Penal Alemán vulnera a los recurrentes I. 1 I. 2 y VI. 5 en el derecho al libre desarrollo de la personalidad (art. 2 inc. 1 de la Constitución en conexión con el art. 1 inc. 1 del mismo cuerpo normativo); Los recurrentes que desean prestar asistencia para el suicidio en el marco de su actividad profesional y tienen nacionalidad alemana, ven vulnerado su derecho fundamental a la libertad de trabajo (art. 12 inc. 1 de la Constitución) y su libertad de acción (Art. 2 inc. 1 de la Constitución); Los recurrentes III. 3 a III. 6; IV; V. 1 a V. 4; VI. 2 y VI. 3, ven vulnerado a través de la amenaza de pena privativa de la libertad, su derecho a la inviolabilidad de la libertad (Art. 2 inc. 2 segunda oración de la Constitución, en conexión con el Art. 104 inc. 1 del mismo cuerpo normativo); Los recurrentes II. y III. 2, alcanzados por una multa según el art. 30 inc. 1 Nr. 1 OWiG, ven afectado su derecho de libertad de acción (art. 2 inc. 1 de la Constitución) (Sentencia, párr. 201).

1. Los recurrentes I. 1 I. 2 y VI. 5 son personas físicas que decidieron finalizar su vida, y quisieron para ello hacer uso de la asistencia ofrecida por distintas asociaciones. Aquí es necesario aclarar que, si bien ellos no son los destinatarios directos de la amenaza establecida por la norma del art. 217, se ven afectados de manera indirecta, toda vez que esta invade el derecho general al libre desarrollo de la personalidad. El derecho de una persona -capaz de libre autodeterminación y responsabilidad personal- de quitarse la vida, se encuentra contenido en el derecho al libre desarrollo de la personalidad (art. 2 inc. 1 en conexión con el art. 1 inc. 1 de la Constitución).

Art. 1 de la Constitución: "(1) La dignidad del hombre es inviolable. Respetarla y protegerla es obligación de todas las autoridades del Estado. (2) El pueblo alemán reconoce, en consecuencia, los derechos inviolables e inalienables del hombre como fundamento de toda comunidad humana, de la paz y de la justicia en el mundo. (3) Los derechos fundamentales que se enuncian a continuación vinculan al Poder Legislativo, al Poder Ejecutivo y a los tribunales a título de derecho directamente aplicable." (Artikel 1 des Grundgesetzes für die Bundesrepublik Deutschland).

Art. 2 de la Constitución: "(1) Cada uno tendrá derecho al libre desarrollo de su personalidad, en tanto no vulnere los derechos de otro y no atente al orden constitucional o a la ley moral. (2) Cada uno tendrá derecho a la vida y a la integridad física. La libertad de la persona es inviolable. Estos derechos sólo podrán verse afectados en virtud de una ley." (Artikel 2 des Grundgesetzes für die Bundesrepublik Deutschland).

En esta inteligencia, el Tribunal observó que el respeto y la protección de la dignidad humana son principios fundamentales del orden constitucional, que entiende al ser humano como una persona capaz de determinarse de manera autónoma y de asumir responsabilidades personales (Sentencia, párr. 205). Esta idea de autodeterminación, tiene sus raíces en la dignidad humana, cuya inviolabilidad garantiza el art. 1 inc. 1 de la Constitución.

Siguiendo con este razonamiento, el Tribunal entendió que el derecho al libre desarrollo de la personalidad como expresión de la autonomía personal incluye el derecho a la muerte autodeterminada, lo que consecuentemente incluye al suicidio. Sobre ello, dijo

que la "decisión de finalizar su propia vida se refiere a cuestiones fundamentales de la existencia humana y afecta a la identidad e individualidad del hombre como ninguna otra decisión" (Sentencia, párr. 209). En este sentido, agregó que no es correcto sostener que quien incurre en suicidio está renunciando a su dignidad, sino al contrario, que la decisión autodeterminada de finalizar la vida es una expresión directa de la idea del desarrollo autónomo, inherente a la dignidad humana, y como tal, aunque sea la última, es una expresión de dignidad (Sentencia, párr. 211).

Ahora bien, -como ya se adelantó- la vulneración al derecho de finalizar su propia vida, protegido por el art. 2 inc. 1 en conexión con el art. 1 inc. 1 de la Constitución, se realiza de manera indirecta. Ello se debe a que los interesados solo pueden llevar adelante y ejecutar tal decisión con la ayuda de terceros, particularmente médicos. En este sentido, el Tribunal entendió que "si el ejercicio de un derecho fundamental depende de la participación de terceros, y de esta manera el libre desarrollo de la personalidad depende de la participación de otra persona, el derecho fundamental lo protege también de ser restringido por una prohibición a terceros que ofrezcan apoyo en el contexto de su libertad" (Sentencia, párr. 213).

2. En relación con los demás recursos, el Tribunal entendió que el art. 217 contiene una limitación inconstitucional a la libertad de profesión del art. 12 inc. 1 de la Constitución, subsidiariamente con el derecho general a la libertad de acción del art. 2 inc. 1 de la Constitución. La disposición vulnera también la garantía de inviolabilidad de la libertad, según el art. 2 inc. 2 segunda oración en conexión con el art. 104 inc. 1 de la Constitución, toda vez que, como personas físicas, los recurrentes son destinatarios de la amenaza de privación de la libertad (Sentencia, párr. 332). Los recurrentes II. y III. 2, en su calidad de personas jurídicas, ven afectado su derecho fundamental del art. 2 inc. 1 de la Constitución, en virtud de la amenaza de multa según el art. 30 inc. 1 Nr. 1 OWiG (Sentencia, párr. 333).

El Tribunal sostuvo que, los médicos y abogados recurrentes de nacionalidad alemana (III. 6, IV, V. 1 a V. 4 y VI. 3), si bien no ven afectada su libertad de consciencia (art. 4 inc. 1 Var. 2 de la Constitución), ven afectado su derecho fundamental a la libertad de trabajo (art. 12 inc. 1 de la Constitución) (Sentencia, párr. 309 y 310).

Art. 12 de la Constitución: "(1) Todos los alemanes tendrán derecho a escoger libremente su profesión, su puesto de trabajo y su centro de formación, si bien el ejercicio de las profesiones podrá ser regulado por la ley o en virtud de una ley. (2) Nadie podrá ser compelido a realizar un trabajo determinado, salvo en el ámbito de un servicio público obligatorio de tipo convencional y general e igual para todos. (3) Solo en virtud de sentencia judicial de privación de libertad serán lícitos los trabajos forzados." (Artikel 12 des Grundgesetzes für die Bundesrepublik Deutschland).

Para el caso de la recurrente VI. 2 (médica con nacionalidad suiza), los recurrentes II. y III. 2 (asociaciones alemanas) y los recurrentes III. 3 a III. 5 (sus representantes y empleados), el Tribunal sostuvo que no ven afectados derechos especiales de libertad (los alegados derechos a la libertad de trabajo, y de asociación -arts. 12 inc. 1 y 9 inc. 1 de la Constitución) sino que pueden reclamar subsidiariamente por su derecho general a la libertad de acción del art. 2 inc. 1 de la Constitución (Sentencia, párr. 313).

Por otro lado, el Tribunal sostuvo que, con la amenaza de una pena privativa de la libertad, la prohibición de la promoción comercial del suicidio vulnera a los recurrentes III. 3

a III. 6, IV, V. 1 a V. 4, VI. 2 y VI. 3 (personas físicas), en su garantía a la inviolabilidad de la libertad del art. 2 inc. 2 segunda oración en conexión con el art. 104 inc. 1 de la Constitución (Sentencia, párr. 332).

Art. 104 de la Constitución "(1) La libertad personal sólo se podrá limitar en virtud de una ley formal y con observancia de las formalidades prescriptas por ella. Ningún detenido podrá ser maltratado física ni moralmente. (2) Sólo el juez podrá pronunciarse sobre la procedencia y continuación de una privación de libertad. En todo supuesto de privación de libertad sin mandamiento judicial se deberá obtener sin demora una decisión judicial. La policía no podrá por su propia autoridad mantener detenido a nadie más allá de la expiración del día siguiente al de la detención. La reglamentación de este precepto se hará por ley. (3) Toda persona detenida preventivamente por sospecha de acción punible deberá ser llevada ante el juez al día siguiente, a más tardar, de la detención, y el juez deberá comunicar al detenido los motivos de la detención, interrogarle y darle oportunidad para que formule objeciones. El juez deberá asimismo y sin demora dictar auto razonado y escrito de prisión o disponer la puesta en libertad. (4) De toda resolución judicial sobre privación de libertad o continuación de esta se deberá dar cuenta sin demora a un familiar del detenido o a una persona de su confianza." (Artikel 104 des Grundgesetzes für die Bundesrepublik Deutschland).

Por último, el Tribunal entendió que una posible multa debido a la punibilidad de la asistencia comercial al suicidio según el art. 30 inc. 1 Nr. 1 OWiG afecta a los recurrentes II. y III. 2 en su derecho fundamental del art. 2 inc. 1 de la Constitución, del cual deriva el derecho a no ser injustamente condenado a pagar una multa (Sentencia, párr. 333).

Art. 30 inc. 1 Nr. 1 OWiG "Multa a las personas jurídicas y asociaciones de personas (1) A quien: Nr. 1. Como órgano representativo de una persona jurídica o como miembro de dicho órgano (...) comete un delito o una infracción administrativa, infringe las obligaciones que incumben a la persona jurídica o a la asociación de personas o enriquece a la persona jurídica o a la asociación de personas, se le puede imponer una multa." (§ 30 Abs. 1 Nr. 1 des Gesetzes über Ordnungswidrigkeiten).

VI. Conclusión del Tribunal

El Tribunal determinó que el objetivo de la norma es legítimo, toda vez que esta se orienta a proteger la autodeterminación del individuo sobre su vida, y con ello, el derecho fundamental a la vida. Esto es, en el caso concreto, la protección de la autonomía de decisión de las personas dispuestas a suicidarse, frente a influencias que pongan en peligro esa autonomía.

Con la norma del art. 217 el legislador partió de la suposición de que la oferta de asistencia para el suicidio de tipo comercial entraña un peligro para la libre determinación en la decisión de poner fin a la propia vida y pretendió, en consecuencia, evitar que el suicidio asistido se convierta en un servicio de atención de salud, que pueda tentar a las personas a quitarse la vida. Así, con este objetivo, el legislador dio cumplimiento a un deber estatal de protección fundado en la Constitución, motivo por el cual, el objetivo no puede ser objetado constitucionalmente (Sentencia, párr. 236).

Sin embargo, pese a perseguir un objetivo legítimo, la norma no supera el principio de proporcionalidad. En función a este principio, una norma que restringe derechos fundamentales debe ser adecuada y necesaria para alcanzar los objetivos legítimos persegui-

dos, y las restricciones que implica deben ser proporcionales (Sentencia, párr. 223). En este sentido, el Tribunal observó que, las restricciones a la libertad individual sólo son apropiadas si el nivel de la carga que pesa sobre el individuo sigue siendo razonablemente proporcional a los beneficios que se derivan para terceros (Sentencia, párr. 263).

Como se observa, en el presente caso las restricciones a la libertad impuestas por el art. 217 del Código Penal exceden la razonable proporcionalidad que debería guardar con el beneficio perseguido. La amenaza impuesta por la norma tiene como consecuencia que el derecho al suicidio -como manifestación del derecho a la muerte autodeterminada- se vea imposibilitado. Por ello, el Tribunal entendió que, si bien la norma persigue un objetivo legítimo de salud pública, la prohibición que implica es desproporcional.

Ello nos muestra que la legitimidad del fin perseguido por el legislador en una norma es condición necesaria para su adecuación al sistema normativo, pero no suficiente. El legislador debe observar el principio de proporcionalidad, mediante el cual se procura un equilibrio entre el fin perseguido y los derechos posiblemente vulnerados por la medida impuesta.

Asimismo, si bien el Tribunal entendió que el alto rango constitucional de los intereses jurídicos de la autonomía y de la vida, que el art. 217 pretende proteger, pueden -en principio- legitimar el uso del derecho penal (Sentencia, párr. 267), en el presente caso el uso de esa rama del derecho excede la protección de la autonomía del individuo, toda vez que, en lugar de protegerla la imposibilita.

De esta forma, el Tribunal concluyó en que la norma del art. 217 del Código Penal Alemán, en su redacción luego de la modificación del año 2015, no es susceptible de una interpretación conforme a la Constitución, por lo que declaró su inconstitucionalidad y nulidad.

Corresponde asimismo observar una última apreciación del Tribunal en su sentencia. Este señaló que de la inconstitucionalidad de este artículo no se deriva que el legislador deba abstenerse totalmente de regular la asistencia al suicidio. Sino que, al hacerlo, debe observar el mandato de proteger la autonomía de la decisión, y esta regulación debe ser constitucionalmente inobjetable (Sentencia, párr. 338). Entiendo esta apreciación como una especie de llamado de atención del Poder Judicial al Poder Legislativo, no tanto en la modalidad de la tarea legislativa, pero sí en la necesidad e importancia de contar -para esta temática- con una reglamentación acorde al orden político y constitucional.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BverfG. (2020). Beschluss des Zweiten Senats vom 26. Februar 2020 2 BvR 2347/15, 2 BvR 651/16, 2 BvR 1261/16, 2 BvR 1593/16, 2 BvR 2354/16, 2 BvR 2527/16. Disponible en: www.bundesverfassungsgericht.de
- Deutscher Bundestag. (2015). BDTrucks 18/5373. Entwurf eines Gesetzes zur Strafbarkeit der geschäftsmäßigen Förderung der Selbsttötung. Disponible en: www.bundestag.de
- Deutscher Bundestag. (2015). Gesetz zur Strafbarkeit der geschäftsmäßigen Förderung der Selbsttötung. Disponible en: www.bundesgesetzblatt.de
- Gesetz über das Bundesverfassungsgericht (BverfGG). Disponible en: https://www.gesetze-im-internet.de/bverfgg/
- Gesetz über Ordnungswidrigkeiten (OWiG) Disponible en: https://www.gesetze-im-internet.de/owig_1968/
- Geschäftsmäßige Förderung der Selbsttötung. Meyer-Köring. 21-12-2015. Disponible en: https://www.meyer-koering.de/meldungen/2175
- Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland (GG) Disponible en: https://www.gesetze-im-internet.de/gg/
- Stellungnahme deutscher Strafrechtslehrerinnen und Strafrechtslehrer zur geplanten Ausweitung der Strafbarkeit der Sterbehilfe. 15-04-2015. Disponible en: https://idw-online.de/de/attachmentdata43853.pdf
- Strafgesetzbuch für die Bundesrepublik Deutschland (StGB) Disponible en: https://www.gesetze-im-internet.de/stgb/

EL DESPIDO POR ENFERMEDAD: ¿UN DESPIDO JUSTO O DISCRIMINATORIO?

DISMISSAL DUE TO ILLNESS: A FAIR OR DISCRIMINA-TORY DISMISSAL?

Ignacio Vazquez¹

DOI: https://doi.org/10.37767/2591-3476(2020)28

Comentario a

STC 118/2019, de 16 de octubre de 2019 Tribunal Constitucional de España

Disponible en

https://bit.ly/3l1LC96

RESUMEN:

Las ausencias laborales por enfermedad son consideradas, en algunos supuestos, una justa causa de despido laboral. El conflicto viene dado por el interés empresarial en combatir el absentismo laboral, por un lado, y los derechos fundamentales del trabajador, por el otro. Asimismo, recientes pronunciamientos judiciales a nivel europeo tienden a asimilar cada vez más a la enfermedad con la discapacidad, con la consiguiente nulidad de los despidos basados en este motivo por su carácter discriminatorio. La sentencia bajo análisis ofrece elementos interesantes para el debate en torno a los derechos laborales, el conflicto de derechos y la ponderación, así como la proporcionalidad de las medidas restrictivas de derechos.

ABSTRACT

Absence from work due to illness is considered, in some cases, a just cause for dismissal. The interest in fighting absenteeism usually clashes with the fundamental rights of the workers. In addition, recent judicial pronouncements at a European level tend to assimilate illness with disability, which leads to the subsequent nullity of dismissals based on this cause for its discriminatory character. The judgment hereby analyzed offers interesting elements for the debate about labor rights, conflict of rights and weighing, as well as the proportionality of legal measures restrictive of fundamental rights.

¹ Abogado (UBA); Magíster en Derecho Constitucional (CEPC – UIMP); Profesor auxiliar en la Cátedra de Derecho de la Integración (UBA). Mail: vazquezignacio32@gmail.com. Nro. de ORCID: https://orcid.org/0000-0001-7208-9145

PALABRAS CLAVE: Despido; absentismo; enfermedad; discapacidad; proporcionalidad.

KEY WORDS: Dismissal; absenteeism; illness; disability; proportionality.

I. Introducción

La Sentencia del Tribunal Constitucional (STC, en adelante) 118/2019, de 16 de Octubre de 2019, resuelve la cuestión de inconstitucionalidad planteada por el Juzgado de lo Social número 26 de Barcelona en relación con el artículo 52.d de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (LET, en adelante) por posible vulneración de los derechos a la integridad física (art. 15 CE), al trabajo (art. 35.1 CE), y a la protección de la salud (art. 43.1 CE), en la medida en que el precepto legal cuestionado permite al empresario extinguir la relación laboral por causa de absentismo derivado de enfermedades de corta duración del trabajador.

Los hechos que dieron lugar al planteamiento de la cuestión de constitucionalidad se relacionan con la demanda interpuesta ante el juzgado de Barcelona por una trabajadora que fue despedida de su trabajo por ausentarse por incapacidad temporal durante un período de tiempo que, bajo el art. 52.d de la LET, habilitaba al empleador a proceder al despido.² En efecto, las ausencias al trabajo estaban demostradas, pero lo que se cuestionaba el juzgado de Barcelona era la constitucionalidad de la disposición de la LET que habilitaba los despidos en dicha circunstancia de ausencia intermitente por incapacidad temporal.

Tras un análisis de la posible vulneración de los diversos derechos puestos en escena por el juzgado de Barcelona, el Tribunal Constitucional concluye en la constitucionalidad del art. 52.d de la LET por las razones que seguidamente se examinaran, poniendo el foco en el esquema argumental que el Tribunal utiliza para plantear una supuesta colisión de derechos y la incidencia de la jurisprudencia europea en la materia. Asimismo se retomarán conceptos tradicionales como los de contenido esencial del derecho y juicio de ponderación que resultan centrales para el análisis de la sentencia, y se explicara que incidencia tiene todo ello en la determinación de la justa causa del despido laboral, algo que, como se verá, constituye el quid de la cuestión.

I. Un tribunal dividido: el foco importa.

Si bien la sentencia bajo análisis se inclina con claridad hacia la constitucionalidad del art. 52.d de la LET, lo cierto es que existe una disidencia nada despreciable compuesta de cuatros votos particulares sobre los que vale la pena detenerse. Resulta interesante analizar la construcción argumental tanto de los votos de mayoría como los particulares para entender cómo alcanzan soluciones tan diversas, qué rol cumple la ponderación y cuál es el grado de libertad con que un tribunal nacional como el Tribunal Constitucional puede interpretar la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

² El artículo 52. d de la Ley de Estatuto de los Trabajadores dispone que el contrato podrá extinguirse por ausencias justificadas que alcancen el veinte por ciento de las jornadas hábiles en dos meses consecutivos siempre que el total de faltas de asistencia en los doce meses anteriores alcance el cinco por ciento de las jornadas hábiles, o el veinticinco por ciento en cuatro meses discontinuos dentro de un periodo de doce meses.

1. Las razones de la mayoría.

El Tribunal Constitucional en su voto de mayoría analiza pormenorizadamente las posibles vulneraciones de los derechos a la integridad física, al trabajo y a la salud por el art. 52 d) de la LET. Para ello, se ocupa de aclarar previamente que la disposición cuestionada responde al objetivo legítimo de proteger la productividad de la empresa y eficiencia en el trabajo que encuentra fundamento en el art. 38 CE, que garantiza la libertad de empresa y encomienda a los poderes públicos la defensa de la productividad. En esta línea, el Tribunal hace expresa referencia a la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (STJUE en adelante) en el asunto Ruiz Conejero³, para resaltar que también en dicho pronunciamiento el TJUE avala que combatir el absentismo laboral es una finalidad legítima y que corresponde a los órganos jurisdiccionales verificar que la medida aplicada no va más allá de lo necesario para alcanzar ese fin legítimo, debiendo tener en cuenta para llevar a cabo esa verificación los costes directos e indirectos que han de soportar las empresas como consecuencia del absentismo laboral. (Fl 3). Es importante destacar este enfoque, porque es el tamiz por el cual el Tribunal pasa la posible vulneración de derechos, para finalmente descartarla por no existir, a su juicio, una restricción desproporcionada de los mismos en función de la legítima consecución de la finalidad de combatir el absentismo laboral.

Así, y respecto al derecho a la integridad física (art. 15 CE) el Tribunal recuerda la conexión del mismo con el derecho a la salud (art. 43.1) y extrae una regla de su propia jurisprudencia que indica que una determinada actuación empresarial en relación con las bajas por enfermedad del trabajador solo podría reputarse que afecta el ámbito protegido por el artículo 15 CE cuando existiera un riesgo relevante de que la lesión pueda llegar a producirse, lo que tendría lugar cuando se genere un peligro cierto y grave para la salud del afectado. Sin embargo, el Tribunal no aprecia que la decisión extintiva del contrato laboral que el empresario pueda tomar al amparo del art. 52.d de la LET pueda afectar la salud del trabajador afectado, ya que a su vez ella no puede ser adoptada en caso de enfermedades graves o de larga duración y en otros supuestos contemplados como ausencias por embarazo o violencia de género. En efecto, el Tribunal parece considerar proporcionada la medida de que las ausencias intermitentes durante un período de tiempo determinado, derivadas de enfermedades de corta duración, puedan ser consideradas para el despido objetivo. Ello así, en función del gran número de excepciones que contempla la norma, lo que se desprende de su afirmación de que "el legislador ha pretendido mantener de este modo un equilibrio entre los intereses de la empresa y la protección y seguridad de los trabajadores, evitando que con la medida prevista en el art. 52 d LET se produzcan situaciones injustas o efectos perversos" (FJ 4).

Por otro lado, y con respecto al derecho al trabajo (art. 35 CE), el Tribunal parece defender el mismo argumento de la restricción proporcionada en función de la protección de la libertad de empresa y la productividad. Así, tras reconocer que el derecho al trabajo se concreta en su vertiente individual en el derecho a la estabilidad en el empleo o a no ser despedido sin justa causa, el Tribunal afirma que la norma cuestionada no prescinde del elemento de la justa causa "sino que dota a la definición de la concreta causa extintiva del contrato de trabajo que regula- el absentismo laboral- de objetividad y certidumbre" (FJ 6). Esta restricción, asimismo, resultaría proporcionada en función de las excepciones que establece la propia norma al despido por ausencia laboral y por el establecimiento

³ STJUE de 18 de enero de 2018, Ruiz Conejero, C 270/16.

de la correspondiente indemnización al trabajador en caso que el empresario opte por la decisión extintiva.⁴

En definitiva, el Tribunal considera que las restricciones a los derechos mencionados resultan legítimas y proporcionadas en función de una correcta ponderación por parte del legislador de los intereses en conflicto. Este enfoque es duramente criticado por los votos particulares por las razones que, en forma sucinta, expondré en el siguiente apartado.

2. Las razones de los disidentes.

Los magistrados Valdés Dal-Re, Conde-Pumpido Tourón, Xiol Ríos y Balaguer Callejón componen la disidencia de la sentencia bajo análisis. Resulta imprescindible detenerse en el voto de Fernando Valdés Dal- Re ya que es el que estructura la disidencia, con alguna breve mención a consideraciones particulares que introduce la magistrada María Luisa Balaguer Callejón.

La crítica de Valdés Dal- Ré apunta hacia la construcción argumental de la sentencia y, principalmente, hacia la utilización del juicio de ponderación que realiza la misma. Así, el magistrado señala que la norma cuestionada vulnera con claridad el derecho al trabajo protegido por el artículo 35.1 CE porque en su regulación de la extinción del contrato laboral por absentismo, no resguarda el contenido esencial del derecho fundamental. Dicho contenido esencial, afirma el magistrado, supone principalmente la necesidad de una justa causa para el despido de cualquier trabajador y, por legítimo que sea el objetivo de combatir el absentismo, el establecimiento de un régimen de causalidad extintiva ligado a él debe respetar ese contenido esencial. (FJ 6)

Sin embargo, a juicio del magistrado, dicha ponderación falla en la sentencia bajo análisis ya que, por un lado, se introducirían elementos erróneos en la balanza de la ponderación que permitirían afirmar la existencia de un equilibro en los intereses en punga y, por el otro, la supuesta colisión de derechos entre el derecho al trabajo (art. 35 CE) y el derecho a la libertad de empresa y la productividad (art. 38 CE) no sería tal (FJ 7). Considero que esta crítica que realiza el magistrado Balaguer al voto de la mayoría es central ya que no solo se incluyen en el juicio de ponderación ciertas exclusiones que establece el art. 52.d de la LET que en nada se relacionan con las ausencias intermitentes por enfermedades de corta duración (que es la causal de despido cuestionada) sino que a su vez se le atribuye a libertad de empresa un contenido más amplio y un poder extensivo sobre otros derechos fundamentales que verdaderamente no posee.

Sobre el juicio de ponderación y el contenido esencial del derecho al trabajo centraré mi comentario de esta sentencia en el próximo apartado. Previo a ello, considero necesario destacar las consideraciones realizadas por la magistrada María Luisa Balaguer Callejón relativas a la existencia de discriminación por discapacidad y la vulneración del artículo 14 CE. La magistrada pone el foco en la largamente debatida asimilación entre discapacidad y enfermedad, señalando que en el caso concreto la trabajadora poseía una enfermedad atribuible a su discapacidad, entendida esta última como una limitación de su capacidad derivada de dolencias físicas o mentales que *impiden su participación plena en la vida profesional en igualdad de condiciones con otros trabajadores*, tal como la interpreta

⁴ Entre esas excepciones el Tribunal destaca las relacionadas con ausencias por huelga, ejercicio de actividades sindicales, accidente laboral, embarazo y lactancia, etc.

el TJUE en el asunto "Ruiz Conejero"⁵. Así y en función a su vez de los lineamientos de la Directiva 2000/78⁶, la magistrada concluye que solo en el supuesto de que pueda considerarse que la norma nacional que permite al empresario despedir a un trabajador debido a sus ausencias por enfermedad derivada de su discapacidad se limita a lo necesario para combatir el absentismo laboral podrá considerarse a la norma como proporcional y legítima.

Sin embargo, la magistrada concluye en que en las circunstancias en que se encontraba la trabajadora la extinción laboral que prevé la norma cuestionada no podía operar sin riesgo de vulnerar sus derechos fundamentales, dado que dicha causal pendía sobre ella como una amenaza que la obligaría a correr un riesgo grave para su salud con tal de conservar su empleo (FJ 3).⁷

II. ¿Es justa la causa?: las aristas del despido por ausencia laboral.

1. El contenido esencial del derecho y el juicio de ponderación.

El artículo 53 de la Constitución Española afirma que el ejercicio de los derechos reconocidos por el texto constitucional solo puede ser regulado por ley que, en todo caso, deberá respetar su *contenido esencial*. Es decir que, conforme al texto constitucional, cada derecho fundamental posee un contenido esencial preexistente a su desarrollo legislativo que debe ser respetado por el legislador y se configura como un límite a la actividad legisferante. Ahora bien, dicho contenido esencial es un concepto jurídico indeterminado cuyos contornos se ha encargado de definir el propio Tribunal Constitucional. Así, ya en su temprana Sentencia 11/1981, de 8 de abril, el Tribunal se encargó de definir al contenido esencial como aquella parte del contenido sin la cual el derecho pierde su peculiaridad y la cual es ineludiblemente necesaria para que el titular del derecho pueda satisfacer los intereses para cuya consecución el derecho se otorga (FJ 10). Es por ello que se señala que el Tribunal ha optado por una *teoría absoluta* del contenido esencial, que indica que hay en los derechos fundamentales un núcleo resistente a la acción del legislador, sea cual fuere la finalidad buscada con la limitación del derecho. (Medina Guerrero, 2008: 1168).

Con relación al derecho al trabajo y como se expuso al detallar los argumentos de la sentencia bajo análisis, uno de sus elementos esenciales en su faz individual consiste en la estabilidad en el empleo de la que goza todo trabajador, que imposibilita los despidos sin justa causa. Esto ha sido reconocido por diversos instrumentos internacionales como la Carta Europea de Derechos Fundamentales, la Carta Social Europea y el Convenio nº 158 de la Organización Internacional del Trabajo⁸, pero también por el propio Tribunal Constitucional en tempranos pronunciamientos. En su STC 22/1981, de 2 de julio, el Tribunal sostuvo que el derecho al trabajo "en su aspecto individual se concreta en el igual derecho de todos a un determinado puesto de trabajo si se cumplen los requisitos necesarios

⁵ STJUE de 18 de enero de 2018, Ruiz Conejero, C 270/16, par. 28

⁶ Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación.

⁷ La magistrada destaca también la existencia de una discriminación indirecta por razón del género ya que la doble jornada de trabajo (oficina y hogar) afecta mayoritariamente a las mujeres provocando un daño en su salud y una merma de sus capacidades laborales. Para mayor abundamiento véase el último fundamento jurídico del voto particular.

⁸ Así, por ejemplo, el Convenio nº 158 de la OIT dispone en su art. 4 que: "No se pondrá término a la relación de trabajo de un trabajador a menos que exista para ello una causa justificada relacionada con su capacidad o su conducta o basada en las necesidades de funcionamiento de la empresa, establecimiento o servicio."

de capacitación, y en el derecho a la continuidad o estabilidad en el empleo, es decir, a no ser despedidos si no existe una justa causa" (FJ 8).9 Ahora bien, así como el *contenido esencial* es un concepto jurídico indeterminado la *justa causa* también, y la decisión sobre si ella concurre en cada despido deberá ser analizada caso por caso en función de los lineamientos jurisprudenciales principalmente. Sin embargo, no debe perderse de vista que el propio Convenio nº 158 OIT establece limitaciones al legislador a la hora de regular el despido objetivo por ausencias laborales, al prohibir que el despido se base en ciertas causas sospechosas de ser discriminatorias como las basadas en su afiliación sindical, religión, sexo o, en lo que aquí interesa más, enfermedad.10

La cuestión radica entonces, en analizar si la causa esgrimida por el legislador para habilitar el despido objetivo del trabajador consagrado en el art. 52 d de la LET – a saber, la defensa de la libertad de empresa y de la productividad – justifica la excepción a la prohibición de despido por ausencias temporales del trabajo motivadas por enfermedad o lesión que establece el propio convenio de la OIT. Llegado a este punto, no puedo más que compartir la opinión de los magistrados de la disidencia y, en particular, del magistrado Valdés Dal - Re quien da en la clave del problema del voto de la mayoría, consistente fundamentalmente en su incorrecto abordaje del conflicto constitucional. Resulta ilustrativo de ello el razonamiento expresado por el voto de la mayoría cuando indica que "el legislador puede establecer, dentro de su margen de configuración y ponderando los derechos e intereses en conflicto, limitaciones a la aplicación del párrafo 1 del art. 6 del Convenio 158 de la OIT, como efectivamente lo ha hecho mediante la regulación contenida en el art. 52 d) LET" (FJ 6) y que la limitación al derecho al trabajo se ha realizado con una finalidad legítima que "encuentra fundamento constitucional en la libertad de empresa y defensa de la productividad" (FJ 6). El problema radica justamente, en que su juicio de ponderación el Tribunal no alcanza a explicar con claridad el conflicto de intereses entre el derecho al trabajo y la defensa de la libertad de empresa y la productividad.

Para comprender mejor el problema, resulta oportuno recordar la esencia del llamado *juicio de ponderación*. Atienza (2010: 53-55) describe a la ponderación como un razonamiento con dos premisas: en la primera se establece que en relación con un determinado caso existen dos principios aplicables, mientras que en la segunda se establece que en relación con ese caso concreto y teniendo en cuenta sus circunstancias, prevalece un principio sobre el otro. Asimismo, destaca que la ponderación solo tiene lugar allí donde no existe una regla aplicable al caso y que lo primero que debe hacer quien pondera es preguntarse justamente si es necesario ponderar, ya que la ponderación supone un cierto grado de discrecionalidad que la hace mucho más limitada para los tribunales que para el legislador (dado el margen de discrecionalidad política con el que este cuenta).

Dicho esto, creo que en la sentencia bajo análisis el juicio de ponderación no es correcto ya que no existe verdadero conflicto de derechos entre el derecho al trabajo y la libertad de empresa y defensa de la productividad. Y ello, porque como bien señala el magistrado Valdés Dal-Re en su voto particular, la garantía de la libertad de empresa apunta principalmente al desempeño de la misma en una economía de mercado, a su libertad de iniciativa y al derecho al ejercicio de esa actividad en condiciones de igualdad, pero no a

⁹ Este criterio ha sido sostenido por el Tribunal en otros pronunciamientos como las SSTC 20/1994, del 27 de enero; 125/1994, del 25 de abril y 118/2014, del 16 de Iulio.

¹⁰ Ver arts. 5 y 6 del Convenio nº 158 OIT. El artículo 6 especialmente dispone que "la ausencia temporal del trabajo por motivo de enfermedad o lesión no deberá constituir una causa justificada de terminación de la relación de trabajo".

la afectación que los derechos laborales puedan ocasionar en la producción o ganancia de la empresa.¹¹ Esta visión parece ser apoyada por la doctrina mayoritaria al referirse al contenido esencial de este derecho. Así, por ejemplo, lo hicieron tempranamente Rubio Llorente (1996: 445) al destacar que la libertad de empresa conlleva la necesaria igualdad de todas las empresas que se dedican a una misma actividad en el mercado o Aragón Reyes (1995:33) al indicar que la libertad de empresa conlleva la libertad de iniciar la actividad, desarrollarla y abandonarla cuando se lo desee.

De este modo, entonces, el conflicto constitucional que plantea la disposición cuestionada no se relaciona con la decisión respecto a un aparente conflicto de derechos sino más bien se reduce a determinar si la causal de despido establecida por el art. 52 d de la LET (ausencias intermitentes por enfermedad) puede ser considerada como justa causa de despido. Para considerar la existencia o inexistencia de una justa causa en el despido, deberé referirme a la relación entre discapacidad y enfermedad y la conexión entre el derecho a la salud y el derecho al trabajo en este caso concreto.

2. La asimilación de la enfermedad a discapacidad y su incidencia en la justa causa.

Para determinar si la causal de despido que establece la disposición cuestionada puede ser considerada como justa causa es necesario primero atender a la innegable conexión que el derecho al trabajo guarda con el derecho a la salud en el caso bajo análisis, atento a que el derecho a la salud se encuentra en la base del régimen extintivo cuestionado. Asimismo, no cabe perder de vista la conexión existente entre el derecho a la salud y el derecho a la integridad física y moral garantizado por el artículo 15 de la Constitución Española. Dicho esto, adelanto aquí que en este punto me acerco más a la posición de la magistrada Balaguer Callejón que a la de Valdés Dal-Re, en el sentido de considerar que no solo la disposición cuestionada vulnera el derecho al trabajo, sino también el derecho a la salud y a la integridad física y moral. Ello así, porque ha sido el propio Tribunal el que ha destacado la conexión entre el derecho a la salud y a la integridad personal, si bien su doctrina resulta un poco ambigua en cuanto a los criterios que deben cumplirse para que exista dicha conexión en cada concreto. En líneas generales, sin embargo, puede afirmarse junto a Guerrera Vaquero (2015:1269-1271) que el Tribunal sostiene que el derecho a que no se dañe la salud personal queda comprendido en el derecho a la integridad personal y que para que se produzca la lesión a la integridad personal no es necesario que exista un daño efectivo a la salud sino que basta con el mero riesgo de daño o lesión de la salud.12

Por otro lado, resulta oportuno en este análisis evaluar también la incidencia del artículo 14 CE y su prohibición de discriminación. Dicho artículo contiene categorías que tradicionalmente han sido consideradas como sospechosas de discriminación (como el lugar de nacimiento, raza, sexo o religión) pero también una cláusula genérica al final que prohíbe la discriminación por "cualquier otra condición o circunstancia personal o social". Surge el interrogante entonces de si un despido por incapacidad temporal del trabajador motivada por su enfermedad puede ser considerado discriminatorio y por tanto reputarse nulo. Si se observan los tempranos pronunciamientos tanto del Tribunal Supremo como del Tribunal Constitucional, se concluye claramente que, en un primer momento,

¹¹ Véase el Fundamento Jurídico 7 del voto particular del magistrado Valdés Dal-Re para una clara exposición de la construcción jurisprudencial de la libertad de empresa realizada por el Tribunal Constitucional.

¹² La ambigüedad doctrinaria radica principalmente en la intensidad del riesgo de lesión de la salud requerida para que se configure una lesión a la integridad personal. Así, por ejemplo, mientras algunas sentencias refieren a un riesgo de daño inmediato o futuro (STC 35/1996, FJ 3), otras refieren a la necesidad de un riesgo palmario y manifiesto (STC 220/2005, FJ 3) o grave y cierto (STC 62/2007, FJ 4).

los despidos por enfermedad no constituían factores de discriminación en la jurisprudencia española. Así, el Tribunal Supremo en su Sentencia de 29 de enero de 2001 (RI 2001/2069) sostuvo expresamente que "la enfermedad, en el sentido genérico que aquí se tiene en cuenta desde una perspectiva estrictamente funcional de incapacidad para el trabajo, que hace que el mantenimiento del contrato de trabajo del actor no se considere rentable por la empresa, no es un factor discriminatorio en el sentido estricto que este término tiene en el inciso final del artículo 14 de la Constitución Española, aunque pudiera serlo en otras circunstancias en las que resulte apreciable el elemento de segregación" (FJ 2°). Por su parte, el Tribunal Constitucional también se expresó en este sentido en la STC 62/2008, de 26 de junio, cuando al analizar la nulidad de un despido por las bajas laborales de un trabajador derivadas de su enfermedad el Tribunal concluyó que "una decisión de despido como la aquí analizada, basada en la pretendida incapacidad del trabajador para desarrollar su trabajo por razón de su enfermedad o de su estado de salud, podrá conceptuarse legalmente como procedente o improcedente, en virtud de que se acredite o no la realidad de la causa alegada y de que ésta sea o no efectivamente incapacitante, pero no constituye en sí misma una decisión discriminatoria." (FJ 6°). En definitiva, estos pronunciamientos se adscriben a la línea tradicional que indica que la causa del despido no es la enfermedad del trabajador sino su incapacidad derivada de la misma, lo que merma la productividad empresarial y por tanto configura una justa causa de despido al perseguir la finalidad legítima de combatir el absentismo laboral.

Ahora bien, lo cierto es que esta doctrina reconoce un viraje propulsado en gran medida por la jurisprudencia del TJUE y la normativa europea, que puso el foco en el hecho de que, en determinadas circunstancias, la enfermedad del trabajador puede asimilarse a una verdadera discapacidad y, por lo tanto, el despido en estos supuestos sería nulo por discriminatorio.

Este cambio fue provocado, en primer lugar, por el dictado de la Directiva 2000/78 que en su artículo 2 prohíbe expresamente la discriminación por discapacidad del trabajador y obliga al empresario a adoptar medidas para eliminar las disposiciones, prácticas o criterios discriminatorios imperantes en su organización. El problema es que esta directiva no otorga una definición de discapacidad ni aclara cuando un despido puede ser considerado nulo por discriminatorio. Sin embargo, el ordenamiento español sí consagra una definición de discapacidad en la *Ley general de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social* al definir en su artículo 1 a las personas con discapacidad como aquellas "que presentan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales, previsiblemente permanentes que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con los demás". Esto ha llevado a la doctrina a preguntarse si el despido por la incapacidad temporal derivada de la enfermedad no supone entonces un supuesto de discriminación por discapacidad, ya que en este caso devendría nulo en función de la prohibición dispuesta por la Ley del Estatuto de los Trabajadores.¹³

No es objeto del presente comentario una disquisición harto extensa sobre la relación entre discapacidad y enfermedad. Sin embargo, considero necesario destacar como la consolidación de la asimilación de enfermedad a discapacidad en determinados supuestos en la jurisprudencia española y europea resulta determinante para excluir tajante-

¹³ El art. 4.2.c de la Ley del Estatuto de los Trabajadores dispone que en la relación de trabajo los trabajadores no podrán ser discriminados, entre otros motivos, "por razón de discapacidad, siempre que se hallasen en condiciones de aptitud para desempeñar el trabajo o empleo de que se trate".

mente la existencia de una justa causa en la causal de despido configurada por el (hoy derogado) artículo 52.d de la LET. Así, en un primer momento el Tribunal Supremo en su Sentencia de 22 de enero de 2008 (RJ 2008\1621) rechazó esta asimilación al considerar que la enfermedad era una mera alteración de la salud contingente, mientras que la discapacidad suponía una situación permanente de minusvalía que alteraba de manera permanente las condiciones de vida de la persona discapacitada y, además, requería de una declaración oficial para ser reconocida como tal (FJ 5°). Y la misma línea siguió el TJUE en el asunto "Chacón Navas" cuando sostuvo que el despido de un trabajador basado exclusivamente en su enfermedad no estaba incluido en el ámbito de protección del Tratado de la Comunidad Europea y tampoco cabía deducirlo por analogía del ámbito de aplicación de la Directiva 2000/78.¹⁴

Sin embargo, a nivel europeo el TJUE ha impulsado un cambio de esta teoría, tendiendo a asimilar cada vez más a la enfermedad con la discapacidad y exigiendo que todos los operadores jurídicos tengan en cuenta esta condición de los trabajadores para evitar discriminaciones prohibidas. En el asunto "HK Danmark" el TJUE sostuvo que el concepto de discapacidad "comprende una condición causada por una enfermedad diagnosticada médicamente como curable o incurable, cuando esta enfermedad acarrea una limitación, derivada en particular de dolencias físicas, mentales o psíquicas que, al interactuar con diversas barreras, puede impedir la participación plena y efectiva de la persona de que se trate en la vida profesional en igualdad de condiciones con los demás trabajadores, si esta limitación es de larga duración". ¹⁵ Conforme a esta doctrina, entonces, el concepto de discapacidad engloba al de enfermedad de larga duración que comporte limitaciones en la vida profesional, al punto tal que se ha llegado a afirmar que el Tribunal ha creado la figura de enfermedad asimilable a discapacidad que afecta a trabajadores que sufren enfermedades que le generan faltas de asistencia al trabajo sin que éstas lleguen a alcanzar un carácter definitivamente invalidante. (Velasco Portero, 2014:11). Posteriormente, el TJUE avanza en la asimilación de las enfermedades de corta duración a discapacidad en el asunto "Ruiz Conejero", donde a raíz de un despido basado en el artículo 52.d de la LET el Tribunal afirma que la Directiva 2000/78 se opone a una normativa nacional que permita al empresario despedir a un trabajador debido a las faltas de asistencia de éste al trabajo, aún justificadas pero intermitentes, cuando tales ausencias sean consecuencia de enfermedades atribuibles a la discapacidad de este trabajador, salvo que dicha normativa tenga la finalidad legítima de combatir el absentismo y no vaya más allá de lo necesario para alcanzar esa finalidad. Este juicio de proporcionalidad a su vez, quedará a cargo del órgano jurisdiccional de cada caso concreto que, en todo caso, deberá tener especialmente en cuenta el riesgo que corren las personas afectadas por una discapacidad, que en general encuentran más dificultades que los trabajadores sin discapacidad para reincorporarse al mercado de trabajo y tienen necesidades específicas ligadas a la protección que requiere su estado.16

De lo expuesto puede observarse como la jurisprudencia europea considera posible la asimilación a discapacidad de las enfermedades temporales que generen ausencias intermitentes del trabajador, lo que calificaría al despido basado en esta causa como nulo. Si bien como afirma Barreira Igual (2018:216) la doctrina del TJUE no es concluyente, ya que deja librado a la interpretación de los órganos jurisdiccionales nacionales el juicio

¹⁴ STJUE de 11 de julio de 2006, Chacón Navas, C-13/05, ap., 54-57.

¹⁵ STJUE de 11 de abril de 2013, HK Danmark, C 335/11 y C 337/11, ap., 47.

¹⁶ STJUE de 18 de enero de 2018, Ruiz Conejero, C 270/16, ap. 51-57.

sobre la proporcionalidad de la medida de despido adoptada, lo cierto es que la doctrina aporta a mi juicio lineamientos claros en el sentido de que cualquier enfermedad que impida el desenvolvimiento pleno de la actividad profesional del trabajador en condiciones de igualdad puede ser considerada como discapacidad y, por ende, un despido que tenga como causa las ausencias derivadas de la misma debe ser reputado nulo.

Es por ello que, en estos supuestos, resulta difícil de aceptar la argumentación que emplea el voto de la mayoría del Tribunal Constitucional en la sentencia bajo análisis relativo a que la causal de despido que habilita el art. 52. d de la LET no genera un daño o riesgo de daño a la salud del trabajador ya que "se limita a autorizar el despido para el caso de que se supere un número de faltas de asistencia al trabajo intermitentes, justificadas o no, en un determinado período de tiempo". (FJ 3). Por el contrario, la normativa europea y la interpretación que de la misma ha hecho el Tribunal de Justicia de la Unión Europea parece ir en la dirección contraria, asimilando también estos supuestos de enfermedades de corta duración a la discapacidad.

Por lo expuesto, considero que sería altamente beneficioso que la doctrina del Tribunal Constitucional y otros órganos judiciales españoles se pliegue rápidamente a la desarrollada por el TJUE en el materia, no tanto porque en este diálogo de tribunales uno sea realmente superior al otro, sino porque considero que en este caso particular la declaración del despido como nulo por discriminación era la solución justa. El enfoque adoptado por los magistrados disidentes da esperanzas de ello.

Conclusiones

La STC 118/2019, de 16 de Octubre de 2019, constituye un objeto de estudio atrapante para todo jurista ya que permite observar la incidencia que tiene en la justicia constitucional tanto la utilización de ciertos esquemas argumentales tradicionales pero poco precisos como el *juicio de ponderación* y el *juicio de proporcionalidad*, así como de conceptos jurídicos indeterminados como el de contenido esencial del derecho o el de *justa causa*. El planteamiento de un conflicto constitucional entre el derecho al trabajo y la libertad de empresa conduce al Tribunal Constitucional a concluir en la existencia de una restricción legítima al derecho del trabajador en aras de garantizar la defensa de la productividad empresarial. Como se expuso, esta conclusión no solo resulta débil porque toma como medida de la proporcionalidad de la restricción la existencia de una indemnización por despido y la exclusión que hace la ley de otras ausencias por enfermedad como causal de despido, sino también porque se enfoca en un conflicto de derechos inexistente.

El Tribunal Constitucional, con esta sentencia, consolida su reiterada doctrina en la materia, desconociendo el vínculo entre enfermedades de corta duración y discapacidad, y dejando vía libre para el despido con justa causa de trabajadores cuyas ausencias temporales e intermitentes se deban a este tipo de enfermedades. Esta doctrina, tal como también lo expresan los magistrados disidentes, no parece acompañar la tendencia normativa y jurisprudencial europea que tiende a asimilar cada vez estas enfermedades a discapacidad y considerar nulos a los despidos motivados en ellas. Asimismo, y si bien el Tribunal reconoce y se refiere expresamente a esta jurisprudencia europea, lo cierto es que la interpretación que realiza de la misma resulta cuestionable, ya que, si bien el TJUE ha reconocido que corresponde a los órganos jurisdiccionales nacionales determinar en cada concreto si las restricciones a los derechos del trabajador resultan proporcionales para alcanzar la finalidad legítima de combatir el absentismo laboral, lo cierto es que de

una lectura global de la misma emergen claros límites constitucionales que la disposición cuestionada del art. 52.d de la LET no parece respetar.

Cabe destacar que recientemente, y compartiendo muchas de las consideraciones expuestas en este comentario, el Real Decreto-ley 4/2020, de 18 de febrero, ha derogado el artículo 52.d) del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores. Resta esperar, entonces, que el Tribunal Constitucional modifique su doctrina en futuros pronunciamientos y, siguiendo la corriente europea, otorgue una mayor protección a los trabajadores que se ven obligados a ausentarse de su trabajo por enfermedades de corta duración.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Atienza, M. (2010). A vueltas con la ponderación. *Anales de la cátedra Francisco Suárez*, 44, 43-59.
- Aragón Reyes, M. (1996). Constitución económica y libertad de empresa. En J.L Iglesias Prada (Coord.), *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Aurelio Menéndez, Vol. 1.* (pp. 163-180). España: Civitas
- Barreira Igual, M. (2018). Discapacidad y enfermedad en el despido. Aplicación práctica. *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales Y Derecho del Empleo*. (6, 4), 197-217.
- Guerrera Vaquero, A. (2015). La protección de la salud y del derecho a la integridad física en tiempos de crisis. *Revista de Derecho UNED*, (16), 1265-1292. Disponible en https://doi.org/10.5944/rduned.16.2015.15277
- Medina Guerrero, M. (2008). Comentario a los artículos 53. 1 y 2 y 142 CE. En M.E. Casas Baamonde y M. Rodriguez-Piñero (Eds.), *Comentarios a la Constitución Española. XXX aniversario* (pp. 1158-2158). Madrid: Fundación Wolters Kluwer.
- Rubio Llorente, F. (1996). La libertad de empresa en la Constitución. En J.L Iglesias Prada (Coord.), *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Aurelio Menéndez, Vol. 1.* (pp. 431-446). España: Civitas.
- Velasco Portero, T. (2014). "El despido del trabajador enfermo: ¿Improcedencia o nulidad?". Revista General del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, (39), 11-40.

PRIVILEGIOS CONCURSALES Y ACREEDORES INVOLUNTARIOS EN CUESTIONES DE SALUD

BANKRUPTCY PRIVILEGES AND INVOLUNTARY HEALTH CREDITORS

Nicolás Alberto Simón¹

DOI: https://doi.org/10.37767/2591-3476(2020)29

Comentario a

Institutos Médicos Antártida s/ quiebra s/ inc. de verificación (R.A.F. y L.R.H. de F.)

Corte Suprema de Justicia de la Nación

Disponible en

https://bit.ly/3h81eFM

RESUMEN:

En el presente trabajo se comenta un reciente pronunciamiento de la Suprema Corte de Justicia de la República Argentina en el que, en virtud de las normas internacionales protectorias de los derechos del niño y de las personas con discapacidad, se declaró la inconstitucionalidad de ciertas normas nacionales en materia de privilegios concursales a fin de lograr el efectivo cumplimiento de una sentencia indemnizatoria de daños y perjuicios provocados en el propio alumbramiento de una persona.

ABSTRACT

the present paper comments on a recent pronouncement of the Supreme Court of Justice of the Argentine Republic in which, due to international law protecting the rights of children and persons with disabilities, certain national bankruptcy privileges rules were declared unconstitutional in order to achieve effective compliance of a compensatory sentence of damages caused in the very birth of a person.

PALABRAS CLAVE: niño discapacitado - salud - vulnerabilidad - privilegios concursales - derecho internacional.

KEY WORDS: disabled child - health - vulnerability - bankruptcy privileges - international law

¹ Abogado (Universidad Nacional de Córdoba). Alumno sobresaliente promoción 2012. Especialista en derecho de daños (Universidad Castilla-La Mancha, España, 2017). Especializando en Derecho Procesal de las Ejecuciones (Universidad Blas Pascal, Córdoba). Profesor integrante de la Cátedra de Derecho Privado I (Facultad de Derecho, Universidad Siglo XXI, Córdoba). Adscripto en la Cátedra de Derecho Privado II (Facultad de Derecho, Universidad Nacional de Córdoba). Relator/Asistente de magistrado del Juzgado de Primera Instancia y Sexta Nominación en lo Civil y de la Excma. Cámara Sexta de Apelaciones en lo Civil y Comercial de la ciudad de Córdoba. Redactor del Boletín Judicial del Poder Judicial de la Provincia de Córdoba. Se desempeña como Prosecretario Letrado de la Excma. Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial, Laboral, Familia y Contencioso Administrativo de la ciudad de Bell Ville, Córdoba. Mail: nicolassimon25@hotmail.com. Nro. de ORCID: https://orcid.org/0000-0002-3846-5132

I. El caso bajo análisis.

A principios del año dos mil diecinueve, el órgano jurisdiccional de mayor jerarquía de nuestro país (Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina²) dictó sentencia en la causa caratulada "Institutos Médicos Antártida s/ quiebra s/ inc. de verificación (R. A. F y L. R. H. de F.)³. Un fallo novedoso en la jurisprudencia del Alto Cuerpo, no por la cuestión o materia a decidir sino por lo decidido.

A fin del análisis de la cuestión medular del pronunciamiento -inconstitucionalidad de ciertas normas del régimen de privilegios concursales dispuestos en la ley falencial n.º 24.5224-, cuadra recordar que esa causa fue iniciada por los padres de un niño discapacitado (B. M. F.) con el objeto de verificar el crédito de su hijo (indemnización de daños y perjuicios) en la quiebra de la institución médica en la que su madre fue atendida al momento del nacimiento del niño, el 25 de mayo de 1990.

A raíz de la mala praxis médica en oportunidad del alumbramiento de B. M. F., sus padres iniciaron formal demanda de daños y perjuicios en contra del médico tratante, el sanatorio "Institutos Médicos Antártida" y la obra social del Sindicato de Mecánicos y Afines del Transporte (OSMATA). El 20 de agosto de 1998, se dictó sentencia en primera instancia, condenando -en forma solidaria- a los tres codemandados a pagar cierta suma de dinero en concepto de reparación de los daños padecidos. Ese fallo fue confirmado por la Cámara de apelaciones competente con fecha 30 de mayo de 2003.

Se comprobó que, en razón de las deficientes prácticas en el alumbramiento, se le provocó a B. M. F. una parálisis cerebral con cien por ciento de incapacidad irreversible, que condujo el sufrimiento fetal agudo con afección de todos los órganos y especialmente el cerebro. Como consecuencia de ello, B. M. F. presenta, desde su nacimiento, lesiones cerebrales gravísimas con una incapacidad total e irreversible, parálisis en los cuatro miembros que le impide movilizarse y retraso en el crecimiento.

Tres meses antes de que la Cámara de Apelaciones confirmara la sentencia indemnizatoria de daños y perjuicios iniciada por los padres de aquel entonces el niño discapacitado (2003), se dictó la sentencia de quiebra del instituto médico asistencial en el cual se practicó el parto⁵. Transcurrieron trece años desde el nacimiento del niño totalmente incapacitado para que sus padres obtuvieran una respuesta firme del sistema judicial, para enterarse -casi de manera simultánea- que uno de sus codeudores se encontraba en estado de insolvencia económica para afrontar el pago de la indemnización debida. Indemnización que podría haber ayudado en el desarrollo y/o mejoramiento de la calidad de vida de su hijo (en aquella época, ya un adolescente).

En este panorama, los padres de B. M. F. verificaron su crédito en el proceso falencial del sanatorio (acto jurídico procesal en el marco del cual la causa llegó hasta la CSJN, pronunciamiento objeto de este trabajo) y también en la quiebra de la obra social OSMATA.

En primera instancia, el juez concursal del ente sanatorial resolvió declarar la inconstitucionalidad del régimen de privilegios previsto en los arts. 239, 1° párrafo, 241, 242 parte

² En adelante, CSJN.

³ CSJN 344/2011 (47-I)/CS1. 26/03/2019.

⁴ En adelante, LCQ.

⁵ La quiebra del sanatorio "Institutos Médicos Antártida" se decretó el 10/02/2003.

general y 243 parte general e inc. 2° de la LCQ; tuvo por verificado a favor de B. M. F. un crédito con privilegio especial prioritario de cualquier otro privilegio y dispuso su pronto pago.

Apelada tal resolución por dos acreedores hipotecarios del único bien inmueble integrante de la masa concursal de la quebrada, la Sala A de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial dispuso revocar la sentencia impugnada, entendió que el crédito de B. M. F. revestía carácter quirografario y -en consecuencia- dejó sin efecto el pronto pago establecido por el magistrado de la instancia anterior.

Ante ese decisorio, se alzaron en recurso extraordinario federal los padres de B. M. F. y la Defensoría Pública de Menores e Incapaces, recursos que fueron concedidos por ante la CSJN exclusivamente por la cuestión federal (el hecho de que la decisión de la Cámara fue contraria al derecho que los apelantes fundan en las normas internacionales de derechos humanos, de incuestionable naturaleza federal)⁶.

Finalmente, basándose en las normas internacionales de derechos humanos de la infancia y la discapacidad, la situación de hipervulnerabilidad de B. M. F., su necesidad de una solución urgente, el tiempo transcurrido desde el reconocimiento de la indemnización reparadora de los daños y perjuicios y la duración del trámite del incidente de verificación, la CSJN decidió -por mayoría- reconocer al crédito del incidentista un privilegio especial de primer orden en los términos recocidos por el juez concursal de primera instancia.

II. Importancia del caso

Como se adelantó, el fallo en comentario no es novedoso en sí por la cuestión sometida a juzgamiento sino por lo decidido en el caso en concreto.

La jurisprudencia y la doctrina nos demuestran que los casos en los cuales se pretende la modificación del orden de privilegios taxativos fijados en la ley en función de particulares situaciones de hecho, basadas en contingencias de salud, alimentarias u otras que no admitieren demoras, ya han sido planteados en nuestros estrados.

Cabe destacar que unos pocos meses antes del dictado del fallo bajo análisis, la CSJN-con distinta integración y por mayoría- resolvió un caso muy similar en sentido diametralmente opuesto. En la causa "Asociación Francesa Filantrópica y de Beneficencia s/ quiebra s/ incidente de verificación de créditos por L. A. R. y otros", con el voto de la mayoría de los Ministros Elena Highton de Nolasco, Carlos Fernando Rosenkrantz y Ricardo Luis Lorenzetti, se resolvió rechazar el recurso extraordinario federal articulado por los incidentistas en la quiebra de un ente sanatorial en el entendimiento que: "(...) la preferencia que se otorgue a un acreedor respecto de los restantes en el marco de un proceso concursal es una decisión que incumbe al legislador y no a los jueces de acuerdo con las circunstancias subjetivas que en cada caso en particular se puedan plantear".8

Es más, ya en el año 2014, en el precedente "Pinturas y Revestimientos Aplicados SRL"9,

⁶ Véanse Considerandos 2º y 4º de la Sentencia comentada.

⁷ CSIN, 06/11/2018, Fallos 341:1511.

⁸ Véanse Considerando 17°, Fallos 341:1511.

⁹ CSJN, 26/03/2014, Fallos 337:315.

la CSJN debió resolver -en el caso, a favor- acerca del alcance y aplicación de los privilegios de los créditos de naturaleza laboral establecidos en el Convenio 173 de la OIT en el marco de un proceso concursal nacional.

Desde la doctrina especializada se remarca: "En nuestra legislación, y en especial en materia concursal, se ha tratado desde hace largo tiempo la situación de los "menores", hoy niños y adolescentes, según las leyes 26.061 y 26.378, esta última que aprobó la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, que se encuentran afectados en su salud, y, en esta línea, la jurisprudencia ha ido avanzando en el sentido de otorgarles un trato "preferencial", aun cuando no existe norma concreta que así lo disponga"¹⁰.

Sabido es que uno de los principios troncales del derecho concursal es el de la igualdad de trato de los acreedores, conocido en términos latinos con el principio "pars condicio creditorum". Esta regla significa que en la base del proceso concursal se encuentra la "justicia distributiva" que exige la satisfacción de todos los acreedores, de conformidad a la naturaleza de su crédito y no la "justicia conmutativa" de las relaciones sinalagmáticas¹¹.

Como implicancia de ese principio, los acreedores del deudor fallido participan en la distribución del producido de la liquidación de los bienes de este último en igualdad de condiciones, salvo expreso privilegio previsto en la ley concursal.

El art. 2573 del Código Civil y Comercial¹², vigente en nuestra nación desde el 01 de agosto de 2015, define a los privilegios como la calidad que corresponde a un crédito de ser pagado con preferencia a otro.

Conforme una postura positivista a ultranza, los privilegios únicamente pueden ser creados por ley (art. 2574 del CCCN) y son de interpretación restrictiva.

Según lo dispuesto en el art. 239 de la LCQ, el régimen de privilegios concursales es autosuficiente. El art. 2579 del CCCN ratifica este criterio en cuanto prevé que en los procesos universales los privilegios se rigen por la ley aplicable a los concursos, exista o no cesación de pagos. Ello quiere decir que las preferencias de pago o privilegios previstos en leyes distintas a la concursal se aplican exclusivamente en los procesos de ejecución individuales, salvo remisión expresa de la ley concursal a esos ordenamientos ajenos a ella.

De allí, la trascendencia de este pronunciamiento de la Corte. El fallo merece su estudio no sólo en razón de la autoridad moral del órgano jurisdiccional del que emana sino también porque, basándose en normas de derecho internacional de rango constitucional y protectoras de los derechos de niños y niñas y personas con discapacidad, la Corte Federal se expidió respecto de la ardua y difícil discusión abierta en torno a la preferencia de cobro de los llamados "acreedores involuntarios por cuestiones de salud" en el marco de un proceso falencial.

¹⁰ JUNYENT BAS, Francisco A. y MARCOS, Fernando J., "Los privilegios concursales frente a la vulnerabilidad del "acreedor involuntario"," LA LEY 27/02/2019, 27/02/2019, p. 3, Cita Online: AR/DOC/187/2019.

¹¹ JUNYENT BAS, Francisco A.; MOLINA SANDOVAL, Carlos A., "Ley de Concursos y Quiebras - Comentada", Abeledo-Perrot, 3º ed., Buenos Aires, 2011, t. I, p. 29.

¹² En adelante, CCCN.

III. ¿Quiénes son los acreedores involuntarios del concurso? Su relación con el "súper pronto pago"

En primer lugar, es dable resaltar que la respuesta a ese interrogante no se encuentra en el texto de la ley falencial nacional. Los autores y los magistrados especializados son quienes han delineado su noción.

Al comentar el fallo "Asociación Francesa Filantrópica y de Beneficencia s/ quiebra s/ incidente de verificación de créditos por L. A. R. y otros", Francisco Junyent Bas y Fernando Marcos señalan que la CSJN "se refirió al régimen de privilegios en el concurso frente al crédito de un acreedor que se encuentra en una situación de extrema vulnerabilidad; rectius: un acreedor involuntario que peticiona el reconocimiento para su acreencia de una preferencia de pago que la legislación concursal vigente no le acuerda en forma expresa"¹³.

Por su parte, Maurico Boreto, al analizar el fenómeno de la constitucionalización del derecho privado y su influencia en el ámbito del derecho concursal nacional, reconoce la figura del acreedor falencial involuntario como una aplicación práctica de aguel fenómeno. El autor refiere que los acreedores involuntarios o acreedores extracontractuales son aquellos "(...) que se han visto afectados por infortunios personales u otros daños cuyo autor ha sido el deudor concursado y que -pese a la urgencia en obtener las prestaciones correspondientes por razones de salud, alimentarias u otras que no admiten demoras- deben enfrentar las quitas, esperas y los "tiempos muertos" del proceso concursal. En suma, quedan comprendidos todos aquellos acreedores que no están vinculados con el deudor por vínculos negociales o contractuales y que se encuentren en situación de urgencia (...)"; y con precisión, realismo fáctico y jurídico, agrega: "La piedra de la discordia ha sido que la jurisprudencia les ha otorgado a estos acreedores -sin norma concursal expresa en que sustentarse- un tratamiento "privilegiado" (pese a no hallarse en el elenco de acreedores con privilegio enumerados en la ley 24.522), concediéndoles el derecho de pronto pago a créditos que no se encontraban investidos legalmente de esa prerrogativa para su percepción anticipada; soslayando, de esa manera, la pars condicio creditorum y los términos de la propuesta de acuerdo preventiva dirigida a los quirografarios¹⁴.

Desde una perspectiva clásica, el pronto pago concursal se define como una vía sumaria de verificación del crédito de naturaleza laboral que constituye una tutela especial destinada a que los trabajadores no se vean forzados a esperar el trámite de la quiebra o del concurso preventivo para cobrar su crédito, a mérito del carácter alimentario de este último.

En la LCQ, la figura del pronto pago está expresamente prevista en los arts. 16 (concurso preventivo) y 183 (quiebra).

Existen tres modalidades de pronto pago según nuestro ordenamiento nacional: el pronto pago de oficio por parte del juez concursal, el pronto pago a pedido de parte y el "súper pronto pago". Sus requisitos y procedimientos escapan los límites de este trabajo, no obstante lo cual considero necesario y oportuno recordar algunos puntos de la última modalidad referida.

El párrafo onceavo del art. 16 de la LCQ, que establece lo que se conoce como el "súper pronto pago", reza: "Excepcionalmente el juez podrá autorizar, dentro del régimen de pronto

¹³ JUNYENT BAS, Francisco A. y MARCOS, Fernando J. (2019): Op. cit. p. 4.

¹⁴ BORETTO, Francisco, "El fenómeno de la "Constitucionalización" del derecho privado en la Argentina y su impacto en el ordenamiento jurídico falencial", RDCO 256, 01/09/2012, 341, p. 4, Cita Online: AR/DOC/9455/2012

pago, el pago de aquellos créditos amparados por el beneficio y que, por su naturaleza o circunstancias particulares de sus titulares, deban ser afectados a cubrir contingencias de salud, alimentarias u otras que no admitieran demoras".

Se discute en doctrina si esa potestad del magistrado comercial de autorizar el pago de créditos urgentes se circunscribe exclusivamente a aquellos de naturaleza exclusivamente laboral (postura restrictiva) o si también puede responder a otros derechos fuera de los contemplados y protegidos por el derecho del trabajo (postura amplia).

No caben dudas que, en el caso bajo análisis, el juez de primera instancia que resolvió el incidente de verificación de créditos incoado por los padres de B. M. F. (como así también la mayoría de los miembros de la CSJN), ordenó el pronto pago del crédito indemnizatorio, alistándose en aquellos que propugnan la tesis amplia. Recuérdese que el crédito verificado en la quiebra del Instituto Antártida tenía como causa fuente la responsabilidad civil del ente sanatorial por la mala praxis médica en el parto de B. M. F.

Luego de declarar la inconstitucionalidad de las normas concursales pertinentes del régimen de privilegios, para así otorgar rango preferente especial a la acreencia de B. M. F., el juez del concurso tuvo en especial consideración el carácter urgente que revestía la indemnización reconocida. Esa indemnización hacía a la propia persona, a su fortalecimiento, a su dignidad, al propio sustento de la vida misma. No cabía otra solución que la adoptada. Si la naturaleza de ese crédito, luego de años y años de transitar pasillos tribunalicios, no implicaba un "súper" pronto pago, entonces surge la pregunta: ¿qué tanto más se requería para lograr ese pago urgente?, o mejor dicho ¿qué tanto más debía perder B. M. F. para poder vivir?

IV. Los votos.

La Corte resuelve este caso con una integración "particular" en comparación con la que -unos casi cinco meses antes- había sentenciado en los autos "Asociación Francesa Filantrópica y de Beneficencia s/ quiebra s/ incidente de verificación de créditos por L. A. R. y otros". Debido a la excusación del Ministro Carlos Fernando Rosenkrantz, el máximo tribunal que estudió y decidió esta causa estuvo compuesto por los Dres. Elena Highton de Nolasco, Ricardo Luis Lorenzetti, Juan Carlos Maqueda, Horacio Rosatti y Graciela Medina.

La mayoría -compuesta por los votos de los Dres. Rosatti, Maqueda y Medina- votó a favor de la procedencia del recurso extraordinario articulado por los padres de B. M. F., mientras que los Dres. Highton de Nolasco y Lorenzetti se pronunciaron en igual sentido al voto emitido al resolver la causa "Asociación Francesa", es decir por el rechazo del recurso y la consecuente confirmación de lo decidido por la Cámara de apelaciones.

No puede negarse que esa "particular" conformación de la CSJN (y la mayoría obtenida) pueda llegar a generar cierta incertidumbre respecto de cuál será el criterio del tribunal en los casos venideros a resolver respecto del orden de los privilegios concursales mediado un acreedor involuntario. De hecho, desde la doctrina esa cuestión ya está planteada y genera distintas miradas¹5.

¹⁵ Véase OLMO, Juan Pablo y SCASSERRA, Selene I., "Mezcla rara de infancia, discapacidad, privilegios concursales, acreedores involuntarios y conjueces. ¿Qué justicia queremos?", SJA 22/05/2019, 22/05/2019, 19. Cita Online: AR/DOC/1439/2019; RIBERA, Carlos E., "El acreedor involuntario con privilegio especial", LA LEY 12/04/2019, 12/04/2019, 5 - LA LEY2019-B, 290 - DFyP 2019 (mayo), 10/05/2019, 147. Cita Online: AR/DOC/835/2019 y YUBA, Gabriela, "El Estado y el

Sin embargo, ello no quita trascendencia al resolutorio comentado. Su importancia es notable, no sólo como precedente jurisprudencial del tribunal superior de la nación sino -en mi humilde opinión- como pronunciamiento concreto para la persona de B. M. F. Es un verdadero ejemplo de búsqueda de legitimación social del Poder Judicial como institución, un fallo acorde al derecho internacional y constitucional que golpea fuerte al ritualismo, las normas estancas y al *statu quo*.

Las palabras finales del voto de la Sra. Conjueza, Dra. Graciela Medina, reflejan mi sentir: "(...) no puedo dejar de expresar el profundo dolor que siento como mujer de derecho y magistrada, al ver que este joven, ha transitado toda su niñez, su adolescencia y parte de su vida adulta, esperando una respuesta judicial definitiva que no llega, mientras su salud se deteriora. Tengo claro que la intervención de este Tribunal, no ha sido más que otro escalón en un larguísimo proceso, pero eso no hace que me sienta menos mal. Todos los operadores judiciales deberíamos sentarnos unos momentos a reflexionar sobre este tipo de situaciones y replantearnos el rol de cada uno, para evitar que se repitan. Ojalá este pronunciamiento lleve un poco de paz a la víctima y a sus familiares, y contribuya a que pueda obtener la mejor calidad de vida posible por el resto de su existencia"16.

1. Puntos destacables. La mayoría.

A continuación, resumiré los principales argumentos en los que se basó la decisión adoptada por la mayoría.

No debe perderse de vista que los Dres. Rosatti, Maqueda y Medina votaron en clave de derechos humanos. La visión de derecho internacional de sus votos es evidente. De no haber sido así, el régimen taxativo, legal y exhaustivo de los privilegios concursales establecidos en el derecho interno hubiese ganado la batalla.

Esos tratados internacionales que, desde la reforma constitucional del año 1994, cuentan con jerarquía constitucional (art. 75, inc. 22 de la Constitución Nacional) establecen el derecho de toda persona a gozar de un nivel adecuado de vida y al disfrute del más alto nivel posible de salud. De manera sucinta, el pronunciamiento de la Corte hace referencia a la Declaración Universal de Derecho Humanos (art. 25), al Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (art. 11 y 12), a la Convención América sobre Derechos Humanos (art.19), a la Convención sobre los Derechos del Niño (arts. 3.1, 23.1, 24, 27.1 y 27.3) y a la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (arts. 7, aps. 1 y 2, 10, 12, 25 y 28.1).

Destaco el art. 24.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño¹⁷ y el art. 8.1 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con discapacidad¹⁸. Considero que la conjunción de estas dos normas internacionales, de jerarquía superior a la ley de concursos y quiebras nacional, sienta la naturaleza y el sentido de la resolución del Alto Cuerpo nacional.

El art. 24.1 de la CDN reza: "Los Estados Partes reconocen el derecho del niño al disfrute

deber de proteger a los sujetos vulnerables", SJA 22/05/2019, 22/05/2019, 32 - DFyP 2019 (junio), 28/06/2019, 215 - DFyP 2019 (agosto), 08/08/2019, 172, Cita Online: AR/DOC/1301/2019.

¹⁶ Véase Considerando 20º del voto de la Dra. Medina.

¹⁷ En adelante, CDN.

¹⁸ En adelante, CDPD.

del más alto nivel posible de salud y a servicios para el tratamiento de las enfermedades y la rehabilitación de la salud. Los Estados Partes se esforzarán por asegurar que ningún niño sea privado de su derecho al disfrute de esos servicios sanitarios".

Por su parte, el art. 8.1 de la CDPD establece: "Los Estados Partes se comprometen a adoptar medidas inmediatas, efectivas y pertinentes para: a) Sensibilizar a la sociedad, incluso a nivel familiar, para que tome mayor conciencia respecto de las personas con discapacidad y fomentar el respeto de los derechos y la dignidad de estas personas (...)".

Sin perjuicio de ser reiterativo, repito que nos encontramos en el marco de un proceso de verificación de un crédito indemnizatorio precisamente del bien jurídico "salud". La indemnización de daños y perjuicios fue reconocida a favor de B. M. F. debido a un hecho que marcó toda su vida: una mala praxis en su mismo comienzo, el parto.

Fue tanto el impacto de esa mala praxis en la vida y dignidad de la persona de B. M. F. que se comprobó que, luego de transitar veintiocho años de una incapacidad total, la insuficiencia de tratamientos médicos adecuados -derivada, entre tantos factores, de la falta de recursos económicos de sus padres- agravó considerablemente su cuadro clínico. De la letra del fallo se extrae que, al dictado de la sentencia de la Corte, B. M. F. padecía una condición de cuadriplejia irreversible, pérdida de la visión y del habla, necesidad de ser alimentado con sonda gástrica y recurrentes complicaciones como trombosis, escaras y anemia.

A ese cuadro de deficiente salud se le suma la "situación de ahogo económico" (términos textuales de la CSJN) de sus padres. La madre de B. M. F. se dedica exclusivamente al necesario cuidado de su hijo discapacitado, y su padre, único sostén económico del hogar, había perdido su trabajo hacía cuatro años.

En ese panorama, la CSJN entendió la extrema situación de vulnerabilidad del justiciable y actuó conforme al derecho internacional incorporado a nuestra Constitución. De no haber sido así, me pregunto: ¿Cómo se cumpliría la manda de garantizar el derecho del niño discapacitado (hoy adulto) al disfrute del más alto nivel posible de salud (art. 24.1 de la CDN), cuando el único bien de la quiebra de su deudor -del cual pueden cobrar su acreencia- está gravado con dos hipotecas que tienen preferencia de pago según la ley nacional?

El Poder Judicial, como representante del estado nacional, debía adoptar una medida inmediata, efectiva y pertinente del respeto de los derechos y la dignidad de B. M. F (art. 8.1 de la CDPD). Entonces, se plantea el siguiente interrogante: ¿reconocer que la acreencia de B. M. F tiene un privilegio especial, y que por lo tanto, debe pagarse de manera preferencial y pronta frente a las demás obligaciones del fallido, no es la manera más inmediata, efectiva y pertinente que el derecho nacional confiere para cobrar lo debido? Tramitándose la causa por ante la CSJN, se alegó que todos los deudores solidarios (en realidad, concurrentes) del justiciable se encontraban en estado de insolvencia y se tuvo especial ponderación al hecho de que el activo de la quiebra no alcanzaría ni siquiera a satisfacer los créditos quirografarios. Dos puntos más que, sumados al hecho de que los problemas en la salud del niño se plantearon desde el mismo momento de su nacimiento, que desde esa fecha vive con una incapacidad total y que no contó ni cuenta con el apoyo económico suficiente de sus representantes, hacen que la vulnerabilidad del incidentista alcance límites impensados.

Esa excepcionalidad de la situación fáctica del caso concreto traído a resolver constituyó un extremo dirimente para el Alto Cuerpo.

Se sostuvo: "(...) dadas las particularidades que presenta el caso, resulta imperativo ofrecer una satisfactoria protección jurídica de la vida y de la salud del incidentista, que sea respetuosa de la dignidad que es inherente al ser humano y que no signifique una demora que desnaturalice y torne ilusoria la reparación del derecho irreversiblemente dañado"¹⁹.

Al comentar el fallo de primera instancia dictado por el juez concursal de la causa, el maestro Francisco Junyent Bas señaló: "(...) los incidentistas han introducido, con inteligencia, desesperación o ambas, una visión prioritariamente constitucional de su reclamo, que fuerza a un análisis del cual nunca debería claudicarse"; y nos recuerda que aquel "(...) juzgador lamenta que el legislador nacional no haya advertido la especialidad del derecho del menor discapacitado que no puede ser preterido por créditos patrimoniales, ni aun por los privilegios especiales, sean de carácter real o laboral. Así el doctor Eduardo Malde (Juez concursal de primera instancia) afirma, sin hesitación, que toda acción u omisión que se oponga al interés superior del niño y a la protección de su salud, constituye un acto contrario a sus derechos fundamentales, de conformidad al art. 5 de la ley 26.061"20.

La vida de las personas es el primer derecho reconocido y protegido por la ley fundamental. Sin un nivel adecuado de salud, el derecho a la vida se debilita.

El voto de la mayoría demuestra ese razonamiento. La CSJN resuelve el caso centrándose en la persona y dignidad de un sujeto gravemente dañado en su salud.

Asimismo, el Tribunal advierte la diferencia esencial en el marco legal internacional aplicable al caso con aquel de la causa "Pinturas y Revestimientos Aplicados S.A.". Los tratados de derechos humanos citados no contemplan expresamente el carácter privilegiado de la indemnización de daños a la salud de un niño o niña. Tampoco lo hacen los convenios internacionales referidos a la protección de las personas con discapacidad, como sí lo contempla el tratado de la Organización Internacional del Trabajo n.º 173.

No obstante ello, entiende: "Si bien es cierto que el privilegio contemplado en la Ley de Concursos y Quiebras es una excepción al principio de paridad que rige entre los acreedores de un mismo deudor, que solo puede resultar de una disposición legal, en el caso se presenta una situación excepcional de absoluta vulnerabilidad que este Tribunal no puede desatender en orden a las exigencias de los tratados internacionales citados".

No debe olvidarse que los tratados de derechos humanos incorporados en el art. 75, inc. 22, de nuestra Constitución Nacional tienen rango superior a las leyes de la nación y que los compromisos asumidos por los estados a través de su firma y ratificación no pueden ser desatendidos en razón de las normas del derecho interno.

El art. 27 de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados, ratificada por la República Argentina por ley n.º 19865 del 3/10/1972, establece que un estado parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumpli-

¹⁹ Véase Considerando n.º 20 del fallo comentado.

²⁰ JUNYENT BAS, Francisco, "Se abrió el cielo. A propósito de los daños a la salud del menor y la inconstitucionalidad del régimen de privilegios concursales", LA LEY 24/09/2007, 24/09/2007, 5, - LA LEY 2007-E, 552, p. 2 y 5, Cita Online: AR/DOC/2741/2007.

miento de un tratado. Por consiguiente, si desde el derecho internacional incorporado a la Constitución se establece que el estado argentino debe garantizar el mejor y más alto nivel de salud de un niño o de una persona discapacitada, y el ordenamiento legal interno ni siquiera reconoce un privilegio general al crédito indemnizatorio de salud de una persona en situación de extrema vulnerabilidad, pues entonces se verifica una inconsistencia que debe ser superada.

Indiscutido es que al legislador nacional le corresponde superar esa anomalía o vacío legislativo, y sancionar una regla abstracta, impersonal y de aplicación general. Ahora bien, si no lo hace -o ya no lo hizo, como en el caso estudiado-, el Poder Judicial debe dar una respuesta acorde. En la extrema situación de salud de B. M. F., esa respuesta acorde no era otra que la declaración de inconstitucionalidad de las normas del régimen nacional de privilegios concursales.

El control de constitucionalidad de oficio es un deber de la magistratura impuesto por el principio *iura novit curia*, respecto del cual el control de convencionalidad es un parámetro fundamental. Este último es un proceso dirigido a desentrañar y fijar el sentido de la norma internacional, contenida en cualquier instrumento que resulte obligatorio para el Estado argentino, con la finalidad de verificar la adecuación y ajuste de la aplicación de la norma interna respecto de aquella²¹. Por ello, la decisión de juez concursal de primera instancia, ratificada por la Corte Federal, confirma que toda acción u omisión al interés superior del niño y a la protección de su salud constituye un acto contrario a los derechos humanos fundamentales de carácter constitucional.

Además, citando algunos de sus precedentes, la Corte recuerda que: "(...) la Constitución Nacional -y los instrumentos internacionales incorporados a ella- asume el carácter de una norma jurídica y, en cuanto reconoce derechos, lo hace para que estos resulten efectivos y no ilusorios, sobre todo cuando se encuentra en juego un derecho humano fundamental"²². Ello denota que la protección internacional acordada a la dignidad y a la salud de los niños, niñas y personas con discapacidad importa una norma vinculante, operativa y con perspectiva de no regresividad que ameritaba la decisión tomada.

Por último, no puedo omitir que, en sus medulosos votos, los Dres. Medina y Rosatti también analizaron la eventual responsabilidad internacional del estado argentino en caso de tomarse una decisión distinta.

La Dra. Medina señaló: "(...) la obligación que los tratados de derechos humanos imponen a los Estados Parte, alcanza a todos aquellos que se encuentren bajo su jurisdicción, tal como se ha planteado en distintas Observaciones Generales de los distintos Comités de seguimiento de los Tratados Internacionales en la materia, que constituyen los intérpretes autorizados de cada uno de los respectivos pactos en el plano internacional y cuya interpretación debe ser tenida en cuenta ya que comprende las "condiciones de vigencia" de esos instrumentos internacionales que poseen jerarquía constitucional en los términos del art. 75, inc. 22 de la Constitución Nacional (Fallos: 332:709)"²³; y por su parte, el Dr. Rosatti dijo: "(...) la Convención sobre los Derechos del Niño y la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad

²¹ Para mayor abundamiento, véase PALACIO DE CAEIRO, Silvia B., "Constitución Nacional en la doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación", La Lev. Bs. As. 2011, p. 87 v ss.

²² Véase Considerando n.º 14 del fallo comentado.

²³ Véase Considerando n.º 15 del Voto de la Dra. Medina.

reconocen que los niños discapacitados se encuentran en una situación de particular vulnerabilidad, lo que demanda una protección especial de parte del Estado, la familia, la comunidad y la sociedad, y estas obligaciones reforzadas tienen por fin garantizar que aquellos gocen de los derechos humanos fundamentales reconocidos en esos instrumentos y en el resto de las normas nacionales e internacionales. La Convención Americana sobre Derechos Humanos, por su parte, recepta la misma consideración al establecer que los niños tienen derecho a medidas especiales de protección, esto es, medidas que su condición de menor requieran por parte de su familia, de la sociedad y del Estado⁷²⁴.

En este caso en particular, el Poder Judicial -actor en nombre de la República Argentinano podía mantener la validez del régimen nacional de privilegios concursales, y de esa manera permitir que los acreedores hipotecarios del ente sanatorial cobraran su crédito con anterioridad a B. M. F., so pena de incurrir en un acto reprochable en la comunidad internacional.

Las decisiones jurisdiccionales de los jueces pueden ser fuente directa de responsabilidad estatal internacional. Sentenciar en clave de derechos humanos es hoy -y desde hace ya varios años- un deber funcional y constitucional de los magistrados.

Entonces, para reconocer el carácter privilegiado y prioritario del crédito indemnizatorio de B. M. F. era menester descartar por inconstitucional la aplicación del art. 239, primer párrafo, de la LCQ. En un mar tan peligroso y fatalista, no se avizora otro puerto más seguro que el de la Antártida.

2. Algunas consideraciones en torno al voto de la minoría.

A tenor que la cuestión propuesta fue sustancialmente análoga a la debatida y resuelta en la causa "Asociación Francesa", los Dres. Highton de Nolasco y Lorenzetti refirieron a las conclusiones allí expuestas, por razones de brevedad.

En resumidas palabras, su postura se basó en los siguientes argumentos:

a. Las Convenciones sobre los Derechos del Niño y sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad consagran un mandato general de mayor protección constitucional que implica obligaciones a cargo del Estado, lo que no autoriza a reconocer judicialmente un privilegio a un crédito quirografario. Además, los tratados internacionales no prevén ni determinan en qué ámbitos y con qué alcance se hará efectiva esa especial protección, la que queda reservada entonces a cada uno de los Estados.

A ese lineamiento argumental puede contestarse que si bien es cierto que el estado, al firmar y ratificar un tratado internacional, es el responsable principal y directo en caso de incumplimiento de sus cláusulas, no debe perderse de vista que el Poder Judicial constituye ese estado y que, sus decisiones -junto a la de los otros poderes institucionales-pueden acarrear responsabilidad ante la comunidad internacional.

Luego de efectuar el test de convencionalidad y advertir -por parte del magistrado de primera instancia y, luego, por la propia CSJN- que el régimen de privilegios concursales se encontraba reñido con las normas internacionales de protección de los derechos del niño y de las personas con discapacidad en este caso en particular, se decidió declarar la

²⁴ Véase Considerando n.º 12 del Voto del Dr. Rosatti.

inconstitucionalidad de las normas nacionales y otorgar preferencia de cobro al crédito de extrema urgencia y necesidad del incidentista. El Juez no sólo hizo eso. De hecho, integró el derecho y "llenó" la laguna jurídica existente, al establecer el asiento de ese privilegio especial en los bienes del establecimiento sanitario donde B. M. F. fue atendido y afectado.

La decisión se tomó para el caso en concreto. Y la misma fue tan atinada -tanto desde el valor justicia como desde tecnicismo jurídico- que, al resolver, la Corte hizo expresa referencia a los términos de la sentencia del juez concursal. La Corte dijo: "(...) atento a la citada situación de vulnerabilidad (...) que requiere de una solución que la atienda con urgencia, al tiempo transcurrido desde el reconocimiento del crédito por los daños y perjuicios sufridos, y a la duración que tuvo el trámite del presente incidente de verificación, corresponde que este Tribunal (...) ponga fin a la discusión en examen y fije para el crédito de B.M.F. el privilegio especial de primer orden en los términos en que fue reconocido por el juez de primera instancia".

b. Romper el régimen legal de privilegios y crear un sistema paralelo, contra legem, discrecional y casuístico puede conllevar un fuerte impacto negativo para la seguridad jurídica en general y podría afectar los derechos de terceros acreedores, que también pueden ser titulares de derechos alimentarios.

Considero que en virtud de lo decidido, la CSJN "no rompió" el régimen de los privilegios establecidos en la ley nacional concursal. Ello hubiera acontecido en el supuesto en que se hubiese modificado la propia ley que establece el régimen actual de preferencias de pago, cuestión que -constitucionalmente- no podría suceder conforme nuestro sistema de división institucional de poderes, mediante el dictado de un acto de decisión del Poder ludicial.

Se falló para este caso en concreto en función de las excepcionalísimas condiciones de urgencia y necesidad del incidentista.

Según sentados criterios de control de constitucionalidad y convencionalidad, todo magistrado debe efectuar ese test en un caso en concreto y siempre que la ofensa y repugnancia de la ley con el bloque de constitucionalidad sea grave, manifiesta y patente. Esos presupuestos fueron verificados en la causa, lo que importó que el tribunal de justicia no aplicara cierta norma en ese caso en particular.

Reitero, con este pronunciamiento la CSJN ha sentado un importante precedente que conforme nuestro sistema constitucional y legal vigente, no importa una modificación general y abstracta de la normativa de privilegios concursales a aplicar en casos venideros.

No obstaste ello, la sentencia dictada demuestra una realidad: debido a la proliferación de casos como el resuelto, en la República Argentina se requiere una revisión del orden legal de privilegios concursales que contemple al acreedor involuntario²⁵.

Esa laguna jurídica del derecho concursal interno, en disonancia con el derecho internacional, también importó afectación de los derechos de los demás acreedores de la fallida

²⁵ Repárese que, en países como España y Estados Unidos, la situación de los acreedores involuntarios ya tiene consagración legal expresa. Al efecto, véase BORETTO, Mauricio (2012), Ob. Cit. p. 5.

en lo que respecta a la seguridad jurídica. B. M. F. logró tener un pronunciamiento firme respecto de la preferencia de cobro de su acreencia después de litigar -en sede concursal- por mucho más de diez años, tiempo en el que los acreedores hipotecarios del ente sanatorial quebrado tampoco pudieron hacerse de su crédito. Si el derecho interno hubiese tenido una norma expresa que contemplara el privilegio (general o especial) del crédito de los acreedores involuntarios -tal como lo pregona cierta doctrina-, la solución del litigio hubiese sido más pronta para todos los interesados.

c. Las normas de las convenciones internacionales que tutelan a niños y personas con discapacidad están dirigidas al Estado, para que implemente las políticas públicas necesarias para cumplir tales fines. El Poder Judicial no debe sustituir al legislador a la hora de fijar en qué ámbitos debe efectivizarse aquella mayor protección constitucional, o decidir qué políticas públicas deben implementarse en materia de protección de la niñez o de la discapacidad.

Al fallar el caso, la CSNJ no se arrogó -con carácter permanente ni de manera absolutapotestades privativas del poder legislativo. Resolvió un caso según normas de contenido supralegal incorporadas a nuestra Constitución Nacional.

Esas mismas normas que obligan al estado argentino a adoptar medidas positivas y eficientes para el logro de los derechos y prerrogativas consagrados en sus textos.

La propia Corte ha dicho: "(...) los menores, máxime en circunstancias en las que se encuentra comprometida su salud y su normal desarrollo, a más de la especial atención que demandan de quienes están directamente obligados a su cuidado, requieren también a de los jueces y de la sociedad toda"²⁶ ¿Qué otra medida más eficaz podría haberse tomado, sin incurrir en una eventual responsabilidad internacional por no haber aplicado el derecho incorporado a nuestra Constitución?

V. Reflexión final.

Los acreedores involuntarios del proceso concursal llegaron a la Corte. El derecho internacional de los derechos humanos continúa inmiscuyéndose en campos en los que unos años atrás era impensada su influencia. La sociedad sigue moviéndose, y el orden jurídico parece alcanzarla.

El fallo comentado sienta un gran precedente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, una sentencia que -por mayoría- procura acercar la justicia al caso en concreto; una resolución que se aleja de una férrea postura exclusivamente patrimonial para centrarse en la dignidad de la persona del justiciable.

Resta aún transitar un largo camino. Siguiendo a Junyent Bas y Marcos, "hasta tanto el legislador asuma su deber y tome cartas en este delicado asunto sobre los derechos patrimoniales de quienes se encuentren en estado de extrema vulnerabilidad y sobre la preferencia de cobro de sus créditos ante la insolvencia del deudor, sólo va a encontrar cierto cauce y contención a partir del análisis de cada caso, sin que el excepcional corrimiento del régimen legal taxativo de los privilegios -ratificado como tal por el codificador del año 2015- se deba interpretar como la desaparición del régimen de numerus clausus que regía y rige la temática de los privilegios"²⁷.

²⁶ Fallos 327:2127; 331:2691 y 335:452.

²⁷ JUNYENT BAS, Francisco A. y MARCOS, Fernando J. (2019): Op. cit. p. 2.

Las obligaciones nacen para ser cumplidas, y si el plexo de derechos humanos incorporados a la Constitución Nacional otorga especial protección a créditos que hacen a la dignidad de los niños y niñas y de las personas con discapacidad, ni el derecho concursal ni ninguna otra rama de la legislación nacional debe hacer oídos sordos a aquellas mandas.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BORETTO, Francisco, "El fenómeno de la "Constitucionalización" del derecho privado en la Argentina y su impacto en el ordenamiento jurídico falencial", RDCO 256, 01/09/2012, 341, Cita Online: AR/DOC/9455/2012.
- JUNYENT BAS, Francisco, "Se abrió el cielo. A propósito de los daños a la salud del menor y la inconstitucionalidad del régimen de privilegios concursales", LA LEY 24/09/2007, 24/09/2007, 5, LA LEY2007-E, 552, Cita Online: AR/DOC/2741/2007.
- JUNYENT BAS, Francisco A. y MARCOS, Fernando J., "Los privilegios concursales frente a la vulnerabilidad del "acreedor involuntario"", LA LEY 27/02/2019, 27/02/2019, Cita Online: AR/DOC/187/2019.
- JUNYENT BAS, Francisco A.; MOLINA SANDOVAL, Carlos A., "Ley de Concursos y Quiebras Comentada", Abeledo-Perrot, 3° ed., Buenos Aires, 2011.
- OLMO, Juan Pablo y SCASSERRA, Selene I., "Mezcla rara de infancia, discapacidad, privilegios concursales, acreedores involuntarios y conjueces. ¿Qué justicia queremos?", SJA 22/05/2019, 22/05/2019, 19. Cita Online: AR/DOC/1439/2019;
- PALACIO DE CAEIRO, Silvia B., "Constitución Nacional en la doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación", La Ley, Bs.As., 2011.
- RIBERA, Carlos E., "El acreedor involuntario con privilegio especial", LA LEY 12/04/2019, 12/04/2019, 5 - LA LEY2019-B, 290 - DFyP 2019 (mayo), 10/05/2019, 147. Cita Online: AR/DOC/835/2019.
- YUBA, Gabriela, *"El Estado y el deber de proteger a los sujetos vulnerables"*, SJA 22/05/2019, 22/05/2019, 32 DFyP 2019 (junio), 28/06/2019, 215 DFyP 2019 (agosto), 08/08/2019, 172, Cita Online: AR/DOC/1301/2019.

DERECHO A LA SALUD: RECURSO EXTRAOR-DINARIO Y ARBITRARIEDAD

RIGHT TO HEALTH: EXTRAORDINARY APPEAL AND ARBITRARY JUDGEMENTS

Luciana Eleas¹ y Enzo Pautassi²

DOI: https://doi.org/10.37767/2591-3476(2020)30

Comentario a

C. R. E. c/ Obra Social del Poder Judicial de la Nación

Corte Suprema de Justicia de la Nación

Disponible en

https://bit.ly/3i1U2M5

RESUMEN:

El caso en análisis, que plantea un conflicto entre un particular y su obra social por la cobertura de una prótesis importada, nos remite a cuestiones que, están íntimamente ligadas con el derecho a la salud, tanto de índole procesal como sustancial.

Ello así, analizaremos - en primer lugar - las nociones fundamentales sobre el derecho a la salud y particularmente su vinculación con los conflictos entre afiliados y obras sociales. Por otra parte, ahondaremos en la acción de amparo como la vía idónea para encaminar los reclamos tendientes a obtener la tutela efectiva del derecho a la salud. Profundizaremos las exigencias para su admisibilidad y revisaremos si las limitaciones procesales propias de aquella acción son compatibles con el derecho de defensa de las obras sociales. Nos abocaremos también al estudio del criterio de nuestro Supremo Tribunal con respecto de arbitrariedad de sentencias denegatorias de recursos.

Por último, analizaremos el voto en disidencia del Dr. Rosatti y las cuestiones procesales derivadas del mismo.

ABSTRACT

The case under analysis, which raises a conflict between a person and his health insurance for the coverage of an imported prosthesis, refers us to issues that are closely linked to the right to health, both procedural and substantial in nature.

In this way, we will analyze - in the first place - the fundamental notion saboutt he right to health and particular lyits link with the conflicts bet ween affiliates and health insurance companies.

¹ Abogada (UNT); Magister en Derecho Empresario Económico (UCA); Diplomada en Derecho Privado (UNR), Maestrando en Magistratura y Derecho Judicial (UA); Especialista en Derecho Procesal Civil (UBA). Se desempeña como Jueza Civil y Comercial – Centro Judicial Monteros, Poder Judicial de Tucumán. Mail: eleasluciana@gmail.com. ORCID iD: https://orcid.org/0000-0001-8268-0617

² Abogado (UNT), Especialista en Derecho Procesal Civil (UBA), Especialista en Gestión y Administración de Justicia (UBA). Se desempeña como relator de Cámara Civil en Documentos y Locaciones – Centro Judicial Capital - Tucumán Mail: enzopautassi@yahoo.com.ar. ORCID iD: https://orcid.org/0000-0002-1409-9836

On the other hand, we will delve into the amparo proceedings as the ideal way to direct claims aimed at obtaining effective protection of the right to health. We will deepen the requirements for its admissibility and review if the procedural limitations of that action are compatible with the right of defense of health insurance companies.

We will also study the criteria of our Supreme Court regarding arbitrariness of judgments denying appeals.

Finally, we will analyze the dissenting vote of Rosatti and the procedural issues derived from it.

PALABRAS CLAVE: Salud; vida; amparo; obras sociales; recurso extraordinario; sentencia arbitraria.

KEY WORDS: Health; life; amparo proceedings; health insurance; extraordinary appeal; arbitrary judgements.

I. Introducción

El actor dedujo una acción de amparo dirigida a obtener la inmediata internación e implante de una endoprótesis aórtica unimodular, en razón de haber sido diagnosticado con un aneurisma aórtico abdominal con riesgo de desgarro y consecuentemente, de muerte.

La Fundación Favaloro - establecimiento en el que el demandante había recibido un doble trasplante de riñón - indicó que en la operación debía utilizarse una prótesis importada, ya que, por sus características técnicas, no comprometería la arteria del riñón trasplantado.

La obra social se opuso a la adquisición del insumo importado invocando la resolución 781/2016, según la cual la institución debía hacerse cargo del insumo de menor valor del mercado local.

Sin embargo, la operación se realizó en cumplimiento de una medida cautelar decretada por el juez de primera instancia, luego de lo cual la cuestión fue declarada de puro derecho.

Finalmente, al resolver el fondo del asunto (que quedó circunscripto a dilucidar si el actor debía hacerse cargo de la diferencia entre el valor autorizado por la obra social y el del insumo que finalmente obtuvo), el juez de primera instancia admitió el amparo y condenó a la demandada a hacerse cargo de la cobertura integral de la prestación realizada.

Para ello tuvo en cuenta que la obra social no había acreditado que el insumo nacional - que era distinto al indicado por el médico tratante, resultaba similar al importado, o al menos adecuado para las necesidades del actor - o bien que, dados los antecedentes de salud del señor C. el procedimiento indicado hubiera podido ser realizado en las mismas condiciones en otro centro que no fuera la Fundación Favaloro, donde se le había brindado tratamiento desde 2010.

Por tal razón, el juez calificó a la conducta negativa de la demandada conjuntamente con su omisión de producir prueba idónea y consideró que la conducta de la obra social califi-

caba como una "arbitrariedad manifiesta", en razón de que había conducido a su afiliado a un estado de indefensión y desamparo que vulneraba sus derechos fundamentales a la salud y a la vida, expresamente reconocidos por la CN.

La obra social demandada apeló la sentencia de grado y la Sala I de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal declaró la deserción del recurso interpuesto, argumentado que los agravios de la obra social no rebatían los fundamentos dados en el fallo, toda vez que sus términos eran similares a los formulados en ocasión de contestar la demanda y expresar agravios con motivo de la medida cautelar dictada en la causa.

Contra ese pronunciamiento, la entidad dedujo el recurso extraordinario, cuya denegación dio origen a la queja, en la que la apelante aduce que la Cámara dejó sin responder serias alegaciones relacionadas con el apartamiento del juez de grado de las disposiciones del estatuto de la obra social, así como de las resoluciones que determinan el alcance de su responsabilidad.

En el fallo en análisis, la CSJN por mayoría compuesta por los Dres. Rosenkrantz, Highton De Nolasco, Lorenzetti y Maqueda resolvió hacer lugar a la queja por considerar arbitrario el rechazo del recurso extraordinario en razón de que la Cámara omitió tratar los argumentos esgrimidos por la demandada.

En cambio, el Dr. Rosatti, en su disidencia, rechazó el recurso. En tal sentido, afirmó que es facultad privativa de los jueces de la causa examinar las apelaciones que llegan a sus estrados, y por lo tanto ajena, como principio, a la instancia extraordinaria. Además, invocó la ausencia de arbitrariedad en razón de que la demandada no cuestionó el decreto que declaró la cuestión de pleno derecho ni ofreció prueba tendiente a acreditar su derecho.

II. El derecho a la salud

1. Noción

En el caso en análisis, se debatió sobre el derecho a la salud del actor quien - en una situación clínica compleja, con un antecedente de trasplante de ambos riñones y riesgo actual de muerte - reclamó la cobertura íntegra de un insumo importado que finalmente le fue colocado antes de la sentencia de fondo como consecuencia del dictado de una medida cautelar.

Es preciso resaltar - previo a todo análisis - que derecho a la salud, es un derecho humano fundamental, pues es a través del mismo que se ejercen diversos derechos como a la vida, a la dignidad, a la integridad física y psicológica, entre otros.

En el ámbito constitucional interno, siempre se reconoció el derecho a la salud como una derivación del derecho a la vida y como dice Morello a la "vida digna³" entre los derechos implícitos que surgían del art. 33 CN. En efecto, el Derecho a la Salud en Argentina se encuentra totalmente relacionado a la garantía constitucional del "Derecho a la Vida" ya que, si tomamos a la persona como el eje del sistema social y jurídico, dentro de su

³ MORELLO, Augusto, 2000, "El derecho fundamental a la vida digna", ED, 24-11-2000.

concepción integral, vemos que el derecho a la vida es el primer derecho de la persona humana reconocido en nuestra Carta Magna.

Con la reforma de 1994, el derecho a la salud fue incorporado a nuestro texto constitucional, pero - además - el mismo se encuentra garantizado por tratados internacionales con jerarquía constitucional enumerados en el en el art. 75, inc. 22 de la CN.

Así, en la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, en su art. 25.1 se dice "Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios".

El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) (1966) en su art. 12 prevé que los Estados reconocen el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental y se obligan a tomar medidas para asegurar la plena efectividad de este derecho, entre las que se encuentra "la creación de condiciones que aseguren a todos asistencia médica y servicios médicos en caso de enfermedad". Cabe destacar que este Pacto no obliga a que el Estado se haga cargo de toda cobertura, basta para cumplir la obligación que toda persona pueda acceder a servicios de salud, teniendo en cuenta si fuera necesario, su capacidad contributiva, dada la finalidad de equidad que caracteriza el paradigma del derecho social.

Por otra parte, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (1948), dispone en su art. XI que "toda persona tiene derecho a que su salud sea preservada por medidas sanitarias y sociales, relativas a...la asistencia médica correspondiente al nivel que permitan los recursos públicos y los de la comunidad".

La Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica) reconoce en su art. 4 el derecho a la vida y el art. 5 el derecho a la integridad personal, física, psíquica y moral.

En definitiva, a través de estas normas se ha determinado que el derecho a la salud, comprende entre otros, el acceso a la atención: 1) a la consulta inicial en el momento oportuno, 2) acceso a tratamiento, medicamentos e insumos requeridos en el momento oportuno; 3) información completa sobre la norma que rige la atención; información disponible para el procedimiento de queja; 4) trato adecuado y no discriminatorio.

En nuestro país, la definición y extensión del derecho a la salud ha sido amplia, profunda y reiteradamente analizada la CSJN⁴, que ha sostenido que "el derecho a la vida es el primer derecho natural de la persona humana preexistente a toda legislación positiva que resulta garantizado por la Constitución Nacional"⁵ y consecuentemente "...que la vida de los individuos y su protección -en especial el derecho a la salud- constituyen un bien fundamental en sí mismo, que, a su vez, resulta imprescindible para el ejercicio de la autonomía personal. El derecho a la vida, más que un derecho no enumerado en los términos del art. 33 de la Ley Fundamental, es un derecho implícito, ya que el ejercicio de los derechos reconocidos expresamente requiere necesariamente de él y, a su vez, el

⁴ CSJN, "Orlando, Susana Beatriz c/ Buenos Aires, Provincia de y otro s/ amparo, pronunciamiento", sent. del 24- 05- 2005, y S.730.XL "Sánchez, Norma Rosa c/ Estado Nacional y otro s/ acción de amparo", sent. Del 20-12-2005.

⁵ CSJN, Fallos: 302:1284; 310:112; 323:1339.

derecho a la salud - especialmente cuando se trata de enfermedades graves - está íntimamente relacionado con el primero y con el principio de autonomía personal, toda vez que un individuo gravemente enfermo no está en condiciones de optar libremente por su propio plan de vida⁶.

Asimismo, la Corte ha entendido que existe una obligación impostergable de la autoridad pública de garantizar ese derecho con acciones positivas, sin perjuicio de las obligaciones que deban asumir en su cumplimiento las jurisdicciones locales, las obras sociales o las entidades de la llamada medicina prepaga^{7"}.

En definitiva, el Alto Tribunal ha construido una suerte de doctrina, formulando una serie de principios en materia de derecho a la salud, entre los cuales, pueden enunciarse:

- El derecho a la salud no es meramente teórico de carácter programático⁸.
- A partir de los dispuesto en los tratados internacionales de derechos humanos incluidos en el art. 75, inc. 22. CN, se ha reconocido el derecho a la preservación de la salud, además de haberse destacado el carácter impostergable de la obligación asumida por la autoridad pública de garantizar ese derecho mediante acciones positivas⁹.
- El art. 12 PIDESC reconoce el derecho de todas las personas a disfrutar del más alto nivel posible de salud física y mental, así como el deber de los Estados parte de procurar su satisfacción¹⁰.
- La protección del derecho a la salud es una obligación impostergable del Estado Nacional de inversión prioritaria¹¹.

2. Las obras sociales y los derechos del paciente

Conforme a lo analizado precedentemente, podemos afirmar que la actividad médica se encuentra íntimamente relacionada con los derechos humanos reconocidos internacionalmente y en nuestro país a nivel constitucional, como el derecho a la salud.

De allí que las obras sociales, las instituciones médicas, o en su caso el médico, son responsables no sólo por la prestación del servicio, sino también porque éste debe ser prestado de manera tal que con la deficiencia de la prestación efectuada no se ocasione daño a la salud del paciente.

Puntualmente, podemos definir a las Obras Sociales como organizaciones constituidas mediante el aporte obligatorio de sus afiliados y empleadores, que tienen necesidad de inscripción en un registro especial, sujetas a contralor estatal, e integradas en el sistema nacional de salud, cuyos fines son la prestación de servicios de salud y sociales a los afiliados¹².

Al respecto de las mismas, la Corte Suprema ha señalado que en su actividad ha de verse una proyección de los principios de seguridad social, a la que el artículo 14 de la

⁶ CSJN, "F. A. C. y otro por sí y en representación de su hijo menor H. L. E. c/ Estado Nacional s/ Amparo", sent. Del 11-07-2006, Cita: MJ-JU-M-72499-AR | MJJ72499.

⁷ CSJN, Fallos: 321:1684; 323:1339; 324:3569.

⁸ CSJN, Fallos 324:754, sent. del 13-3-2001, in re "Hospital Británico de Buenos Aires v. Estado nacional - Ms y AS".

⁹ CSJN, Fallos 321:1684, in re "Asociación Benghalensis", con mayoría y votos concurrentes y remisión al dictamen del Sr. Procurador General de la Nación.

10 CSJN, Fallos 332:3235, sent. del 24-10-2000, in re "Campodónico de Becviacqua. Ana v. Min. Salud - Sec. Programa de Salud y Bco. de Drogas Neoplásicas".

¹¹ CSJN, Fallos 319:3040. 17/12/1996. "R. E. v. Policía Federal. s/ amparo".

¹² MOSSET ITURRASPE, LORENZETTI, 1991, "Contratos Médicos", p. 342.

CN confiera un carácter integral, que obliga a apreciar los conflictos originados por su funcionamiento con un criterio que no desatienda sus fines propios, ni subestime la función que compete a los profesionales que participen en la atención brindada". Asimismo, aclaró que "la función específica y la obligación primordial de la obra social consiste en la prestación médica y óptima. Para eso cuenta con la afluencia de medios económicos que administra a fin de organizar adecuadamente tal servicio, y para ello ha de contemplarse la competencia, idoneidad y dedicación de los profesionales que se incorporen al mismo, incluidos los especialistas, como así también el de toda infraestructura médica¹³".

El régimen legal de las obras sociales está básicamente constituido por las leyes 23.660 y 23.661; puesto que es un agente natural del Sistema Nacional del Seguro de Salud, su conducta está enmarcada, además, por el conjunto normativo complementario del tal sistema, que debe ser interpretado y aplicado a la luz del principio constitucional que protege el derecho a la salud de usuarios y consumidores (art. 42, primer párrafo CN).

En efecto, la protección constitucional del referido derecho se despliega en dos campos: el de los derechos patrimoniales - la seguridad de que el usuario o consumidor no sufra daño a sus intereses económicos y reciba un trato equitativo y digno - y el de los derechos personales- la seguridad de no sufrir menoscabo en la salud o en la vida¹⁴.

III. Acción de amparo y su vinculación con el derecho a la Salud

1. El amparo su regulación normativa

El amparo constituye un proceso realmente simplificado, tanto en su aspecto temporal como en cuanto a sus formas. Así ocurre porque su principal objeto es reparar la lesión a un derecho constitucional de modo urgente y eficaz.

Se trata, claramente, de un medio de impugnación extraordinario, que surgió en nuestro país a raíz de las emblemáticas sentencias dictadas por la CSJN en los casos "Siri" (1957) y "Kot"(1958), donde se construyó en forma pretoriana el amparo contra actos estatales ("Siri") y contra actos de particulares ("Kot").

Si bien, con posterioridad a estas sentencias, se sancionó la ley 16.986, por la cual se regularon distintos aspectos procesales del amparo contra actos de autoridades públicas (en el año 1966), quedando en el CPCCN un juicio sumarísimo frente a actos de particulares, fue recién la reforma constitucional de 1994 la que produjo cambios significativos, que vinieron a limitar ciertas previsiones extremadamente restrictivas que contenía la ley de amparo.

En efecto, el art. 43 de la CN actualmente establece que "toda persona puede interponer acción expedita y rápida de amparo, siempre que no exista otro medio judicial más idóneo, contra todo acto u omisión de autoridades públicas o de particulares, que en forma actual o inminente lesione, restrinja, altere o amenace, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, derechos y garantías reconocidos por esta Constitución, un tratado o una ley...".

Tal como expresan Morello y Vallefín, "el amparo constituye una manifestación de la facultad jurídica consistente en acudir ante un órgano jurisdiccional solicitando la con-

¹³ CSJN, Fallos 306:187.

creción de determinada consecuencia jurídica: la tutela, declaración o reconocimiento de un derecho o pretensión jurídica mediante la eliminación de la lesión constitucional" y con miras a la efectiva tutela de los derechos en juego, la actual regulación del amparo estipula su aplicación tanto a los actos lesivos provenientes de autoridad pública como también de los de particulares¹⁵.

Por lo tanto, podemos sostener que el amparo, además de ser una acción, es un derecho constitucional que llama a los Tribunales a intervenir proactivamente, en este caso, a un reclamo efectivo al derecho a la salud, calidad de vida y dignidad de las personas afiliadas a obras sociales o de medicinas prepagas en donde se encuentra en juego el orden público.

2. Acción de amparo como la vía procesal más idónea para tutelar el derecho a la salud.

La CSJN indicó reiteradamente en sus pronunciamientos que la vía del amparo aparece apta, para la tutela inmediata del derecho a la salud, contemplado en nuestra Carta Magna, en virtud de la incorporación de los tratados internacionales mencionados en el art. 75, inc. 22¹⁶.

Ha explicitado, asimismo, la imprescindible necesidad de ejercer esa vía excepcional para la salvaguarda del derecho fundamental de la vida y de la salud¹⁷, en razón de que "el derecho a la vida es el primer derecho natural de la persona humana preexistente a toda legislación positiva que resulta garantizado por la Constitución Nacional¹⁸.

3. Admisibilidad de la acción de amparo y las limitaciones al derecho de defensa de las obras sociales

Hasta aquí tenemos que, según la CSJN, el amparo es la vía idónea para canalizar reclamos vinculados con el derecho a la salud, en razón de la relevancia de este derecho vinculado íntimamente con el derecho a la vida.

Pero lo cierto es que, aún en los casos como el que se analiza en el presente, en los que se debate el conflicto entre una obra social y un particular (paciente y afiliado a la obra social), debemos plantearnos como interrogante, la idoneidad del amparo como vía apropiada para garantizar no sólo el derecho fundamental a la salud por el que reclama el actor, sino además el derecho de defensa del demandado, respetando la igualdad de las partes en el proceso.

En efecto, tal pugna de derechos constitucionales exige, de parte del magistrado un exhaustivo análisis de admisibilidad previo a proveer el escrito de demanda, en el cual deberá evaluar el cumplimiento de las exigencias previstas en el artículo 43 CN, es decir la inexistencia de otra vía más idónea, sumada a eventual vulneración de un derecho constitucional como consecuencia de una conducta arbitraria o manifiestamente ilegitima de la demandada. La ausencia de estos requisitos, determina indudablemente la inhabilidad de la vía procesal del amparo.

¹⁵ MORELLO, y VALLEFÍN, 2002., El amparo. Régimen procesal, p. 6.

¹⁶ CSJN, "Asociación Bengalensis y otros c/ Ministerio de Salud y Acción Social - Estado Nacional s/ amparo ley 16.986", sent. del 01/06/2000.

¹⁷ CSJN, Fallos: 325:292 y sus citas.

¹⁸ CSJN, Del dictamen de la Procuración General, al que remitió la Corte Suprema en "F. A. C. y otro por sí y en representación de su hijo menor H. L. E. c/ Estado Nacional s/Amparo", sent. del 11-07-2006, Cita: MJ-JU-M-72499-AR | MJJ72499.

Ahora bien, si se demostrara la procedencia procesal del amparo, es preciso que el mismo - aunque se trate de un proceso urgente - se desarrolle como un verdadero proceso de conocimiento con la consecuente posibilidad para la demandada de ofrecer y producir la prueba que respalde su derecho y que garantice el contradictorio. Posibilidad que claramente se verá condicionada si se encuentra el riesgo la vida del paciente.

Es que el amparo como acción urgente evidencia restricciones procesales que se ven reflejadas en el fallo en estudio, en el cual la demandada formula queja en razón de considerar arbitraria la sentencia que le deniega el recurso extraordinario por falta de fundamentación.

Recordemos que la entrega de la prótesis importada que reclamó el actor fue concedida antes de la sentencia de fondo por medio de una cautelar, luego de la cual, la cuestión se declaró de puro derecho.

Justamente, esta circunstancia que agota la finalidad del proceso omitiendo la apertura a prueba del mismo, pone en evidencia - al menos en abstracto - aquellas restricciones procesales a las que referimos y las eventuales limitaciones al derecho de defensa que ellas conllevan en un proceso tan urgente y acotado en el tiempo como el amparo.

Claramente, estas restricciones fueron contempladas en el fallo de la Corte que finalmente refiere, como fundamento de su decisión, a la omisión del tratamiento de los argumentos esgrimidos por la demandada- tanto en primera instancia como en la Alzada - lo que, en definitiva, determinó la suerte positiva de la queja interpuesta por ésta.

Al respecto - por su vinculación con la cuestión en estudio - traemos a colación una sentencia emitida por el Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires en los autos: "Ayuso Marcelo Roberto y otros c/ Obra Social de la Ciudad de Buenos Aires s/ amparo(art. 14 CCABA) s/ recurso de inconstitucionalidad concedido¹⁹", en tanto allí tuvo lugar un amplio debate al respecto de la admisibilidad de la acción de amparo que contempla la necesidad de tutelar tanto el derecho a la salud del actor como el derecho de defensa del demandado.

En efecto, en el fallo citado la mayoría compuesta por los Dres. Lozano, Conde y Maier decidió hacer lugar al recurso de inconstitucionalidad interpuesto por la obra social demandada y revocar la sentencia que consideró que la negativa de la ObSBA de solventar el 100% del costo de un tratamiento de fertilización in vitro exigido por los actores configura una ilegalidad manifiesta, que lesiona derechos y garantías fundamentales del actor.

En su voto, el Dr. Lozano reconoció que quien formula la impugnación a la sentencia definitiva que admite la vía del amparo, tiene la posibilidad y la carga de demostrar que esa admisión redundó en una restricción de sus derechos, de modo tal que la sentencia de fondo resolvió como lo hizo influida por las limitaciones procesales del amparo.

Asimismo, afirmó que las instancias de mérito no analizaron en forma adecuada los argumentos planteados por la recurrente y le impidieron, sin justificación válida, producir medios de prueba en apoyo a sus dichos, privando a la sentencia de suficiente

fundamento ante la ausencia de pruebas capaces de acreditar los hechos que los jueces tuvieron por probado. Concluyó que, justamente, frente a las pretensiones en las que se encuentra en juego un derecho fundamental de especial importancia, como el de la salud, se deben extremar las posibilidades del debate.

En igual sentido, la Dra. Conde razonó que resulta evidente que el debate sobre la exigibilidad de un derecho de los actores al tratamiento de fertilización extracorpóreo que solicitan, quedó sometido a limitaciones probatorias que no encuentran justificación en la normativa aplicable sobre todo si se repara en que no existe en el caso un riesgo para la vida o integridad física de la paciente, ni se encuentra en juego la continuidad de un tratamiento terapéutico. Además, resalta que ha quedado probado que la prestación solicitada por los actores no está, a la fecha del reclamo, incluida dentro del Plan Médico Obligatorio, lo que demuestra la ausencia de arbitrariedad.

Y concluye su voto afirmando se le ha impedido a la parte demandada ejercer con amplitud su derecho de defensa, ya sea por no permitirle desarrollar determinadas pretensiones o defensas que ha enunciado, o la producción de ciertas medidas probatorias. A su turno, el Dr. Maier también consideró que el amparo no es la vía idónea para tramitar esta causa, porque la pretensión no fue dirigida contra un acto dictado con arbitrariedad e ilegalidad manifiesta, y explicó que aplicar las reglas del amparo en el caso significa un menoscabo a la defensa posible del demandado, que también es un derecho garantizado constitucionalmente (art.13, inc.3, CCBA y art.18CN).

En definitiva, con la cita de este fallo pretendemos demostrar que el abuso permanente de la vía expedita y rápida del amparo va acompañado del riesgo de tornarla auto frustrante, al vaciarla de toda especificidad y permitir la lesión de derechos fundamentales, tales como el derecho de defensa.

Es que la acción de amparo es una herramienta excepcional prevista por el ordenamiento jurídico exclusivamente para prevenir o subsanar lesiones a derechos exigibles, frente a la ilegalidad o arbitrariedad de una conducta lesiva, manifiesta. Son estas exigencias impuestas por las reglas del amparo las que permiten, excepcionalmente, justificar las limitaciones al ejercicio del derecho de defensa del demandado.

Justamente por ello entendemos que - acreditadas aquellas exigencias y admitida la vía procesal del amparo - los jueces tienen durante todo el curso del proceso, la obligación de garantizar el contradictorio resguardando la igualdad de las partes y permitiendo la amplitud en materia probatoria y de debate, evitando situaciones que provoquen un desequilibrio y puedan afectar los derechos fundamentales en juego. De lo contrario, no estarán en condiciones de emitir un pronunciamiento válido.

IV. Sobre el recurso extraordinario y el exceso de rigor formal. Sentencia arbitraria

1. El Recurso extraordinario

Sabido es que los recursos, sean ordinarios o extraordinarios, están sometidos a requisitos de admisibilidad, cuya inobservancia determina la ineficacia del acto; es decir, un juicio negativo de admisibilidad frustra el examen de fundabilidad del medio de impugnación y, por lo tanto, la revisión de la resolución judicial atacada, que, como derivación, queda firme.

Particularmente, el recurso extraordinario es formalmente admisible si se encuentran discutidos el alcance e interpretación de normas de carácter federal y la decisión definitiva del superior tribunal de la causa es contraria al derecho que el recurrente funda en ellas. Así se desprende del art. 14, inc. 3° de la ley 48²⁰.

Además, desde la causa "Strada, Juan L. c/ Ocupantes", de abril de 1986, la CSJN tiene decidido que sólo se concede el recurso extraordinario una vez agotadas las vías ordinarias y extraordinarias dentro del ordenamiento local²¹.

Ahora bien, los requisitos de admisibilidad están contemplados en los respectivos ordenamientos procesales. De modo que los errores que cometen los órganos judiciales al emitir el juicio de admisibilidad de los recursos configuran cuestiones de orden procesal ajenas, por regla, al recurso extraordinario federal (art. 14 ley 48). Excepcionalmente, la CSJN entra a conocer de la apelación federal, cuando al emitir el examen negativo de admisibilidad, un tribunal incurre en arbitrariedad²², tal cual ocurrió en el caso objeto de análisis.

2. La doctrina de la arbitrariedad

De acuerdo con el principio sustentado reiteradamente por la CSJN, la arbitrariedad de las sentencias no consiste en la mera disconformidad con la interpretación de la ley o la apreciación de las pruebas que efectúa el tribunal en ejercicio de facultades propias. Por el contrario, las sentencias arbitrarias son las "irregulares" o "anómalas", o "carentes de fundamentos suficientes para sustentarlas", "desprovistas de todo apoyo legal y fundadas tan sólo en la voluntad de los jueces que la suscriben²³".

Podemos señalar entonces que la arbitrariedad en la sentencia existe cuando en la misma no se expresan razones coordinadas y consecuentes, sino las mismas se contradicen entre sí, lo que ha de concluir en el absurdo notorio en la motivación y especialmente en la estructura lógica y legal del fallo.

Al respecto de las causales, que habilitan la declaración de sentencia arbitraria, la doctrina citada²⁴ las ha clasificado del siguiente modo:

• Las concernientes al objeto de la decisión:

- No decidir cuestiones planteadas.
- Decidir cuestiones no planteadas.

• Las concernientes al fundamento normativo de la decisión:

- Arrogarse, al fallar, el papel del legislador.
- Prescindir del texto legal sin dar fundamentos.
- Aplicar una norma derogada o aún no vigente.

²⁰ CSJN, "F. A. C. y otro por sí y en representación de su hijo menor H. L. E. c/ Estado Nacional | Amparo", sent. del 11-07-2006, Cita: MJ-JU-M-72499-AR | MJJ72499.

²¹ LA LEY, 1986-B, 476 - DJ, 986-II-211 - ED, 117-589.

²² TESSONE, Alberto, 2007, "El exceso ritual en el examen de admisibilidad de los recursos. Jurisprudencia reciente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación", Microjuris, Cita: MJ-DOC-3273-AR | MJD3273.

²³ CARRIÓ - CARRIÓ, 1983, "El recurso extraordinario por sentencia arbitraria", t. 1, p. 25.

²⁴ CARRIÓ - CARRIÓ, 1983, "El recurso extraordinario por sentencia arbitraria", p. 55 y ss.

• Las concernientes al fundamento de hecho de la decisión:

- Prescindir de prueba decisiva.
- Invocar prueba inexistente.
- Contradecir otras constancias de los autos.

• Las concernientes al fundamento normativo o de hecho o a la correspondencia entre ambos y la conclusión:

- Sustentar el fallo en afirmaciones dogmáticas o dar fundamentación aparente.
- Incurrir en excesos rituales.
- Incurrir en auto-contradicción.

· Las concernientes a los efectos de la decisión:

- Pretender dejar sin efecto decisiones anteriores firmes.

3. Arbitrariedad en materia de concesión de recursos. La doctrina del excesivo rigor formal. El supuesto del fallo en análisis

La regla en materia de decisiones que declaran desiertos recursos mediante los cuales el litigante busca obtener el pronunciamiento final del superior tribunal de la causa, es que las mismas no son revisables en tanto no resuelven el pleito y remiten al examen de cuestiones de hecho, prueba y derecho procesal. La excepción se da frente a la demostración de que ellas constituyen un obstáculo que frustra arbitrariamente la revisión del fallo.

En efecto, tal como sostuvimos anteriormente, la admisibilidad de los recursos está condicionada al cumplimiento de los requisitos previstos por las normas de rito y a la suficiencia de la fundamentación.

Este último recaudo exige que el medio de impugnación contenga una alegación crítica razonada, clara, concreta e integral de la resolución recurrida. Obviamente, la calificación que merezca el recurso desde esta óptica, es circunstancial y dependerá del criterio del órgano judicial encargado de conocer del remedio. Pero va de suyo que la deserción por insuficiencia de fundamentación debe ser excepcional e interpretada con carácter restrictivo; en la medida que se pueda delimitar el objeto del recurso y la causa del remedio expuesto. Ello, a fin de garantizar con amplitud la apertura de la doble instancia que, como regla, prevé el ordenamiento procesal.

Por otra parte, se advierte que es condición de las sentencias judiciales que constituyan una derivación razonada del derecho vigente, con aplicación a las circunstancias del caso, por lo que la tacha con sustento en la doctrina de la arbitrariedad prospera cuando el fallo prescinde de planteos oportunamente introducidos, de la normativa aplicable o contiene una interpretación y aplicación que la desvirtúa y torna inoperante.

Este último es el criterio utilizado por la CSJN en el caso que analizamos en el que reconoció que, si bien "es facultad privativa de los jueces de la causa y ajena, como principio, a la instancia extraordinaria, determinar si una presentación reúne o no los requisitos del art. 265del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, este principio cede cuando se incurre en arbitrariedad".

Supuestos este último que la Corte entendió configurado, en razón de que ni la Cámara ni el Juez de grado se expidieron sobre las cuestiones legítimamente planteadas por la demandada lo que - en el caso concreto - evidencia la prescindencia de prueba decisiva. En efecto, en el fallo de marras, la Corte descalificó la sentencia de la Cámara de Apelaciones que declaró desierto el recurso extraordinario de la demandada "...sin atender a que la expresión de agravios efectuaba un cuestionamiento del fundamento capital de la sentencia, impugnando su adecuación al derecho vigente e indicando las normas que se reputaban aplicables(especialmente las del estatuto social, en concordancia con las directivas del programa médico obligatorio) a propósito de lo cual, se había efectuado el pertinente planteo de cuestión federal".

Para concluir de este modo el Supremo Tribunal tuvo especialmente en consideración que "... en la decisión de primera instancia -que se pretendió dejar firme - la señora magistrada también soslayó el examen de las normas invocadas por la apelante ...pese a que era esa oportunidad procesal la apropiada para abordar la cuestión pues la causa había sido declarada como de puro derecho en virtud de que el actor ya había obtenido su pretensión sustancial como consecuencia de la medida cautelar decretada en autos".

Este criterio, sentado en el fallo en estudio, fue sistemáticamente reiterado por la CSJN en numerosos precedentes al afirmar que "que la interpretación y aplicación de normas de índole procesal que establecen requisitos de admisibilidad de los recursos, son ajenas a la instancia extraordinaria en la medida que la resolución exhiba fundamentos razonables y suficientes de igual carácter, lo que excluye la configuración de un excepcional supuesto de arbitrariedad²⁵"; que "aunque la apreciación de elementos de hecho y prueba constituye, como principio, facultad propia de los jueces de la causa y no es susceptible de revisión en la instancia extraordinaria, esta regla no es óbice para que el Tribunal conozca en los casos cuyas particularidades hacen excepción a ella cuando la decisión impugnada no se ajusta al principio que exige que las sentencias sean fundadas y sean una derivación razonada del derecho vigente con aplicación a las circunstancias comprobadas de la causa²⁶". Y que "sin perjuicio de la naturaleza federal de algunas cuestiones planteadas corresponde que la Corte trate, en primer lugar, los agravios que atañen a la arbitrariedad, dado que de existir ésta no habría, en rigor, sentencia propiamente dicha²⁷".

En igual sentido, en conflictos similares al presente, suscitados entre particulares y obras sociales, el Alto Tribunal resolvió que:

- "Resulta arbitraria la sentencia que, a fin de decidir que la obra social debía cubrir íntegramente la escolaridad común del niño que padece síndrome de Down, dio relevancia a algunos elementos que, aunque importantes, no resultan definitorios y, al propio tiempo, relativizó la existencia otros que resultan conducentes y relevantes para demostrar la improcedencia de esa obligación y descartó sin fundamentación argumentos válidos de la demandada²⁸".
- "Aunque lo atinente a la valoración del contenido de un memorial de agravios remite al examen de cuestiones de índole procesal, ajenos a la instancia del art. 14de la Ley 48, ello no es óbice para la apertura del recurso cuando lo decidido

²⁵ CSJN, Fallos: 328-2391, in re "Norma Torres v. Embajada del Reino de Arabia Saudita".

²⁶ CSIN, Fallos:321:2131, entre muchos otros.

²⁷ CSJN, "D. B. A. c/ Obra Social del Poder Judicial de la Nación s/ amparo de salud", sent. 12-09-2017, Cita: MJ-JU-M-111303-AR | MJJ111303.

²⁸ CSJN,"M. F. G. y Otro c/ OSDE s/ amparo de salud", sent. del 10-08-2017, Cita: MJ-JU-M-110632-ARMJ-J110632.

al respecto solo reconoce un fundamento aparente y soslaya el tratamiento de cuestiones decisivas oportunamente introducidas por las partes²⁹".

- "Si la obra social demandada explicitó la normativa aplicable y sostuvo que ni por sus propias normas ni por las aplicables al Programa Médico Obligatorio resultaba admisible el planteo de la amparista, corresponde descalificar por arbitrario el fallo que declaró desierta la apelación pese a que contaba con argumentaciones fundadas que proporcionaban adecuado sustento a la pretensión recursiva y que, por lo mismo, debieron ser adecuadamente tratadas³⁰".
- "Se revoca la medida cautelar interpuesta contra la obra social toda vez que el a quo soslayó completamente el examen de la cuestión planteada y basó su argumentación en los deberes emanados del Programa Médico Obligatorio, en las normas atinentes al sistema de seguro de salud y en las disposiciones constitucionales e internacionales relativas a la protección de la vida, la salud y los derechos de niños y niñas, más omitió examinar los términos de la Res. 2329/14 del Ministerio de Salud de la Nación, expresamente invocada por la demandada, a cuyas exigencias esta parte dijo haber ajustado su conducta y sobre cuyos términos estructuró su defensa con el fin de demostrar que la menor no reunía los reguisitos a los que el precepto supedita la cobertura de la medicación reclamada. La decisión, pues, en tanto confirmó la medida cautelar sin efectuar un análisis serio de la situación fáctica a la luz de la normativa invocada que expresamente rige el caso, lo que resultaba imprescindible a fin de determinar la existencia del recaudo de verosimilitud del derecho invocado, deviene ciertamente infundada por lo que corresponde dejarla sin efecto con arreglo a la conocida doctrina en materia de arbitrariedad de sentencias (art. 16 de la ley 48)³¹.

V- La disidencia del Dr. Rosatti

Por último, para completar el análisis del fallo propuesto, es preciso abordar la disidencia del Dr. Rosatti quien - a diferencia de la mayoría - resolvió desestimar la queja y disponer el archivo de las actuaciones con fundamento en dos argumentos que desarrollaremos a continuación.

1. Contenido de la expresión de agravios. Art. 265 CPCCN

En primer lugar, el Dr. Rosatti consideró que los agravios no pueden prosperar en razón de lo dispuesto art. 265 CPCCN según el cual "el escrito de expresión de agravios deberá contener la crítica concreta y razonada de las partes del fallo que el apelante considere equivocadas. No bastará remitirse a presentaciones anteriores."

Al respecto, sostuvo que "la determinación del cumplimiento o no de los requisitos del art. 265 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, es facultad privativa de los jueces de la causa al examinar las apelaciones que llegan a sus estrados, y por lo tanto ajena, como principio, a la instancia extraordinaria, sin que en el caso se haya demostrado la configuración de una hipótesis de arbitrariedad". Este argumento se vincula íntimamente con el siguiente.

²⁹ CSJN, "D. B. A. c/ Obra Social del Poder Judicial de la Nación s/ amparo de salud,"sent. del 12-09-2017, Cita: MJ-JU-M-111303-AR | MJJ111303. 30 CSJN, "D. B. A. c/ Obra Social del Poder Judicial de la Nación s/ amparo de salud,"sent. del 12-09-2017, Cita: MJ-JU-M-111303-AR | MJJ111303. 31 CSJN, "D. P. C. S. c/ Obra Social del Poder Judicial de la Nación s/ amparo de salud", sent. del 26-12-2019, Cita: MJ-JU-M-122720-AR | MJJ12720.

2. Ausencia de arbitrariedad. Omisión probatoria de la demandada. Carga de la prueba

Para justificar la ausencia de arbitrariedad, Rosatti afirma en su voto que - en virtud del derecho invocado - la obra social tenía la obligación de acreditar que las prótesis nacionales presupuestadas (una de las cuales resultó autorizada) eran similares o, cuanto menos, adecuadas a la necesidad del actor, tal como señaló el juez de grado.

Y explicó que fue la actitud del mismo apelante la que frustró la posibilidad del recurso extraordinario, en tanto no cuestionó la decisión del juez de grado de declarar la cuestión de puro derecho, lo que el magistrado considera equiparable al desistimiento de la prueba a partir de la cual la obra social hubiera podido justificar la eficacia del insumo nacional propuesto, o bien demostrar que la operación quirúrgica podía ser realizada adecuadamente en otro centro de salud. En razón de lo expuesto Rosatti concluyó que fue correcta la decisión del a quo que declara desierto el recurso.

En definitiva, la ausencia de arbitrariedad que justifica el rechazo del recurso obedece a la omisión probatoria en que incurrió la demandada quien – según el voto en análisis – tenía la carga de cuestionar la declaración de puro derecho a fin de producir la prueba pertinente.

Ello así, entendemos relevante remarcar que la postura así asumida por el vocal disidente pone en evidencia que la carga de la prueba es por cierto una distribución, no del poder de probar, que lo tienen las dos partes, sino del riesgo de no hacerlo, por lo que no supone ningún derecho del adversario, sino un imperativo de cada litigante³².

En efecto - atento a que el voto en disidencia se expide sobre el incumplimiento de la carga probatoria que pesaba sobre la demandada - nos parece importante que la responsabilidad probatoria, no depende de la condición de parte actora o demandada, sino de la situación en que se coloca el litigante en el juicio para obtener una determinada consecuencia jurídica, ya que, si la parte demandada hace afirmaciones de descargo o presenta una versión distinta de los hechos, soportará la carga de la prueba de ellos³³.

Es que, en los últimos años, se ha consolidado la idea que el proceso de conocimiento es una empresa común a ambas partes que exige una actitud de colaboración aun del demandado en aquellos procesos de conocimiento donde sea evidente que ha conocido o protagonizado de la plataforma fáctica alegada por la actora. Esto significa que éste no puede circunscribirse a negar simplemente, debiendo aportar su propia visión fáctica y luego probarla; de lo contrario puede sufrir consecuencias desventajosas por cuanto en este caso y a pesar de la negativa referida el actor no tendrá con exclusividad la carga de la prueba, al punto de reputarse abusivo su comportamiento amparado en las prerrogativas que le concede este inciso³⁴.

Se trata sin dudas de un moderno paradigma del proceso civil desarrollado en Argentina por Peyrano y seguido por la doctrina y jurisprudencia nacional, incluida la Corte Suprema de Justicia, que postula terminar con la sesgada visión según la cual siempre y en

³² CHIOVENDA, Giuseppe, 1954, "Instituciones de Derecho Procesal", t. III, p. 92.

³³ FENOCHIETTO -ARAZI, 1985, "Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, Comentado y concordado con el Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Buenos Aires", t 2, p. 310.

³⁴ PEYRANO, Jorge W., , 2013, "Herramientas procesales", p. 79-80.

todos los casos el actor tiene la carga de probar los hechos y al demandado le basta con negar lo expuesto por el actor.

Prueba de ello es la inclusión de la carga dinámica de la prueba en el art 1735 del Código Civil y Comercial de la Nación, según el cual el Juez tiene la facultad de distribuir la carga de la prueba ponderando cuál de las partes se halla en mejor situación de aportarla. Facultad que originariamente fue utilizada justamente en conflictos vinculados con el derecho a la salud, en oportunidad en que el paciente se encontraba en situación de absoluta inferioridad para aportar pruebas, con respecto a los prestadores del servicio de salud.

VI- Conclusión

Concluimos poniendo de manifiesto que compartimos la decisión a la que arriba la CSJN en el fallo en estudio, en cuanto declara arbitraria la resolución que resolvió la deserción del recurso interpuesto por la demandada en contra de la sentencia que hizo lugar a la acción de amparo ordenándole el pago íntegro de una prótesis importada, en lugar de una nacional.

Ello, en tanto estimamos que la incorporación de la Doctrina de la arbitrariedad a los criterios que orientan la función judicial en su más alto nivel, es un fruto de lo que ha dado en llamarse el activismo judicial y que importa -dentro de límites razonables- una contribución ciertamente fecunda al crecimiento del Estado de Derecho.

No desconocemos que el derecho a la vida -que incluye el derecho a la salud- es el primer derecho de la persona garantizado por la Constitución Nacional y por tratados internacionales, y constituye un valor fundamental respecto del cual los restantes valores -en particular, los de carácter patrimonial- tienen siempre carácter instrumental, motivo por el cual merece una tutela verdaderamente efectiva.

Sin perjuicio de ello, sostenemos la necesidad de habilitar la vía del amparo en forma excepcional, pues la experiencia jurisprudencial demuestra que,en el marco del mismo, se tiende a limitar el legítimo derecho defensa de la parte accionada.

En efecto, creemos que - por más que la acción de amparo constituya mayormente la vía procesal idónea para tutelar el derecho a la salud íntimamente vinculado con el derecho a la vida - no corresponde la admisión de la misma sin un previo análisis exhaustivo de admisibilidad llevado a cabo por el juez al proveer el escrito de demanda, a fin de determinar si las estrictas exigencias previstas en el art. 43 de la CN se configuran en el caso concreto. Es decir, si se evidencia verdaderamente una lesión actual o inminente a un derecho constitucional derivada de la conducta arbitraria de la demandada y siempre que no exista otra vía procesal más idónea para canalizar la acción.

En conclusión, aún frente a pretensiones como la que nos ocupa -en las que el amparo es la vía elegida para resolver un conflicto en el que se encuentra en juego un derecho fundamental de especial importancia, como el de la salud, y la celeridad en la respuesta es un factor esencial- deben extremarse las posibilidades del debate para que más allá de la acogida o rechazo que quepa dar a lo solicitado por los actores, la decisión pueda ser útilmente emitida.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- MORELLO, Augusto, El derecho fundamental a la vida digna, ED, 24-11-2000.
- MOSSET ITURRASPE, Jorge LORENZETTI, Ricardo L., *Contratos Médicos*, Ed. La Rocca, Buenos Aires, 1991, p. 342.
- IPPOLITO, Silvia Cristina, *Tratado de Derecho a la Salud*, T° I, Dirección Ghersi-Weingarten La Ley, p. 621/622.
- MORELLO, Augusto yVALLEFÍN, Carlos A., *El amparo. Régimen procesal*, Ed. Platense, La Plata, 2002, 4ª ed., p. 6.
- TESSONEAlberto J., "El exceso ritual en el examen de admisibilidad de los recursos. Jurisprudencia reciente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación",5-10-2007, Microjuris, Cita: MJ-DOC-3273-AR | MJD3273.
- CARRIÓ Genaro R. CARRIÓ Alejandro R., *El recurso extraordinario por sentencia arbitraria*, t. 1, Abeledo- Perrot, Buenos Aires 1983, p. 25.
- CHIOVENDA, Giuseppe, *Instituciones de Derecho Procesal*, 1954, t. III, p. 92.
- FENOCHIETTO, Carlos Eduardo -ARAZI, RONALD, *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, Comentado y concordado con el Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Buenos Aires*, t. 2, Astrea, 1985, p. 310.
- PEYRANO, Jorge W., Herramientas procesales, Ed. Nova Tesis, Rosario, 2013, ps. 79-80.

JURISPRUDENCIA DE LA CSJN

- CSJN, "Orlando, Susana Beatriz c/ Buenos Aires, Provincia de y otro s/ amparo, pronunciamiento", sent. del 24- 05- 2005, y S.730.XL "Sánchez, Norma Rosa c/ Estado Nacional y otro s/ acción de amparo",sent. Del 20-12-2005.
- CSJN, Fallos: 302:1284; 310:112; 323:1339.
- CSJN, "F. A. C. y otro por sí y en representación de su hijo menor H. L. E. c/ Estado Nacional s/ Amparo", sent. Del 11-07-2006, Cita: MJ-JU-M-72499-AR | MJJ72499.
- CSIN, Fallos: 321:1684; 323:1339; 324:3569.
- CSJN, Fallos 324:754, sent. del 13-3-2001, in re "Hospital Británico de Buenos Aires v. Estado nacional Ms y AS".
- CSJN, Fallos 321:1684, in re "Asociación Benghalensis", con mayoría y votos concurrentes y remisión al dictamen del Sr. Procurador General de la Nación.
- CSJN, Fallos 332:3235, sent. del 24-10-2000, in re "Campodónico de Becviacqua. Ana v. Min. Salud Sec. Programa de Salud y Bco. de Drogas Neoplásicas".
- CSJN, Fallos 319:3040. 17/12/1996. "R. E. v. Policía Federal. s/ amparo".
- CSJN, Fallos 306:187.
- CSJN, "Asociación Bengalensis y otros c/ Ministerio de Salud y Acción Social Estado Nacional s/ amparo ley 16.986", sent. del 01/06/2000.
- CSJN, Fallos: 325:292 y sus citas.
- CSJN, Sent. del 26-08-2009; Cita: MJ-JU-M-50523-AR | MJJ50523
- CSJN, Fallos: 328-2391, in re "Norma Torres v. Embajada del Reino de Arabia Saudita".
- CSJN, Fallos:321:2131.
- CSJN, "D. B. A. c/ Obra Social del Poder Judicial de la Nación s/ amparo de salud",sent. 12-09-2017, Cita: MJ-JU-M-111303-AR | MJJ111303.
- CSJN,"M. F. G. y Otro c/ OSDE s/ amparo de salud", sent. del 10-08-2017, Cita: MJ-JU-M-110632-ARMJ-J110632.
- CSJN, "D. B. A. c/ Obra Social del Poder Judicial de la Nación s/ amparo de salud,"sent. del 12-09-2017, Cita: MJ-JU-M-111303-AR | MJJ111303.

COBERTURA MÉDICA DE UNA PERSONA ADULTA MAYOR: RAZONES HUMANITARIAS POR SOBRE CUESTIONES ADMINISTRATIVAS

MEDICAL COVERAGE OF AN ELDERLY PERSON: HUMANITARIAN REASONS FOR ADMINISTRATIVE MATTERS

María Guadalupe Neder¹

DOI: https://doi.org/10.37767/2591-3476(2020)31

Comentario a

Incidente de medida cautelar de Lenzano, Luis Eduardo, OSPOSE y ANSES en Autos Lenzano, Luis Eduardo, OSPOSE y ANSES s/amparo ley 16.986

Cámara Federal de Mendoza, Sala "A"

(Poder Judicial de la Nación)

Disponible en

https://bit.ly/2EezZea

RESUMEN:

A través del presente comentario se intentará hacer una breve síntesis del razonamiento de la justicia federal mendocina en una ejemplar decisión que recayó sobre una persona adulta mayor. El tribunal interviniente teniendo en cuenta la elevada edad del amparista, su condición de jubilado y su estado de incertidumbre como consecuencia de la actitud desplegada por la obra social, lo considero merecedor de una tutela preventiva y resolvió mantener su afiliación a la obra social pese haber adquirido su condición de jubilado.

ABSTRACT

Through this comment, an attempt will be made to summarize the reasoning of the federal justice system in Mendoza in an exemplary decision that fell on an elderly person. The intervening court, taking into account the high age of the amparo, his retirement status and his state of uncertainty as a consequence of the attitude displayed by the social work, considered him deserving of preventive protection and decided to maintain his affiliation to the social work despite having acquired his retirement status.

¹ Abogada (UNC); Maestranda en Derecho Procesal (Universidad Siglo 21); miembro de los Proyectos de investigación "Justicia y protección de las personas en condición de vulnerabilidad" y "Retos normativos para el correcto y seguro desarrollo de la telemedicina en la Provincia de Córdoba" de la Sala de Derecho a la Salud del Instituto de Investigación en Ciencias Jurídicas (IDI-CJ), Universidad Blas Pascal (UBP). Se desempeña como auxiliar del Juzgado Civil y Comercial de 12º Nominación de la Provincia de Córdoba. Mail: mariaguadalupeneder@gmail.com. ORCID iD: https://orcid.org/0000-0002-0857-4127

PALABRAS CLAVE: Persona adulta mayor; derecho a la salud; medida cautelar; perspectiva de vulnerabilidad; tutela efectiva diferenciada.

KEY WORDS: Elderly person; right to health; caution; vulnerability perspective; differentiated effective guardianship.

I. Introducción

En el mes de septiembre del año 2019, en los autos caratulados "Incidente de medida cautelar de L., L. E. OSPOCE y ANSES en autos L., L. E. c/ OSPOCE y ANSES s/amparo ley 16.986", la Cámara Federal de Mendoza - Sala "A" resolvió confirmar la resolución del Juzgado Federal de Mendoza n° 2 mediante el cual se declaró procedente la medida cautelar solicitada por la parte actora consistente en mantener su afiliación a la obra social pese haber adquirido su condición de jubilado.

I. El caso

La resolución judicial fue apelada por la Obra Social del Personal del Organismo de Control Externo (OSPOCE) –parte demandada- por considerarse agraviada en dos aspectos: en primer lugar, considero que la resolución judicial no puede hacerse efectiva por un impedimento legal; y en segundo lugar, sostuvo que resulta de cumplimiento imposible.

Con relación al primer agravio, manifestó que por resolución de ANSES (N° 684/97) la opción del pasivo sólo podrá efectuarse ante las obras sociales que se hayan inscripto en el Registro de Agente del Sistema Nacional del Seguro de Salud para la Atención Médica de Jubilados y Pensionados (Dec. N° 292/95 y 492/95) y, en consecuencia, atento a que la OSPOCE no se encuentra inscripta en el registro referido, no posee habilitación para incorporar dentro de su población beneficiaria a jubilados y pensionados.

Con relación al segundo agravio, la demandada manifestó que resulta de cumplimiento imposible ya que el plan que se le ordena brindar al actor es un plan que la obra social no ofrece, que nunca lo brindo, y que es la entidad Swiss Medical la que lo gestiona.

II. Resolución del tribunal ad quem

La Cámara Federal de Mendoza consideró que no corresponde hacer lugar al remedio incoado por la demandada y confirmó la medida cautelar ordenada por el juez. Para así resolver, tuvo en cuenta los fundamentos de hecho y de derecho que se detallan a continuación:

1) Con respecto al primer agravio (incorrecta interpretación de los alcances de la normativa legal aplicable al caso) la Cámara, previo a efectuar un análisis de procedencia de la medida cautelar solicitada, hizo hincapié en el ordenamiento jurídico vigente en la materia.

En primer lugar, sostuvo que, conforme al rango constitucional que posee el derecho a la salud, hay que atender los términos de la pretensión, a fin de garantizar su protección, y, además, hay que exigir a los órganos judiciales que efectúen una interpretación extensiva (y no restrictiva) de su procedencia con el objeto de no tornar ilusoria su aplicación.

En dicho marco, explico que el valor vida involucrado y la dignidad de la persona resultan ser un objetivo que prima por sobre otros aspectos secundarios que condicionen el cum-

plimiento del deber de brindar satisfactoria, oportuna y eficiente respuesta a la atención que se requiere.

Por su parte, destaco que es reiterada la doctrina y jurisprudencia que sostiene que el derecho a la vida comprende a la dignidad, la calidad de vida, y el goce del ser humano. En este sentido, ejemplifico que las patologías son contingencias en la vida de las personas que afectan su calidad de vida y en la medida que pueden ser aliviadas o sanadas deben serlo, pues si no incorporan un sufrimiento que poco a poco denigra esa calidad de vida humana.

En segundo lugar, efectuó un análisis de los presupuestos que debe reunir el otorgamiento de la medida cautelar solicitada, haciendo hincapié en tres aspectos importantes:

a) Naturaleza de las medidas cautelares: examen de verosimilitud y no de certeza del derecho pretendido.

Explico que las medidas precautorias no exige a los magistrados el examen de certeza sobre la existencia del derecho pretendido, sino solo de su verosimilitud, y que el juicio de verdad en esta materia se encuentra en oposición a la finalidad del instituto cautelar, que no es otra cosa que atender a aquello que no exceda del marco de lo hipotético, dentro del cual, asimismo, agota su virtualidad.

b) Verosimilitud del derecho invocado: se encuentra acreditado en autos que el actor es afiliado a la empresa de medicina pre paga

Con relación a este requisito, el tribunal destacó que se refiere a la posibilidad de que el derecho exista y no a una incontestable realidad, la cual sólo se logrará al agotarse el trámite. Señaló que la cautelar otorgada a favor del amparista tuvo por finalidad impedir que el derecho cuyo reconocimiento se pretende, pierda eficacia durante el tiempo que dure el proceso.

Estimó que este requisito está se encuentra acreditado atento la calidad de afiliado a la empresa de medicina pre paga de la que gozaba el amparista, hecho que no fue negado por la demandada.

Con respecto a la legislación vigente, sostuvo que la ley de obras sociales n° 23.660 (art. 8° y decreto reglamentario 576/93), confirma que la mera circunstancia de obtener la jubilación no implicaba sin más la transferencia del beneficiario al Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados (INSSJP), sino que subsistía para el ex trabajador el derecho de permanecer en la obra social que le prestaba servicios hasta entonces; conclusión que, a su vez, fue ratificada por el art. 20 de la ley 23.660 y su norma reglamentaria, al disponer que cuando el afiliado escogiese un agente de seguro distinto del INSSJP, éste debería transferir, en igual plazo, el monto equivalente al costo de módulo de Régimen de Atención Médica Especial para Pasivos, que se garantiza a todos los jubilados y pensionados.

En particular, sostuvo que el art. 10, inc. c, de la ley de obras sociales dispone que el carácter de beneficiario, subsistirá mientras se mantenga el contrato de trabajo o la relación de empleo público y el trabajador o empleado reciba remuneración del empleador, salvo en el supuesto de extinción del contrato de trabajo, en cuyo caso los trabajadores que se hubiesen desempeñado en forma continuada durante más de tres meses, man-

tendrán su calidad de beneficiarios durante un período de tres meses, contados desde su distracto, sin obligación de efectuar aportes (inc. a).

En ese contexto normativo, la Cámara concluyo que se debe interpretar que el distracto que contempla la norma no es el que tiene lugar con motivo de la jubilación del trabajador (lo que acontece en el caso de autos), sino el que se verifica por otras circunstancias, como son las previstas en los distintos incisos del artículo, pues de otro modo quedaría sin contenido el art. 8 de la ley 23.660, en cuanto establece en su inc. b), con carácter general, que quedan obligatoriamente incluidos en calidad de beneficiarios los jubilados.

Por último, con respecto a la alegación de la accionada en cuanto a la imposibilidad para la actora, de optar por la obra social accionada, con motivo de que no se encuentra inscripta en el registro de prestadores creado por los decretos 292 y 492 ambos del año 1995, cabe reiterar que el derecho de la accionante a las prestaciones médico asistenciales que le corresponden por su carácter de afiliada con una antigüedad ininterrumpida de más de diez (10) años, circunstancia que no ha sido negada radica en el vínculo de origen que los une, y no en la opción que prevén dichas normas o en la Resolución Conjunta Nº 151/95 MS y Nº 364/95 MTSS.

c) Peligro en la demora: elevada edad del amparista, su condición de jubilado y su estado de incertidumbre como consecuencia de la actitud desplegada por la obra social

Finalmente, en cuanto al peligro en la demora subrayo que encontrándose involucrado el derecho a la salud, de no brindarse tutela expedita y anticipada, aún a título provisorio, la protección estatal podría "llegar tarde" ya que de nada serviría continuar con las actuaciones hasta obtener certezas e incluso, de corresponder, aplicar sanciones, puesto que para entonces la salud del peticionante, podría sufrir consecuencias irreversibles.

Entendió que este requisito se encuentra suficientemente acreditado "en atención a la elevada edad del amparista, su condición de jubilado y su estado de incertidumbre como consecuencia de la actitud desplegada por la obra social, lo que merece una tutela preventiva".

Fundamento su postura en jurisprudencia al respecto, al sostener que la urgencia de la medida guarda una relación directa con la verosimilitud del derecho, que en el caso se aprecia no como un emergente del análisis complejo al hecho y prueba, sino de una flagrante violación constitucional, ello con la provisoriedad que encierra el juicio de valor en una resolución cautelar. Agrego que "los requisitos para la procedencia genérica de las medidas cautelares se hallan relacionadas entre sí de tal modo, que a mayor verosimilitud del derecho cabe no ser tan exigentes en la gravedad e inminencia del daño y viceversa, cuando existe riesgo de un daño de extrema gravedad e irreparabilidad, el rigor acerca del fumus se puede atenuar (Cámara Federal Capital, LL, 1984A, p. 265 y 459)".

En definitiva, la Sala consideró que los argumentos aportados por la recurrente deben ser objeto de debate y prueba en la etapa respectiva, por lo que corresponde otorgar en forma precautoria supremacía al derecho de acceder al sistema de salud, es decir, que "existen prioritarias razones humanitarias por sobre cuestiones administrativas que habrían motivado la denunciada ´baja automática´ del actor".

2) Por último, con respecto al segundo agravio (brindar al actor un plan que la demandada no ofrece), la Cámara sostuvo que cabe desestimarlo ya que el resolutivo

en crisis ordena restablecer la afiliación en las mismas condiciones existentes al mes de octubre de 2018, sin hacer referencia a algún plan distinto del que era beneficiario el amparista.

III. Una resolución judicial a la luz de las 100 Reglas de Brasilia y de la Convención Interamericana sobre Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores Luego de haber efectuado una breve síntesis del caso, se infiere que la resolución del Juzgado y de la Cámara interviniente son ajustadas a derecho y constituyen una clara manifestación de una verdadera tutela judicial efectiva que debe brindarse a los justiciables en situación de vulnerabilidad, en especial, a las personas adultas mayores.

A pesar de que la resolución de la Cámara no haya hecho expresa mención de los postulados de las 100 Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las personas en condición de vulnerabilidad² y de la Convención Interamericana sobre derechos de las Personas Mayores³, su actuar se ajustó a tales preceptos.

En primer lugar, se pude decir que la resolución fue dictada con perspectiva de vulnerabilidad. En nuestro derecho interno, si bien el Código Civil y Comercial de la Nación (CCCN) no contempla una protección específica y expresa de las personas en condición de vulnerabilidad⁴, si lo hace su proyecto de reforma ya que una de las propuestas más destacadas es la incorporación de una figura jurídica trascendental como lo es la protección jurídica diferenciada de personas que se encuentran en situación de vulnerabilidad. En función de ello, se propone incorporar un segundo párrafo al actual art. 51⁵, el cual quedaría redactado en los siguientes términos: "Personas en condición de vulnerabilidad. Las personas en condición de vulnerabilidad tienen derecho a una tutela efectiva diferenciada, que promueva, proteja y asegure el pleno y eficaz goce de sus derechos y el respeto de su dignidad. Se considera en condición de vulnerabilidad aquella persona que, en razón de su edad, género, estado físico o mental, o por circunstancias sociales, económicas, étnicas o culturales, encuentre especiales dificultades para el efectivo ejercicio y reconocimiento de los derechos de los que es titular".

De esta postura se hizo eco la propia Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) al señalar que: "(...) toda persona que se encuentre en una situación de vulnerabilidad es titular de una protección especial, en razón de los deberes especiales cuyo cumplimiento por parte del Estado es necesario para satisfacer las obligaciones generales de respeto y garantía de los derechos humanos. La Corte reitera que no basta que los Estados se abstengan de violar los derechos, sino que es imperativa la adopción de medidas positivas, determinables en función de las particulares necesidades de protección del sujeto de derecho, ya sea por su condición personal o por la situación específica en que se encuentre (...)"6.

² Actualización aprobada por la Asamblea Plenaria de la XIX edición de la Cumbre Judicial Iberoamericana, abril de 2018, Quito-Ecuador.

³ La ley nacional nº 27.360 (9 de mayo de 2017) aprueba la Convención Interamericana sobre Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores, adoptada por la Organización de los Estados Americanos durante la 45a Asamblea General de la OEA, el 15 de junio de 2015.

⁴ Puede encontrarse una aproximación en lo regulado en materia de procesos de familia, en especial en el art. 706 inc. a) que prevé que las normas que rigen el procedimiento deben ser aplicadas de modo de facilitar el acceso a la justicia, especialmente tratándose de personas vulnerables, y la resolución pacifica de los conflictos.

⁵ Art. 51.- Inviolabilidad de la persona humana. La persona humana es inviolable y en cualquier circunstancia tiene derecho al reconocimiento y respeto de su dignidad.

⁶ Corte Interamericana de Derechos Humanos, sentencia de fecha 4 de julio de 2006, Caso Ximenes Lopes VS. Brasil.

Sin perjuicio de ello, mediante Acordada n° 5 del año 2009 la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN) resolvió adherirse a las 100 Reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad, y en consecuencia de ello, los jueces y juezas de la República Argentina deben seguirlas –en cuanto resulte procedente- como guía en los asuntos a que se refieren.

Las 100 Reglas de Brasilia se caracterizan por ser el instrumento normativo que otorga mayor contención jurídica a las personas en situación de vulnerabilidad. La adhesión a las mismas trajo como principal consecuencia el cambio de paradigma en el abordaje sustancial y procesal, de las causas judiciales en las que se encuentran implicados reclamos o derechos de justiciables en estado de vulnerabilidad, particularmente de las personas adultas mayores.

Conforme las mismas, uno de los principales grupos vulnerables son aquellas personas que en razón de su edad encuentran especiales dificultades para el efectivo ejercicio y reconocimiento de los derechos de los que son titular (regla 4). En este sentido, establece que el envejecimiento también puede constituir una causa de vulnerabilidad cuando la persona adulta mayor encuentre especiales dificultades, atendiendo a sus capacidades funcionales y/o barreras producto del entorno económico y social, para ejercitar sus derechos ante el sistema de justicia, con pleno respeto a su dignidad (regla 6).

La importancia de las 100 Reglas radica en que, a través suyo, se visibiliza una necesidad que debe estar presente en todos los operadores judiciales: el reconocimiento no solo formal sino material de los derechos. Esto ha quedado plasmado en la exposición de motivos, al sostener que: "El sistema judicial se debe configurar, y se está configurando, como un instrumento para la defensa efectiva de los derechos de las personas en condición de vulnerabilidad. Poca utilidad tiene que el Estado reconozca formalmente un derecho si su titular no puede acceder de forma efectiva al sistema de justicia para obtener la tutela de dicho derecho" y por ello, la recomendación principal que hacen las Reglas es tener "una actuación más intensa para vencer, eliminar o mitigar dichas limitaciones" y, de esta manera, el Poder Judicial puede convertirse en un gran instrumento de transformación social reduciendo las desigualdades sociales y colaborando con la unión de la sociedad.

Sobre este punto, la doctrina tiene dicho que el envejecimiento puede constituir una causa de vulnerabilidad, cuando la población adulta mayor –atendiendo a sus capacidades funcionales para ejercitar sus derechos ante el sistema de justicia– se encuentre en situación de posible desprotección o fragilidad; buscando garantizar la eficacia de sus derechos y lograr una igualdad real. Al respecto las 100 Reglas de Brasilia sobre el Acceso de Justicia de las personas en condiciones de vulnerabilidad nos habla de "…repensar su condición de sujeto de derecho a fin de situarle ante la ley realmente en igual posición que los demás… necesidad de fortalecer el reconocimiento de sus derechos…como verdaderos derechos subjetivos" (Marzioni, Cóceres y Gazzo Boero, 2016: 90)

En segundo lugar, el instrumento normativo especial de protección de este grupo vulnerable es la Convención Interamericana sobre derechos de las Personas Mayores, integrativa del bloque de constitucionalidad que atraviesa todo nuestro ordenamiento jurídico, en función de lo expresamente dispuesto por el art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional (CN).

La Convención considera "persona mayor" a aquella de 60 años o más, salvo que la ley interna determine una edad base mayor o menor, siempre que esta no sea superior a los 65 años. Concepto que incluye, entre otros, el de persona adulta mayor (artículo2). Es obligación del Estado adoptar todas las medidas necesarias a fin de garantizarles un trato diferenciado y preferencial en todos los ámbitos, incluido un adecuado acceso a la justicia (artículo 4, apartado c).

En cuanto a las personas mayores, en verdad la protección no debería derivarse de un simple cómputo aritmético, por el hecho de haber alcanzado una determinada edad; no hay un tiempo fijo que ineludiblemente marque el ingreso a la ancianidad. En todo caso, será menester considerar en cada supuesto concreto si el envejecimiento constituye una causa de vulnerabilidad cuando la persona adulta mayor se encuentre en especiales dificultades, atendiendo a sus capacidades funcionales, para ejercitar sus derechos ante el sistema de justicia (Berizonce, 2018: 846).

Ahora bien, en lo que aquí nos interesa su art. 31 garantiza el derecho de acceso a la justicia y establece que los Estados Partes se comprometen a asegurar que la persona mayor tenga acceso efectivo a la justicia en igualdad de condiciones con las demás, incluso mediante la adopción de ajustes de procedimiento en todos los procesos judiciales y administrativos en cualquiera de sus etapas. Asimismo, se garantiza la debida diligencia y el tratamiento preferencial a la persona mayor para la tramitación, resolución y ejecución de las decisiones en procesos administrativos y judiciales, advirtiendo que la actuación judicial deberá ser particularmente expedita en casos en que se encuentre en riesgo la salud o la vida de la persona mayor.

En este marco, se puede observar que por imperio de los postulados de las 100 Reglas y de la mencionada Convención, las personas adultas mayores merecen una especial protección, a través de una tutela sustancial y procesal efectiva diferenciada.

La CIDH se hizo eco de ello en el destacado caso Poblete Vilches y otros vs. Chile⁷, en el cual se pronunció por primera vez respecto del derecho autónomo a la salud, como parte integrante de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales e introduce claramente el principio de que el paciente es una persona vulnerable. Con relación a las personas de elevada edad, resaltó la importancia de visibilizar a las personas mayores como sujetos de derechos con especial protección y por ende de cuidado integral, con el respeto de su autonomía e independencia. Considero que respecto de las personas adultas mayores, como grupo en situación de vulnerabilidad, existe una obligación reforzada de respeto y garantía de su derecho a la salud y que ello se traduce en la obligación de brindarles las prestaciones de salud que sean necesarias de manera eficiente y continua. En consecuencia, el incumplimiento de dicha obligación surge cuando se les niega el acceso a la salud o no se garantiza su protección, pudiendo también ocasionar una vulneración de otros derechos.

Del marco normativo reseñado, se puede concluir que tener por acreditado el requisito de peligro en la demora teniendo en cuenta la elevada edad del amparista, su condición de jubilado, su estado de incertidumbre como consecuencia de la actitud desplegada por la obra social, y hacerlo merecedor de una tutela preventiva, es prueba evidente de que

⁷ Sentencia de la CIDH de fecha 08.03.18.

los tribunales mendocinos hicieron eco de los postulados al que hicimos referencia en los párrafos anteriores.

Finalmente, con respecto a los requisitos de procedencia de las medidas cautelares cuando están en juego derechos de personas en situación de vulnerabilidad, es importante destacar el pronunciamiento de nuestro Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de Córdoba (TSI), mediante el cual sostuvo que en los casos de alta vulnerabilidad, dichos requisitos deben flexibilizarse, ya que deben priorizarse la situación de los peticionantes. Así se ha dicho que "...el análisis de los requisitos para la procedencia de una medida cautelar debe ser resignificado y efectuado con el criterio más amplio posible en términos protectorios cuando se trata de un afiliado con una discapacidad acreditada, circunstancia que lo vuelve una persona especialmente vulnerable. En efecto, en estos casos, tal como lo ha expresado este TSI, no debe perderse de vista ´la perspectiva de la vulnerabilidad´ bajo cuyo prisma debe ensayarse cualquier salida jurisdiccional vinculada con personas en situación de vulnerabilidad; esto es, 'personas que, por razón de su edad, género, estado físico o mental, o por circunstancias sociales, económicas, étnicas y/o culturales, encuentran especiales dificultades para ejercitar con plenitud ante el sistema de justicia los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico (100 Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad, sección segunda, 1.3)".

IV. Conclusiones

La Convención Interamericana sobre derechos de las Personas Adultas Mayores, las 100 Reglas de Brasilia y el CCCN (e incluso su proyecto de reforma) impulsan grandes desafíos para los operadores judiciales, en especial a la magistratura, a la hora de hacer cumplir efectivamente sus postulados y promover el reconocimiento no solo formal sino también material de los derechos de las personas que se encuentran en situación de vulnerabilidad, en especial, en razón de su edad.

Concretamente, implica una sensibilización en los funcionarios judiciales y magistrados, dictando resoluciones con "perspectiva de vulnerabilidad", prisma que debe ensayarse ante cualquier salida jurisdiccional vinculada con personas en situación de vulnerabilidad. Ello implica que, por encontrarse en juego derechos fundamentales de alto valor jurídico, en ciertos casos puedan aceptarse simplificaciones de procesos y flexibilizaciones en las formas, sin que ello implique una pérdida de certeza respecto del debido proceso.

En el supuesto bajo análisis, los jueces intervinientes al resolver declarar procedente la medida cautelar solicitada por la parte actora, en base a razones humanitarias y no administrativas, protegieron no solo formal sino materialmente su derecho. Como consecuencia de ello, se desprende que la edad es una causal de vulnerabilidad y que acredita un peligro en la demora y más aún cuando están en juego derechos del más alto valor, como la salud.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Berizonce, Roberto Omar (2018). Regulación procesal de las tutelas diferenciadas de la Constitución. Revista Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. Universidad Nacional de La Plata. UNLP. Año 15/Nº 48-2018. Anual. Impresa ISSN 0075-7411-Electrónica ISSN 2591-6386. Disponible en: https://revistas.unlp.edu.ar/RevistaAnalesJursoc/article/download/6005/5366/
- Marzioni, Cristina Ester; Cóceres María Celeste; y Gazzo Boero María Virginia. Transformaciones jurídicas y sociales en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación Argentina para los adultos mayores. Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Nacional del Litoral (UNL). Disponible en: https://bibliotecavirtual.unl.edu.ar/publicaciones//index.php/NuevaEpoca/article/download/6231/9208.

DERECHO A LA SALUD INTRAMUROS

INTRAMURAL RIGHT TO HEALTH

Nadia Virginia Copello¹

DOI: https://doi.org/10.37767/2591-3476(2020)32

Comentario a

Minnicelli, Claudio s/recurso de casación Cámara Federal de Casación Penal (Poder Judicial de la Nación)

Disponible en

https://bit.ly/3g9cTTD

RESUMEN:

Un hombre, con un estado de salud delicado, se encontraba detenido en un establecimiento penitenciario. A partir de informes médicos advierten que su patología requiere de un tratamiento que no puede llevarse a cabo, en condiciones óptimas, dentro de la unidad carcelaria. Lo que motivó a la defensa técnica del detenido a solicitar un arresto domiciliario.

Este contexto, nos conduce al análisis de las personas privadas de libertad como sujetos de derechos, el derecho a una atención integral de salud, tanto como a las condiciones carcelarias dignas.

Asimismo, surgen dos cuestiones relevantes. Por un lado, el habeas corpus como el mecanismo mediante el cual se pretende subsanar cualquier situación que implique un agravamiento en las condiciones de detención. Por otro, la entrada en vigencia de normas del nuevo Código Procesal Penal Federal.

Por último, será necesario reflexionar sobre el contraste de las normas y la realidad carcelaria.

ABSTRACT

A man, in a delicate state of health, was detained in a prison facility. From medical reports, they warn that their pathology requires treatment that cannot be carried out, in optimal conditions, within the prison unit. This motivated the technical defense of the detainee to request a house arrest.

This context leads us to the analysis of people deprived of liberty as subjects of rights, the right to comprehensive health care, as well as dignified prison conditions.

Also, two relevant issues arise. On the one hand, habeas corpus as the mechanism by which it is intended to correct any situation that implies an aggravation of the conditions of detention. On the other, the entry into force of regulations of the new Federal Criminal Procedure Code. Finally, it will be necessary to reflect on the contrast of the rules and the prison reality.

¹ Abogada, Universidad Nacional de Córdoba. Auxiliar Administrativa de la Defensoría Pública Oficial ante los Tribunales Federales de Primera y Segunda Instancia de Córdoba. Estudiante del Profesorado en Ciencias Jurídicas y adscripta de la cátedra de Derecho Procesal Penal, ambas de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Córdoba. Mail: copellonadiav@gmail.com – ORCID iD: https://orcid.org/0000-0001-9557-107

PALABRAS CLAVE: Derecho a la salud; personas privadas de libertad; trato digno; prisión domiciliaria; *habeas corpus*.

KEY WORDS: Right to health; persons deprived of liberty; dignified treatment; home prison; habeas corpus.

I. Introducción

Un hombre de 54 años de edad -C.M.-, detenido en el Complejo Penitenciario Federal II de Marcos Paz, mediante sus defensores solicitó, en abril del año 2019, el cambio de la medida de restricción de su libertad a una prisión domiciliaria, fundamentándose en su delicado estado de salud. Según los informes médicos este hombre tenía antecedentes de hipertensión arterial, dislipemia, tabaquismo, cardiopatía coronaria, con precedente de infarto agudo de miocardio y otras afecciones cardíacas, que requieren de una especial atención médica.

Inicialmente, ante la afección cardiovascular mencionada, se presentó un pedido de prisión domiciliaria, dado que resultaba controvertido si la Unidad Penitenciaria donde se encontraba alojado el imputado contaba con la infraestructura necesaria para dar tratamiento a esa patología. Corrida la vista a las partes y habiendo analizado los informes del Cuerpo Médico Forense y del Director del Hospital Central del Complejo Penitenciario Federal II, el Tribunal Oral en lo Penal Económico ordena el traslado del detenido a la Unidad Penitenciaria N°31, donde podrían cumplir con las recomendaciones médicas. El traslado se efectivizó, aun mediando oposición del propio C.M. Motivo por el cual, interpuso un habeas corpus ante el Juzgado Federal en lo Criminal y Correccional N° 2 de Lomas de Zamora. Esto originó una revisión de los requerimientos necesarios para atender adecuadamente la salud de C.M.

De este nuevo análisis, surgen dos recomendaciones del dictamen de los peritos forenses que no podían ser atendidas intramuros, a saber: la rehabilitación cardiovascular bajo la supervisión permanente de un cardiólogo y con aparatología específica; y, la derivación directa a un centro de alta complejidad frente a una eventual crisis cardíaca del imputado.

Pese a estas consideraciones, el 12 de septiembre de 2019, el Tribunal Oral no hizo lugar al arresto domiciliario. Decisión que fue impugnada mediante recurso de casación.

La Sala I de la Cámara Federal de Casación Penal, en diciembre de 2019, por mayoría decidió hacer lugar al recurso y anular la decisión que rechazó el pedido de prisión domiciliaria a fin de que se dicte una nueva resolución que tuviera en cuenta debidamente no sólo los informes médicos, sino además el cambio de paradigma respecto de la libertad durante el proceso, que operó con la entrada en vigencia de los artículos del Nuevo Código Procesal Penal Federal.

Al respecto, cabe recordar la sanción de la Ley N° 27.063, del nuevo régimen procesal en materia penal federal, es de implementación progresiva. Tal es así que, mediante la Resolución N° 2/2019 de fecha 13 de noviembre de 2019, se dispuso la puesta en marcha de diversas normas, entre ellas los artículos 210, 221 y 222, que regulan lo referido al resguardo de la libertad del imputado en el marco del proceso penal.

Resulta de interés el voto de la segunda jueza, la Dra. Ana María Figueroa, quien se inclinó por hacer lugar al pedido de prisión domiciliaria. En su voto hizo una valoración de esta medida alternativa, teniendo especialmente en cuenta la incidencia del encierro en la salud de las personas y la obligación del Estado argentino de salvaguardar los derechos de las personas privadas de su libertad.

II. La salud como valor constitucional supremo.

La Organización Mundial de la Salud, en su Carta Constitutiva, expresa que "La salud es un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades"². Así concebida, la salud es catalogada como un derecho humano fundamental "sin distinción de raza, religión, ideología política o condición económica o social."³

En el sistema normativo argentino, hasta antes de la reforma de 1994, el derecho a la salud encontraba recepción en el artículo 33 de la Constitución Nacional como derecho no enumerado. A partir de la citada reforma, mediante la incorporación de Tratados Internacionales de Derechos Humanos a la Carta Magna (artículo 75, inciso 22), se le otorgó jerarquía supralegal y constitucional a los derechos en ellos reconocidos.

A modo de ejemplo, el artículo 11 de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre de 1948, establece que "toda persona tiene derecho a que su salud sea preservada por medidas sanitarias y sociales, relativas a la alimentación, el vestido, la vivienda y la asistencia médica, correspondientes al nivel que permitan los recursos públicos y los de la comunidad."

Ahora bien, en el caso bajo estudio, además debemos tener en cuenta los derechos que tienen las personas privadas de libertad, que tienen origen a partir de esta condición de encierro. El propio texto constitucional, en su artículo 18 in fine, dispone "las cárceles de la Nación serán sanas y limpias para seguridad y no para castigo de los reos y detenidos en ellas (...)." Esto es conocido como el principio de humanidad en la ejecución de las penas, como pauta fundamental en el marco del sistema carcelario.

En este sentido, se ha adoptado un conjunto de garantías de las personas frente a la persecución penal del Estado y los límites a los que queda sometido el Estado. Posteriormente, se llevó a cabo un proceso de humanización de la pena a través de la jerarquización de los tratados de derechos humanos, reforzando aquella enunciación del artículo 18.

Al respecto, Marcos Gabriel Salt (2005) entiende que "el constituyente estableció de manera precisa el principio de humanidad en la ejecución de las medidas privativas de la libertad que debe regir como pauta de orientación de toda la actividad de los órganos del Estado que intervienen en la ejecución".⁶

III. Derecho a condiciones carcelarias dignas.

Ahora bien, este derecho a la salud como valor constitucional supremo, tiene especial

² Organización Mundial de la Salud (2006): Constitución de la Organización Mundial de la Salud. (https://www.who.int/governance/eb/who_constitution_sp.pdf?ua=1) (Fecha de consulta: 13 de mayo de 2020).

³ Organización Mundial de la Salud (2006): Op. Cit. (Nota N°2).

⁴ INFOLeg, Información Legislativa y Documental (2020): Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre (http://www.infoleg.gob.ar/?page_id=1000) (Fecha de consulta: 13 de mayo de 2020).

⁵ INFOLeg, Información Legislativa (2020): Constitución de la Nación Argentina. (http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/0-4999/804/norma. htm) (Fecha de consulta: 13 de mayo de 2020).

⁶ RIVERA BEIRAS, Iñaki y SALT, Marcos Gabriel (2005): Los derechos fundamentales de los reclusos. España y Argentina, Buenos Aires, Del Puerto, p. 155.

importancia cuando estamos frente a personas privadas de libertad. Previo a todo, es menester, concebir a las personas privadas de libertad como sujetos de derechos. La aclaración resulta necesaria porque existe una creencia social de que la cárcel es un "castigo merecido", de allí que el Estado "pueda" limitar otros derechos de los presos.

Esta referencia no es aleatoria, sino que además de la falta de conciencia generalizada de los derechos que le asisten a estas personas, sucede que en la práctica ese contexto de encierro implica algo más que la pérdida de su libertad ambulatoria.

Hoy la situación de superpoblación carcelaria provoca un deterioro de las condiciones de detención que constituyen un evidente vulneración de las garantías a un trato digno y a condiciones carcelarias adecuadas, previstas a nivel constitucional y en los pactos internacionales de derechos humanos.

En este marco, el Estado debe "garantizar a las personas privadas de la libertad condiciones carcelarias dignas. Antes bien, (...) el alojamiento de los internos en condiciones carcelarias inadecuadas deviene el encierro carcelario en ilegítimo (...)".⁷

Este derecho a condiciones carcelarias dignas y la prohibición de penas o tratos inhumanos o degradantes encuentra expresa recepción legal en el artículo 72 inciso 22 de nuestra Constitución Nacional, a través de la regulación de pactos internacionales, a saber: artículo 5 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; artículos 7 y 10, apartado 1, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; y los artículos 2 y 16 de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos y Degradantes..

Esta enunciación no es una mera declaración de principios o derechos, sino que estamos frente a una obligación constitucional del Estado de "brindar a las personas que priva de libertad determinadas condiciones de trato que, de no cumplirse, tornan al encierro ilegítimo". 8

Así, uno de los derechos que debe garantizar el Estado dentro de los establecimientos penitenciarios es el derecho a salud y asistencia sanitaria, derecho que se encuentra vinculado con la integridad psicofísica de las personas y que se presenta "(...) como valor constitucional supremo(...)."

Retomando la idea de las personas privadas de libertad como sujetos de derecho, el artículo 2 de la Ley N°24.660, de Ejecución de la Pena Privativa de la Libertad, establece para su aplicación, el principio constitucional de reserva, el que dispone que el preso "podrá ejercer todos los derechos no afectados por la condena o por la ley y las reglamentaciones que en su consecuencia se dicten y cumplirá con todos los deberes que su situación le permita y con todas las obligaciones que su condición legalmente le impone."¹⁰

En la misma línea de análisis, también identificamos el principio de legalidad -nulla poena sine lege-, y a partir de allí podemos afirmar que "el interno es un sujeto de derechos que como regla general, será titular de los mismos que las personas libres y, como excepción,

⁷ ROUTOLO, Marco (2004): Derechos de los Detenidos y Constitución, Buenos Aires, Ad Hoc, p. 31.

⁸ RIVERA BEIRAS, Iñaki y SALT, Marcos Gabriel (2005): Op.Cit. p.214.

⁹ ROUTOLO, Marco (2004): Ob.Cit., p. 210.

¹⁰ INFOLeg, Información Legislativa (2020): Ley de Ejecución de la Pena Privativa de la Libertad, Ley 24.660. (http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/35000-39999/37872/texact.htm) (Fecha de consulta: 11 de mayo de 2020).

sufrirá limitaciones especialmente previstas en el ordenamiento jurídico como inherentes a la resolución judicial que dispuso la medida de encierro carcelario."

1

IV. Derecho a la salud intramuros.

La citada Ley 24.660 regula diferentes aspectos relacionados al tratamiento penitenciario. En lo que aquí interesa, en el capítulo III de normas de trato, en lo referido a la higiene de los internos dispone que "El régimen penitenciario deberá asegurar y promover el bienestar psicofísico de los internos. Para ello se implementarán medidas de prevención, recuperación y rehabilitación de la salud y se atenderán especialmente las condiciones ambientales e higiénicas de los establecimientos." 12

A la vez que, en relación a la asistencia médica el artículo 143 prevé que "El interno tiene derecho a la salud. Deberá brindarsele oportuna asistencia médica integral, no pudiendo ser interferida su accesibilidad a la consulta y a los tratamientos prescriptos. Los estudios diagnósticos, tratamientos y medicamentos indicados, le serán suministrados sin cargo." 13

Las personas privadas de libertad tienen el mismo derecho a la salud que las personas en libertad. Sin embargo, las primeras "no sólo poseen los mismos factores de riesgo para desarrollar enfermedades (...), sino que además éstos se ven incrementados por el contexto de encierro y la falta de libertad."¹⁴

Esta asistencia médica integral es un deber del Estado, quien deberá articular con las autoridades de los servicios penitenciarios, políticas de sanidad a fin de garantizar su efectivo cumplimiento.

Es necesario compatibilizar las medidas de seguridad que requieren estos establecimientos con las condiciones del servicio sanitario penitenciario. Así "la legitimidad de las limitaciones que derivan de las exigencias de seguridad, será puesta en discusión allí donde ellas se impongan o pretendan imponerse en modo suficiente para menoscabar el núcleo irreductible del derecho a la salud protegido por la Constitución."¹⁵

En práctica, muchas veces se utiliza el argumento económico a fin de justificar el incumplimiento de las exigencias de un trato digno, presentándose como una de las tantas formas de violación de la dignidad humana.

La doctrina se ha expresado sobre este punto y considera que "las exigencias financieras no pueden legitimar una compresión del núcleo irreductible del derecho a la salud, protegido por la Constitución como ámbito inviolable de la dignidad humana." 16

La sobrepoblación y hacinamiento carcelario provoca un factor determinante en la salud de los detenidos, de allí que sea necesario dar prioridad al servicio sanitario en la agenda de discusión política.

¹¹ RIVERA BEIRAS, Iñaki y SALT, Marcos Gabriel (2005): Op.Cit. p.178.

¹² INFOLeg, Información Legislativa (2020): Ob. Cit. (Nota Nº 10).

¹³ INFOLeg, Información Legislativa (2020): Ob. Cit. (Nota Nº 10).

¹⁴ GIORGI, Salvador; KOHAN, Pablo; KREPLAK, Nicolás y LARRABIDE, Joaquín (2013): Atención y Cuidado de la Salud de Personas Privadas de su Libertad, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, p. 6 (http://www.saij.gob.ar/docs-f/ediciones/libros/atencion_personas_privadas_libertad.pdf) (Fecha de consulta: 11 de mayo de 2020.

¹⁵ ROUTOLO, Marco (2004): Ob.Cit., p. 213.

¹⁶ ROUTOLO, Marco (2004): Ob.Cit., p. 211.

V. Prisión domiciliaria como medida alternativa.

Ahora bien, ¿qué sucede cuando existe una incompatibilidad entre un tratamiento médico adecuado y la detención? Es decir, cuando el tratamiento no puede ser llevado a cabo en óptimas condiciones intramuros o cuando la patología del interno pueda afectar la salud de otros detenidos.

Existe una salida alternativa que permitiría conciliar los intereses en juego y es el instituto de la prisión domiciliaria. En líneas generales, consiste en la privación de la libertad del detenido en su domicilio o en uno diferente dispuesto por el juez.

El arresto domiciliario tiene lugar ante ciertas hipótesis enumeradas en la ley. El artículo 10, inciso "a" del Código Penal Argentino le otorga al juez la facultad de disponer esta medida cuando "(...) la privación de la libertad en el establecimiento carcelario le impide recuperarse o tratar adecuadamente su dolencia y no correspondiere su alojamiento en un establecimiento hospitalario (...)".¹⁷ Por su parte, la Ley Ejecución de la Pena Privativa de la Libertad en su artículo 32 hace remisión expresa a lo dispuesto por el código de fondo.

En el caso bajo análisis, C.M. presentaba un cuadro clínico complejo que exigía ciertas precauciones: la rehabilitación cardiovascular bajo la supervisión permanente de un cardiólogo y con aparatología específica; y, la derivación directa a un centro de alta complejidad frente a una eventual crisis cardíaca del imputado.

Esta circunstancia justificó la petición de prisión domiciliaria efectuado por su defensa, dado que estas recomendaciones médicas no podían llevarse a cabo de manera adecuada en el establecimiento carcelario.

Se debe tener presente que la prisión domiciliaria continua siendo una situación de privación de libertad, pero morigerada. En los hechos, es necesario considerar que la concesión o no del recurso pone en juego el derecho a la salud y el de la vida de C.M, por lo que debería analizarse cuánto repercute en ellas, el encierro y las dificultades en su atención por parte del servicio penitenciario.

En este sentido, sostener una decisión adversa agravaría las condiciones de detención de C.M. y esto constituiría, según lo que venimos analizando, un "trato inhumano y degradante, que compromete las obligaciones internacionales asumidas por el Estado Nacional y viola las garantías constitucionales (...)" 8.

La jurisprudencia argentina es conteste en este sentido y ha expresado en variadas resoluciones que "(...) la razón de ser del instituto de la prisión domiciliaria, consiste en evitar que el encierro carcelario produzca un agravamiento de las condiciones personales de quienes se encuentra en prisión, más allá de lo que la propia privación de la libertad implica" 19.

VI. Norma vs. realidad.

La normativa es clara: el legislador ha enunciado un catálogo de derechos de las personas privadas de libertad. Sin embargo, las cárceles se erigen como uno de los lugares

¹⁷ INFOLeg, Información Legislativa (2020): Código Penal de la Nación Argentina, Ley 11.179 (T.O. 1984 actualizado. (http://servicios.infoleg.gob.ar/infoleg/Internet/anexos/15000-1999/16546/texact.htm) (Fecha de consulta: 11 de mayo de 2020).

^{18 &}quot;PLA". Causa Nº 2579/2012. Cámara Federal de Casación Penal, Sala IV (7/9/2017).

^{19 &}quot;BAH", Reg. Nº 730/17. Causa N°7314/2013. Cámara Federal de Casación Penal, Sala II (15/6/2017).

más crueles y deshumanizados y como centros de diferentes formas de violación de la dignidad de las personas.

Tal es así que, si una persona no conociera la realidad carcelaria y "le damos para que lea el texto de una ley de ejecución en cualquiera de nuestros países, seguramente tendrá una idea errada sobre cuál es el estado de las cárceles y el status jurídico de las personas privadas de la libertad. Lo que sucede en realidad es que la cárcel es uno de los ámbitos de la relación Estado - ciudadano en el que se manifiesta de manera más evidente la desconexión entre la ley y la realidad carcelaria."²⁰

Para el mejoramiento del sistema carcelario es necesario acortar las brechas de este contraste entre norma y realidad. Requiere de un cambio en la política criminal del Estado y entender a las personas privadas de libertad como sujetos de derechos.

En esta tarea de profundizar en los derechos y de crear mecanismos jurídicos para garantizar la seguridad jurídica de los detenidos, el legislador ha creado el instituto del habeas corpus mediante la Ley N° 23.098 de Procedimiento de Habeas Corpus -anterior a la reforma de 1994-.

La Constitución Nacional prevé en el último párrafo del artículo 43 que "Cuando el derecho lesionado, restringido, alterado o amenazado fuera la libertad física, o en caso de agravamiento ilegítimo en la forma o condiciones de detención, o en el de desaparición forzada de personas, la acción de habeas corpus podrá ser interpuesta por el afectado o por cualquiera en su favor y el juez resolverá de inmediato, aun durante la vigencia del estado de sitio."²¹

Se trata de un herramienta rápida y desprovista de formalidades que se emplea a fin de "subsanar, con intervención judicial, el agravamiento ilegítimo de una privación de libertad."²². En el caso particular, C.M. no podía ser atendido de manera apropiada en la unidad penitenciaria en la que se encontraba alojado, por lo que se dispuso su traslado a otro establecimiento -en donde tampoco podrían cumplir las recomendaciones médicas de manera adecuada-. Frente a ello, C.M. se opuso expresamente, y aun mediando esta oposición, se efectuó el traslado. Este cambio de lugar de detención sin su consentimiento, agravó sus condiciones de detención, lo que justificó la presentación de un habeas corpus.

VII. Cambio de paradigma sobre las medidas de coerción penal.

Por último, el fallo analizado trae a colación el nuevo paradigma sentado a partir de la vigencia del nuevo Código Procesal Penal Federal. La entrada en vigencia de la Ley N° 27.063 se ha dispuesto de manera gradual, ya que implica profundos cambios en el procedimiento penal federal.

En diciembre de 2019 se hicieron operativos, entre otros, los artículos 210, 221 y 222 del mencionado cuerpo. Así, el artículo 210 contiene las diferentes medidas de coerción que, de manera individual o combinada, pueden ser aplicables en casos de riesgo procesal. Por su parte, los artículos 221 y 222 refieren a los peligros -peligro de fuga y peligro de entorpecimiento, respectivamente- concretos que deben verificarse para fundar la existencia del riesgo procesal que autorizaría la adopción de alguna de las medidas.

²⁰ ROUTOLO, Marco (2004): Ob.Cit., p. 23.

²¹ INFOLeg, Información Legislativa (2020): Ob. Cit. (Nota $\mathrm{N}^{\mathrm{o}}5).$

²² RIVERA BEIRAS, Iñaki y SALT, Marcos Gabriel (2005): Op.Cit. p.279.

En este catálogo está previsto el arresto domiciliario como medida de coerción -artículo 210, inciso "j"-, menos gravosa que la prisión preventiva. Es de destacar que el enunciado de estas alternativas es progresivo, por lo que la prisión sólo debería tener lugar cuando "las medidas anteriores no fueran suficientes para asegurar los fines indicados"²³ -neutralizar los riesgos procesales-.

El éxito de esta reforma procesal "depende de la manera en que estas normas son interpretadas y aplicadas en los casos concretos, del modo en que se sistematicen con el programa constitucional y el resto de las normas del sistema, y no por su mera implementación."²⁴

Al resolver el recurso de casación, los jueces tuvieron especialmente en cuenta la entrada en vigencia de esta normativa. Por un lado, era necesario reexaminar los informes médicos de C.M. a fin de determinar si podía ser tratado adecuadamente su diagnóstico dentro del servicio penitenciario. Y por otro, revisar la posibilidad de aplicar una medida de coerción menos gravosa para el caso concreto.

VII. Consideraciones finales.

A partir de la difusión de los derechos humanos, es posible acceder a diferentes instrumentos nacionales e internacionales, que contienen un amplio catálogo de derechos de las personas privadas de libertad. Sin embargo, para garantizar la vigencia de sus derechos no alcanza sólo con su reconocimiento legal.

Es importante resaltar que la situación de encierro no implica sólo la pérdida de la libertad ambulatoria. El ejercicio y goce del resto de sus derechos se encuentra condicionado o limitado a lo dispuesto por las autoridades administrativas penitenciarias. De esta manera, estos derechos se reducen a una mera ficción de la realidad carcelaria.

Refuerzo la idea de que las personas privadas de libertad son sujetos de derechos y el Estado tiene el deber de garantizarlos. Tal es así que el Estado argentino debe brindar o crear las condiciones de encierro dignas y adecuadas, bajo la responsabilidad de tornar la detención en ilegítima.

En este sentido, resultan imprescindibles procesos de transparencia que revelen cuáles son las condiciones actuales de nuestras cárceles, que nos permitan hacer reflexiones sobre las realidades en las que viven los detenidos en ellas. Éstos siguen siendo personas, que como tales tienen derecho a que se les respete la dignidad humana.

Dentro de estas condiciones dignas y adecuadas, se encuentra el derecho a una atención de salud integral. La salud se ve gravemente afectada por el encierro y expuesta a mayores riesgos. Es necesario una política institucional que otorgue otra prioridad al servicio sanitario, como así también se necesita de la buena voluntad y compromiso de los agentes de salud que forman parte del mismo.

²³ Sistema Argentino de Información Jurídica (2020): Código Procesal Penal Federal (T.O.2019), Ley 27.063. (http://www.saij.gob.ar/27063-nacional-codigo-procesal-penal-federal-to-2019-lns0006496-2019-02-07/123456789-0abc-defg-g69-46000scanyel?) (Fecha de consulta: 15 de mayo de 2020).

²⁴ SERGI, Natalia (2020): Nuevas formas sobre medidas de coerción implementadas en el CPFF. Referencia Jurídica e Investigación Secretaría General de Capacitación y Jurisprudencia Ministerio Público de la Defensa.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- "BAH", Reg. N° 730/17. Causa N°7314/2013. Cámara Federal de Casación Penal, Sala II (15/6/2017).
- GIORGI, Salvador; KOHAN, Pablo; KREPLAK, Nicolás y LARRABIDE, Joaquín (2013): *Atención y Cuidado de la Salud de Personas Privadas de su Libertad*, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, p. 6 (http://www.saij.gob.ar/docs-f/ediciones/libros/atencion_personas_privadas_libertad.pdf).
- INFOLeg, Información Legislativa (2020): *Código Penal de la Nación Argentina, Ley 11.179* (T.O. 1984 actualizado. (http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/15000-19999/16546/texact.htm)
- INFOLeg, Información Legislativa (2020): *Constitución de la Nación Argentina*. (http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/0-4999/804/norma.htm)
- INFOLeg, Información Legislativa y Documental (2020): Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre (http://www.infoleg.gob.ar/?page_id=1000)
- INFOLeg, Información Legislativa (2020): *Ley de Ejecución de la Pena Privativa de la Libertad, Ley 24.660.* (http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/35000-39999/37872/texact.htm)
- Organización Mundial de la Salud (2006): *Constitución de la Organización Mundial de la Salud*. (https://www.who.int/governance/eb/who_constitution_sp.pdf?ua=1) (Fecha de consulta: 13 de mayo de 2020).
- "PLA". Causa Nº 2579/2012. Cámara Federal de Casación Penal, Sala IV (7/9/2017).
- RIVERA BEIRAS, Iñaki y SALT, Marcos Gabriel (2005): *Los derechos fundamentales de los reclusos. España y Argentina*, Buenos Aires, Del Puerto.
- ROUTOLO, Marco (2004): Derechos de los Detenidos y Constitución, Buenos Aires, Ad Hoc.
- SERGI, Natalia (2020): *Nuevas formas sobre medidas de coerción implementadas en el CPFF.* Referencia Jurídica e Investigación Secretaría General de Capacitación y Jurisprudencia Ministerio Público de la Defensa.
- Sistema Argentino de Información Jurídica (2020): *Código Procesal Penal Federal (T.O.2019), Ley 27.063.* (http://www.saij.gob.ar/27063-nacional-codigo-procesal-penal-federal-to-2019-lns0006496-2019-02-07/123456789-0abc-defg-g69-46000scanyel?).

EL RECONOCIMIENTO DEL DERECHO A LA SALUD DE UN MENOR DISCAPACITADO A TRAVÉS DE LA CAUTELAR INNOMINADA

THE RECOGNITION OF THE RIGHT TO HEALTH OF A DISABLED MINOR THROUGH UNNAMED PRECAUTIONARY

Valeria de las Mercedes Sola¹

DOI: https://doi.org/10.37767/2591-3476(2020)33

Comentario a

S. I. c/ SAMI s/ amparo ley 16.986 s/ inc. apelación s/ inc. Apelación Cámara Federal de Apelaciones de Mar del Plata (Poder Judicial de la Nación)

Disponible en

https://bit.ly/2Yo3zVR

RESUMEN:

En el siguiente artículo se analiza la causa "S. I. c/ SAMI s/ amparo Ley 16986 s/ inc. apelación", en la cual el día 12 de febrero de 2019, la Cámara Federal de Apelaciones de la ciudad de Mar del Plata, confirmó la resolución del tribunal de grado que hizo lugar a una la medida cautelar innovativa. A través de la medida se ordenaba a la empresa de medida prepaga la cobertura la cobertura del 100% de la cirugía de cierre de comunicación interventricular y ductus arterio venoso, con la correspondiente internación, como de los tratamientos de rehabilitación posteriores a la cirugía y medicación que se le recete al menor con discapacidad.

ABSTRACT

The following article analyzes the cause "S. I. c / SAMI s / amparo Law 16986 s / inc. appeal ", in which on February 12, 2019, the Federal Court of Appeals of the city of Mar del Plata, confirmed the resolution of the grade court that led to an innovative precautionary measure. Through the measure, the prepaid measure company was ordered to cover 100% of the interventricular communication and ductus arteriovenous closure surgery, with the corresponding hospitalization, as well as the rehabilitation treatments after surgery and medication. that the minor with a disability is prescribed.

¹ Abogada (UNC); Escribana (US21); Diplomada en Derecho Procesal Civil (UBP); Especialista en Derecho Tributario (UNC); Especializanda en Derecho Judicial y de Judicatura (UCC); Adscripta a la cátedra de Teoría General del Proceso (UNC); Adcripta a la materia Sip VI (UBP). Se desempeña como Prosecretaria Letrada del Boletín Judicial, Área dependiente del Tribunal Superior de Justicia de la de la Provincia de Córdoba, con funciones de Coordinadora. Mail: valeria_sola@hotmail.com. Nro. de ORCID: https://orcid.org/0000-0002-8195-6471

PALABRAS CLAVE: Derecho a la salud; Persona menor con discapacidad; Tutela judicial efectiva; Medida cautelar innovativa.

KEY WORDS: Right to health; Minor person with a disability; Innovative precautionary measure; Effective judicial protection.

I. Introducción

A los fines de introducirnos en el desarrollo del presente comentario, es necesario en primer lugar explicar que "el derecho a la vida es el derecho básico sobre el que se sustentan todo el elenco de derechos que conocemos. Sin este derecho, sería imposible hacer valer cualquier otro. Íntimamente ligado a la vida, para poder gozarla en plenitud, se encuentra el derecho a la salud que, por su importancia crucial en el sistema jurídico, ha ido teniendo más relieve con el paso de los años, adquiriendo cada vez mayor autonomía"(Zalazar y Carranza, 2019, 11).

Sabido es que para el reconocimiento de estos derechos fundamentales no sólo se necesita de una normativa que lo establezca, sino también de que esas declaraciones de derechos se hagan operativas a través de los carriles o vías pertinentes.

En este contexto, cabe recordar que incumbe a los jueces la búsqueda de soluciones congruentes con la urgencia ínsita en los temas de asistencia integral de la discapacidad, debiendo encausar los trámites por los carriles expeditivos y evitar que el rigor de las formas conduzca a la frustración de derechos que cuentan con tutela constitucional.² Es que no puede perderse de vista que toda persona que se encuentre en situación de vulnerabilidad es titular de una protección especial.

Por otra parte, se ha expresado que: "La vulnerabilidad tiene, por tanto, una dimensión de susceptibilidad al daño, condicionada por factores intrínsecos y extrínsecos, anclada en la radical fragilidad del ser humano, pero sin duda atribuible en buena medida a elementos sociales y ambientales. El énfasis puesto en lo relacional, lo contextual y lo procesual, permite considerar que la vulnerabilidad, aun siendo intrínseca al ser humano, no es una característica estable e inmutable, antes bien es dependiente, al menos en parte, de factores que pueden cambiarse, en los que se puede intervenir. De ahí que ésta sea la clave que sustenta la obligación moral de una acción, preventiva, curativa, social, económica, o de cualquier otra índole, que pueda minimizar, paliar o evitar estas condiciones favorables al daño, estos espacios de vulnerabilidad" (Feito, 2007).

II. Síntesis de la causa

En el marco de una acción de amparo, el Juzgado Federal n.º 2, Sec. n.º 1 de la ciudad de Mar del Plata resolvió hacer lugar a la medida cautelar solicitada por la amparista, en representación de su hijo menor de edad -persona con discapacidad- y en consecuencia, ordenó a la demandada otorgar la cobertura del 100% de la cirugía de cierre de comunicación interventricular (CIV) y ductus arterio venoso, con la correspondiente internación, así como la cobertura de los tratamientos de rehabilitación posteriores a la cirugía y medicación que se le recete al menor.

Frente al dictado de la orden cautelar en resguardo de las necesidades de salud del menor amparista, la accionada interpuso recurso de apelación. Explicó que la agravió el dictado de la medida dispuesta, en razón de la inexistencia de verosimilitud en el derecho, puesto que su mandante no tuvo posibilidad de auditar el pedido médico.

A su vez, alegó que no se encontraba acreditada en la causa, la necesidad que el niño se opere en el establecimiento indicado por el amparista. Por otro lado, sostuvo la falta de peligro en la demora. Asimismo, señaló que con la cautelar ordenada se ha producido la violación a los derechos de defensa en juicio y debido proceso. Finalmente, y en forma subsidiaria solicitó se establezca un tope de cobertura.

La Cámara Federal de Apelaciones de la ciudad de Mar del Plata, el día 12 de febrero de 2019, confirmó la sentencia que acogió la medida cautelar, pues entendió que se debían adoptar medidas que garanticen el derecho a la salud, a fin de asegurarle al menor una calidad de vida digna como también un desarrollo que no vulnere sus derechos humanos fundamentales por su padecimiento, ponderando el Interés Superior del Niño.

III. Análisis preliminar del caso: Derechos involucrados.

En el caso bajo análisis³, se puede visualizar que la empresa de medicina prepaga discrepa con la solución propiciada por el tribunal que decide en primera instancia admitir la cautelar solicitada a favor de una persona menor de edad discapacitada. Así, la apelante -demandada en la acción de amparo- cuestiona que la decisión del aquo que dispone admitir la cautelar y le ordena otorgar cobertura integral al amparista, resulta violatoria de derechos fundamentales tales como: "defensa en juicio" y "debido proceso".

Sin embargo, la Cámara al entrar a analizar el caso en cuestión, destaca la necesidad de valorar la trascendencia de los derechos que se encuentran comprometidos para poder emitir una solución ajustada a derecho de acuerdo a las circunstancias de la causa y resolver, en definitiva, si la cobertura de la cirugía, internación, tratamientos de rehabilitación y medicación concedida al menor con discapacidad por el tribunal de grado afectaba arbitrariamente los derechos invocados por la demandada.

En el contexto referenciado, la Cámara destaca que ese análisis requiere tener presente el "derecho a la salud", "a una buena calidad de vida" y "asistencia médica adecuada". A su vez, explica que en tal valoración, además, se debe ponderar el "Interés Superior del Niño" por tratarse de una persona menor de edad.

Frente a ello, resulta necesario, en primer lugar, visualizar los derechos involucrados en forma cautelar y, en segundo lugar, interpretar la normativa aplicada a la cuestión para luego poder dimensionar la trascendencia y justeza que tiene la resolución traída a consideración.

IV. Situación vital del menor con discapacidad

Como pudimos observar, la resolución que estamos analizando introduce en forma cautelar una cuestión controvertida muy crítica, pues se trata de un menor discapacitado necesitado de una urgente tutela que le permita contar con los recursos y los medios necesarios para la realización de su cirugía, internación, tratamientos de rehabilitación posteriores a la misma y medicación, que de otro modo no podría proveérselos.

³ Cámara Federal de Apelaciones de la ciudad de Mar del Planta en autos S. I. c/ SAMI s/ amparo Ley 16986 s/ inc. apelación, de fecha 12/2/2019.

De este modo, el tribunal debía determinar si correspondía confirmar o rechazar la resolución que obliga a la empresa de medicina prepaga la cobertura integral de las prestaciones prescriptas para el niño que posee discapacidad. Para ello, resultaba imprescindible la valoración de los derechos involucrados en el caso, lo cual implicaba que se tuviera en mira la situación vital del menor involucrado.

A los fines de dimensionar los contornos e importancia de la cuestión, es oportuno recordar que el derecho a la salud -máxime cuando se trate de enfermedades graves y de personas que padecen discapacidad- se encuentra íntimamente relacionado con el derecho a la vida que está reconocido por la Constitución y por los tratados internacionales que tienen jerarquía constitucional (art. 75 inc. 22 de la Ley Suprema), por lo que la autoridad pública tiene la obligación impostergable de garantizar ese derecho con acciones positivas, sin perjuicio de las obligaciones que deban asumir en su cumplimiento las jurisdicciones locales, las obras sociales, o las entidades de las llamada medicina prepaga⁴.

En tal sentido, cabe recordar que en cualquier caso en el que esté de por medio la salud, y, con ello, el derecho a la vida de las personas, debe partirse necesariamente de un pormenorizado análisis de las circunstancias vitales particulares que subyacen al planteo, en aras de dotar de equidad a la solución que se procure, por cuanto, lo justo judicial es lo que, acorde a derecho, resulta prudente y razonable en ese caso en particular y no a cualquier otro⁵.

En esa dirección, se encamina la Cámara cuando indica se debe valorar la relevancia que tiene el derecho a la salud, a una buena calidad de vida y asistencia médica adecuada, pero analizando estos derechos desde la situación de vida del niño discapacitado, su padecimiento, necesidades, y teniendo como norte su interés superior.

En efecto, la Cámara Federal de Apelaciones resalta la necesidad de adoptar medidas que garanticen el derecho a la salud, a fin de poder asegurarle al menor una calidad de vida digna como también un desarrollo que no vulnere sus derechos humanos fundamentales por su padecimiento, ponderando -principalmente- el Interés Superior del Niño consagrado normativamente. Es que, como se precisa, es claro que sí hay riesgo y peligro de daño -a la salud o a una buena calidad de vida-, es inminente otorgar seguridad antes y no después de su generación y contar con las fuentes de financiamiento para abordar el padecimiento, que sean oportunas y funcionales, y a cargo de quién lo provoca. A su vez, el derecho a una buena calidad de vida tiene un papel central en la sistemática de los derechos humanos, siendo la asistencia médica un aspecto fundamental de la misma.⁶

Repárese que la cuestión que estamos abordando trata de una situación que afectada el derecho a la salud de un menor discapacitado -y con el ello el derecho a tener una buena calidad de vida- como consecuencia de la patología que padece. Y que, frente a ello, debió acudir a la justicia para obtener una urgente tutela que le permita obtener la asistencia médica necesaria –cirugía, tratamientos y medicación- para poder garantizar sus derechos esenciales.

⁴ CSJN, en la causa "L. de V., C. V. v. AMI y otros", 2/3/2011, cita online: 70069472.

⁵ Cfr. Andruet, A. S.; (2000): Código de Ética para las Magistraturas Provinciales. Revista de la Asociación de Magistrados y Funcionarios de la Justicia Nacional, n.º 25 (enero-julio), Bs. As., Regla 304, pág. 86.

⁶ Cfr. CFAMdP en autos "T. S. c/ SAMI s/ Amparo s/ incidente de apelación de medida cautelar", Sentencia registrada al T.º CXI Fº 15840.

En virtud de lo expresado, no existen dudas en relación a que los derechos comprometidos en este caso, se encuentran inescindiblemente unidos con el derecho a la vida, pues todo ser humano tiene derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud que le permita vivir su vida dignamente.

En tal sentido, y a mayor abundamiento, la jurisprudencia de nuestro Máximo Tribunal nacional ha hecho especial hincapié en que la protección y la asistencia universal de la infancia discapacitada constituye una política pública, en cuanto a que la niñez, además de la especial atención por parte de quienes están directamente encargados de su cuidado, requiere también la de los jueces y de la sociedad toda, con lo cual, la consideración primordial de aquel interés orienta y condiciona la decisión jurisdiccional, con singular énfasis en aquellos menores aquejados por impedimentos físicos o mentales, debiendo ser custodiado con acciones positivas por todos los departamentos gubernamentales⁷.

No obstante, se debe reparar que la Cámara interviniente, a fin de poder adoptar y fundar una resolución que brindara una solución justa a la realidad planteada, debió analizar e interpretar la normativa nacional e internacional referida a los derechos en juego. Es que, no debemos perder de vista la obligación que tienen los magistrados buscar la solución que sea congruente con la urgencia planteada y que tenga en mira la asistencia integral a la discapacidad que posee el menor, evitando, de este modo, la frustración de sus derechos elementales.

V. El derecho a la salud del menor con discapacidad como derecho humano esencial. Reconocimiento normativo.

Se ha expresado, con gran sustento, que las prestaciones cuya cobertura se demandan a través de la acción de amparo forman parte de un derecho personalísimo fundamental de rango constitucional, y consagrado a nivel internacional en numerosas normas convencionales que ostentan jerarquía constitucional conforme lo dispuesto por el art. 75, inc. 22, de la CN⁸.

En esta línea, nuestro Estado Nacional ha ratificado dos instrumentos internacionales de derechos humanos que son aplicados por los magistrados intervinientes para resolver la cuestión; A saber:

1) La Convención Internacional sobre Derechos de las Personas con Discapacidad y su Protocolo Facultativo (Ley n.º 26378), cuyo propósito es promover, proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igual de todos los seres humanos y libertades fundamentales por todas las personas con discapacidad, así como promover el respeto de su dignidad inherente;

2) La Convención Interamericana para la Eliminación de Todas Formas de Discriminación Contra las Personas con Discapacidad (Ley n.º 25280), a través de la cual se busca prevenir y eliminar todas las formas de discriminación contra las personas con discapacidad y propiciar su plena integración a la sociedad. Esta considera persona con discapacidad a quienes tengan dificultades físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo, las que al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad en igualdad de condiciones con las demás. Además, se

⁷ Cfr. CSJN, Fallos 329:5139 y 332:1394, entre muchos otros.

⁸ TSJ de Córdoba, en autos "U., M. D. c/ Administración Provincial del Seguro de Salud (APROSS) – Amparo (Ley 4915) – Recurso de Apelación". Auto n.º 51 de fecha 12/8/2019.

reconoce el respeto a la dignidad inherente, la autonomía individual, independencia de las personas y la participación e inclusión plena y efectiva en la sociedad (art. 1 y 3).

A través de estos instrumentos se vislumbra un fuerte compromiso del Estado Argentino respecto a la necesidad de adoptar medidas destinadas a lograr la igualdad de oportunidades para las personas con discapacidad.

Por su parte, la Convención Interamericana para la Eliminación de todas las formas de discriminación contra las personas con discapacidad dispone que las personas con discapacidad tienen derecho a gozar del más alto nivel posible de salud sin discriminación por motivos de discapacidad y que se deberán adoptar las medidas pertinentes para asegurar el acceso de las personas con discapacidad a servicios de salud, incluida la rehabilitación relacionada con la salud (art. 25).

Luego, y en relación a la rehabilitación, el Estado se comprometió a adoptar medidas efectivas y pertinentes para que las personas con discapacidad puedan lograr y mantener la máxima independencia, capacidad física, mental, social y vocacional, y la inclusión y participación plena en todos los aspectos de la vida. A tal fin, estipuló que el Estado debe organizar, intensificar y ampliar los servicios y programas generales de habilitación y rehabilitación, en particular en los ámbitos de la salud, el empleo, la educación y los servicios sociales, para apoyar su participación e inclusión en la comunidad y en todos los ámbitos de la sociedad (art. 26).

Resulta importante destacar que esta protección constitucional y convencional del derecho a la salud adquiere una mayor dimensión cuando su titularidad es ejercida por una persona que se encuentra en estado de vulnerabilidad, como sucede cuando se trata de un niño con discapacidad que requiere de una empresa de medicina prepaga la urgente tutela de sus derechos.

En el mismo sentido, el art. 18 del Protocolo Adicional a la Convención Americana en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales -Protocolo de San Salvador-, otorga protección para minusválidos y dispone que "toda persona afectada por una disminución de sus capacidades físicas o mentales tiende derecho a recibir una atención especial con el fin de alcanzar el máximo desarrollo de su personalidad".

En similares términos se pronuncia, la Ley Nacional n.º 22431 que instituyó un sistema de protección integral de las personas con discapacidad tendientes a abarcar todos los aspectos relativos a su situación dentro de la sociedad, a los fines de conceder a quienes se encontraren en esas condiciones, franquicias y estímulos que les permitan, en la medida de lo posible, neutralizar la desventaja que la discapacidad les provoca (art. 1).

Por su parte, la Ley n.º 24901 -denominada "Sistema Único de Prestaciones Básicas en Habilitación y Rehabilitación Integral a favor de Personas con Discapacidad"-, que garantiza una cobertura integral a sus necesidades y requerimientos, contemplando acciones de prevención, asistencia, promoción y protección de la personas con discapacidad. Esta protección contempla prestaciones preventivas (art. 14), de rehabilitación (art. 15), asistenciales (art. 18), entre otras.

Pero en el caso en comentario, todo este plexo tuitivo de las personas que padecen

discapacidad, además, se encuentra reforzado en función de lo establecido por la Convención de los Derechos del Niño incorporada con jerarquía constitucional (art. 75, inc. 22, CN). Esta Convención, establece la obligación de adoptar medidas especiales de protección en materia de salud y seguridad social, para que el niño mental o físicamente impedido pueda disfrutar de una vida plena y decente en condiciones que aseguren su dignidad, que le permita llegar a bastarse a sí mismo y faciliten su activa participación en la comunidad (arts. 23, 24 y 26).

De acuerdo a lo desarrollado, se puede advertir que, existen mandatos normativos concretos que imponen al Estado la obligación de garantizar la cobertura integral de las prestaciones requeridas por la progenitora del menor discapacitado.

Como corolario de lo reseñado y con la finalidad de hacer efectiva la protección integral del menor, es que el Estado debe adoptar las medidas necesarias para lograr la plena realización de tales derechos, debiendo considerar para ello los recursos y la situación del niño y de las personas responsables de proveerlos. Es que, frente a la naturaleza prestacional del derecho a la salud de las personas con discapacidad, la respuesta estatal debe traducirse necesariamente en un hacer, en tanto es a él -como autoridad pública- a quién le incumbe el deber impostergable de garantizar su efectivización mediante el dictado de acciones positivas. Ello sin perjuicio de las obligaciones que deban asumir en su cumplimiento las jurisdicciones locales, las obras sociales o las entidades de la llamada medicina prepaga.

VI. La tutela judicial efectiva del menor con discapacidad a través de la cautelar innominada.

Conforme la normativa referenciada, queda claro que corresponde al Estado -como principal obligado-, brindar la tutela judicial efectiva a los fines de efectivizar el derecho a la salud, a una buena calidad de vida y a brindar una asistencia médica adecuada, principalmente, si se está en presencia de sujetos vulnerables.⁹

En el racconto de la situación vital que atraviesa el menor con discapacidad, se mencionan las distintas deficiencias que padece y la necesidad de ser sometido a una intervención quirúrgica -con sus posteriores tratamientos de rehabilitación y medicación- a los fines alcanzar una calidad de vida digna.

No obstante, para garantizar estos derechos se requiere de una tutela que anticipe su reconocimiento de manera efectiva e inmediata. Y es en este punto donde se destaca la importancia que tiene la "medida cautelar" como vía para neutralizar la urgencia y dar respuesta oportuna a la situación planteada.

El proceso cautelar ha sido definido como "aquel que tiende a impedir que el derecho cuyo reconocimiento o actuación se pretende obtener a través de otro proceso, pierda virtualidad o eficacia durante el tiempo que transcurre entre la iniciación de ese proceso y el pronunciamiento de la sentencia definitiva"¹⁰.

Se ha expresado (Zalazar, 2011;180) que la medida cautelar "es aquella que tiende a alte-

⁹ La Corte Interamericana de Derechos Humanos en autos "Furlan, Sebastián y Familiares c. Argentina" del 31/8/2012, sostuvo que... "Toda persona que se encuentre en una situación de vulnerabilidad es titular de una protección especial..."

¹⁰ Palacio, Lino E. "Manual de Derecho Procesal Civil", Ed. Abelado Perrot, Buenos Aires, 1998, 14.º ed. Pág. 773-774.

rar el estado de hecho existente antes de la petición de su dictado. Es decir que la misma, efectivamente altera la situación imperante y en otros casos va más allá "creando" una situación nueva o distinta a la existente".¹¹

La finalidad de toda medida cautelar consiste en evitar que se tornen ilusorios los derechos de quien los solicita, ante la posibilidad de que se dicte una sentencia favorable. Es decir, se trata de sortear la posible frustración de los derechos de las partes a fin de que no resulten inútiles los pronunciamientos que den término al litigio¹².

El caso en estudio, se trató -precisamente- de un pedido de cautelar innominada configurativa de "tutela anticipada parcial", para quién invocó y acreditó la calidad de persona menor discapacitada.

En este contexto, la doctrina ha señalado que "la referida tutela anticipada se motoriza mediante el despacho de una cautelar innovativa a la que se le reconoce idoneidad para adelantar -siempre y cuando concurran plurales y exigentes recaudos-, la satisfacción de lo pretendido por la actora sin que ésta todavía hubiera obtenido una cosa juzgada favorable"¹³.

Asimismo, el anticipo de jurisdicción que le incumbe a los tribunales al examinar ese tipo de medidas cautelares, jamás importa una decisión definitiva sobre la pretensión concreta del demandante pero sí lleva ínsita una evaluación del peligro de permanencia en la situación actual que padece el menor discapacitado. Es decir, el otorgamiento del despacho cautelar, en nada afecta al fondo de la cuestión, cuya consideración en su totalidad solo podrá ser efectuada una vez concluido con el proceso principal.

En este marco, la Cámara no paso por alto que, este tipo de remedio implicaba una decisión excepcional, pues alteraba el estado de hecho o derecho existente al tiempo de su dictado, y como configuraba un anticipo de jurisdicción favorable respecto del fallo final de la causa, justificó una mayor prudencia al apreciar los requisitos de procedencia de la medida cautelar.

Así, el primer requisito que analiza el tribunal es la "verosimilitud del derecho", que se entiende como la posibilidad de que el derecho invocado exista, que tenga apariencia de verdadero, por lo que debe ser examinado con mayor rigor cuando con la cautelar se persigue la tutela anticipada del derecho que constituye el objeto del amparo. Por consiguiente, la cautelar no se puede ordenar si previamente no se acredita al menos en ese grado de apariencia, que se ha vulnerado el derecho del menor discapacitado.

Ahora bien, la jurisprudencia ha considerado que "estando en juego derechos humanos fundamentales tales como el derecho a la vida y a la integridad física, la verosimilitud del derecho, como requisito de la medida cautelar, se refiere a la posibilidad de que el derecho exista y no a una incontestable realidad que sólo se logrará al agotarse el trámite procesal del juicio respectivo. El análisis e interpretación de la pretensión debe ser flexible, en tanto no se trata de una cuestión crematística o patrimonial"¹⁴. Es que, si bien

¹¹ Zalazar, C. E. (2011): Guía práctica para el ejercicio del derecho: Civil y Comercial", Tomo I,- año 2011, Ed. Advocatus. P. 180.

¹² Cfr. CFAMdP en autos "Antonio Barillari SA c/ Medida Cautelar Autónoma", sentencia registrada al T.º CX F.º 15689: entre otros.

¹³ Peyrano, Jorge W. (2010), Tendencias pretorianas en materia cautelar. Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, T. I. pág. 68.

¹⁴ CNFed. Civ. y Com., Sala III, 28/8/2008, "Stegman, Brian Gunther Oscar c/ Dirección de Ayuda Social para el Congreso de la Nación", DJ, 2003-3-1181.

estamos ante una medida cautelar de carácter excepcional no debemos perder de vista que, en casos como el presente en donde el objeto último de la acción está dirigido a la protección de la salud de una persona menor con discapacidad, esa exigencia debe ser menos rigurosa que en otros, dadas las consecuencias dañosas que podría traer aparejada la demora en satisfacer la prestación tal como la que se reclama.

A su vez, dicha medida se halla condicionada también a que el interesado acredite la existencia del peligro en la demora.

Este requisito debe ser analizado por el juzgador en forma objetiva y teniendo en cuenta la documentación aportada por el amparista, quien debe acreditar: condición de vida del menor discapacitado; que la falta de cobertura de las prestaciones reclamadas pone en riesgo la salud del menor; la necesidad de que se dé continuidad a los tratamientos peticionados para alcanzar una calidad de vida digna; y, además, debe existir temor de que en caso de no otorgarse la tutela requerida, el estado de cosas actual derive en un daño irreparable para el niño.

En un caso semejante al de análisis, la CSJN precisó que "...el peligro en la demora aparece en forma objetiva en tanto la situación de discapacidad y la necesidad de cuidados que la peticionaria padece requiere el dictado de decisiones que resguarden los derechos por ella invocados hasta tanto exista la posibilidad de dirimir los puntos debatidos y de esclarecer los derechos que cada una de las partes aduce" 15.

En tal línea también se expresado que "no debe perderse de vista la perspectiva de la vulnerabilidad bajo cuyo prisma debe ensayarse cualquier salida jurisdiccional vinculada con personas en situación de vulnerabilidad; esto es, personas que, por razón de su edad, género, estado físico o mental, o por circunstancias sociales, económicas, étnicas y/o culturales, encuentran especiales dificultades para ejercitar con plenitud ante el sistema de justicia los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico (100 Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad, sección segunda, 1.3)". 16

VII. Resolución de la Cámara Federal de Apelaciones.

La Cámara Federal de Apelaciones de la ciudad de Mar del Plata al analizar si se encontraban cumplidos los requisitos para la procedencia de la medida cautelar en el caso planteado, resolvió rechazar la apelación interpuesta, y en consecuencia, confirmar la medida cautelar dispuesta por el tribunal de grado.

En relación al "fomus bonis iuris" indicó que en principio se encontraba acreditado, toda vez que de las constancias del expediente, surgía a "prima facie" que la amparista era afiliada a la obra social demandada y, además, del certificado que se acompañó surgía el diagnóstico y necesidad de realizar la cirugía requerida.

Respecto al agravio empleado por la apelante relativo al establecimiento donde debía llevarse a cabo la cirugía, el tribunal tuvo en cuenta lo manifestado por el médico de cabecera menor, quién sugirió que se realice en el nosocomio donde el niño es atendido, por tratarse de un centro especializado en cardiología infantil.

¹⁵ Cfr. Fallos 320:1633.

¹⁶ TSJ, en autos "Manassero, Juan José María c/ APROSS - Amparo - Recurso de Apelación", expte. n.º 2981105, A. I. n.º 85 de fecha 29/10/2018.

En virtud de ello, y teniendo en cuenta el diagnóstico del niño, la Cámara sostuvo que se debía preservar -y garantizar-, la relación médico paciente que se había gestado con los profesionales de esa institución, sin perjuicio de lo que, con posterioridad, se resuelve en la sentencia definitiva; máxime cuando la terapia del niño ya había tenido principio de ejecución en dicho nosocomio. En consecuencia, rechazó el agravio de la accionada.

En relación al peligro en la demora, el tribunal estimó que el perjuicio era inminente y que respondía a una necesidad efectiva y actual, y que ante la posibilidad de que el accionante triunfe en su reclamo, la revocación de la medida cautelar decretada le ocasionaría al menor un perjuicio que se tornaría irreparable o al menos de difícil solución ulterior, ya que resultaría imposible subsanar una circunstancia que deviene agotada por el transcurso del tiempo. Asimismo, resaltó que el anticipo de jurisdicción en las medidas cautelares innovativas no importaba prejuzgamiento¹⁷.

VIII. Conclusiones

En el caso traído a consideración en este comentario, se debatieron derechos tan fundamentales como son la vida y la salud de un menor en condiciones de vulnerabilidad que estaba necesitado de una urgente tutela de sus derechos.

Del análisis de la cuestión, surgieron acreditados los requisitos que permitieron al tribunal interviniente confirmar la medida innovativa. Por un lado, existía verosimilitud en el derecho pues se encontraba acreditada la afección padecida por el menor con discapacidad y, por el otro, se configuraba el peligro en la demora, ya que de no brindar al niño la intervención quirúrgica, el tratamiento posterior y rehabilitación indicados por los profesionales especializados en cardiología infantil, podría haberse agravado su estado de salud e integridad física poniendo en riesgo su vida.

Desde esa óptica, comparto y celebro el criterio de la Cámara que bregó por la adopción de medidas tendientes a efectivizar el derecho a la salud de un menor vulnerable, y asegurarle, de este modo, lo indispensable para el desarrollo de una calidad de vida digna. Esto implica alcanzar las mejores condiciones para que ese niño que atraviesa graves padecimientos de salud pueda vivir en la más amplia plenitud posible teniendo principalmente en mira su interés superior. Es que, no debemos perder de vista que en todas las decisiones que involucren a niños y niñas, su interés superior deberá ser la consideración primordial.

Asimismo, se impone hacer notar que la medida cautelar -en este caso- tuvo como principal finalidad resguardar los derechos fundamentales de una persona vulnerable, y donde cobraron preponderancia los beneficios concretos que la cirugía y el tratamiento posterior -realizados en el lugar y con los profesionales que cuentan con la especialidad y equipamiento necesario para ello- podían producirle en la salud al menor.

No obstante, se debe tener presente que frente a planteos que vislumbren una situación crítica y se presente duda sobre la forma resolverlos, siempre se debe estar por el principio "pro homine", que implica dar primacía del mejor derecho a favor del individuo, lo que impone privilegiar la decisión que garantice el tratamiento que demuestre efectivo progreso en la salud y calidad de vida del vulnerable.

Todas estas reflexiones resultan suficientes para destacar la labor del tribunal que emitió una solución congruente y acorde con la urgencia ínsita en el planteo. En definitiva, hizo efectivo el derecho de un niño que se encontró en una situación de extrema vulnerabilidad y que acudió imperiosamente al órgano judicial para resguardar sus derechos personalísimos y básicos, como lo son la vida y la salud.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Andruet, A. S.; (2000): Código de Ética para las Magistraturas Provinciales. Revista de la Asociación de Magistrados y Funcionarios de la Justicia Nacional, n.º 25 (enero-julio), Bs. As., Regla 304, pág. 86.
- Peyrano, Jorge W. (2010), Tendencias pretorianas en materia cautelar. Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, T. I.
- Feito, L. (2007): Vulnerabilidad. *Anales del Sistema Sanitario de Navarra*. ISSN 1137-6627. Disponible en: http://scielo.isciii.es/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1137-66272007000600002#bajo
- Palacio, L.E. (1998): Manual de Derecho Procesal Civil, Ed. Abelado Perrot, Buenos Aires, ed. 14.°.
- Peyrano, J. W., (2018): Lo urgente y lo cautelar: diferencias y coincidencias. SJA 13/2/2019, 3. JA 2019-I,3. Cita online: AR/DOC/3760/2018.
- Zalazar, C. E. y Carranza, G. G. (2019): Derecho y Salud en Perspectiva. Estudios de Derecho a la Salud. Córdoba. Ed. Advocatus.
- Zalazar, C. E. (2011): Guía práctica para el ejercicio del derecho: Civil y Comercial. Tomo I. Córdoba. Ed. Advocatus.

LA GESTIÓN DE LOS RESIDUOS SÓLIDOS URBANOS Y LA SALUD: APORTES DESDE EL DERECHO AMBIENTAL

THE MANAGEMENT OF URBAN SOLID WASTE AND HEALTH: CONTRIBUTIONS FROM ENVIRONMENTAL LAW

María Laura Foradori¹

DOI: https://doi.org/10.37767/2591-3476(2020)34

Comentario a

Complejo Ambiental de Tratamiento, Valorización y Disposición Final de Residuos Sólidos Urbanos de Córdoba

Cámara Contencioso-Administrativa de 1ra Nominación (Poder Judicial de la Provincia de Córdoba)

Disponible en

https://bit.ly/2ClcDNJ

RESUMEN:

Este trabajo tiene por objetivo comentar la sentencia en los autos caratulados: "Complejo Ambiental de Tratamiento, Valoración y Disposición Final de Residuos Sólidos Urbanos de Córdoba y otros – Cuestión Ambiental" de la Cámara Contencioso Administrativa de 1º Nominación de la Provincia de Córdoba. El Tribunal, en dicho decisorio de diciembre de 2019, niega la instalación del "Complejo Ambiental" para la disposición final de los residuos de la ciudad de Córdoba y otros municipios y comunas, en el sito seleccionado por CORMECOR (Corporación Intercomunal para la Gestión Sustentable de los Residuos Sólidos Urbanos del Área Metropolitana de Córdoba).

Los principales fundamentos del Tribunal para así decidir fueron: que no se respeta la distancia entre el predio para el enterramiento y el borde urbano de Villa Parque Santa Ana, conforme recomiendan estudios técnicos confirmados por las pericias oficiales; que no se llevó a cabo de manera adecuada el proceso de Evaluación de Impacto Ambiental y su audiencia pública, como establece la ley de Política Ambiental Provincial N°10208.

Este fallo nos invita a reflexionar en torno a dos derechos humanos íntimamente relacionados: el derecho a la salud y el derecho a un ambiente sano. Con el foco en éste vínculo, y desde una perspectiva ambiental, se repasarán los puntos centrales del caso, exponiendo cuestiones conceptuales y normativas.

¹ Abogada (UNC); Diplomada en Política Ambiental de Córdoba e instrumentos de gestión (UTN-Villa María); Especialista en Educación Ambiental (UNINI); Doctoranda en Ciencia Política (CEA-UNC). Docente e Investigadora de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Córdoba, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Católica de Córdoba, Universidad Nacional de Villa María y Universidad Siglo 21. Mail: mlauraforadori@gmail.com. Nro. de ORCID: https://orcid.org/0000-0001-8666-7647

ABSTRACT

The objective of this work is to comment on the judgment in the proceedings entitled: "Environmental Complex for Treatment, Assessment and Final Disposal of Urban Solid Waste of Córdoba and others - Environmental Issue" of the Administrative Litigation Chamber of 1st Nomination of the Province of Córdoba. This Court, in said decision of December 2019, denies the installation of the "Environmental Complex" for the final disposal of waste from the city of Córdoba and other municipalities and communes, at the site selected by CORMECOR (Intercommunal Corporation for Sustainable Management Solid Urban Waste of the Córdoba Metropolitan Area).

The main grounds for the Court to decide this were: that the distance between the burial site and the urban edge of Villa Parque Santa Ana is not respected, as recommended by technical studies confirmed by official expertise; that the Environmental Impact Assessment process and its public hearing were not adequately carried out, as established by the Provincial Environmental Policy Law N° 10208.

This ruling invites us to reflect on two closely related human rights: the right to health and the right to a healthy environment. With the focus on this link, and from an environmental perspective, the central points of the case will be reviewed, exposing conceptual and normative issues.

PALABRAS CLAVE: derecho ambiental; derecho a la salud; residuos sólidos urbanos; Complejo Ambiental; evaluación de impacto ambiental.

KEY WORDS: environmental law; right to health; urban solid waste; Environmental Complex; environmental impact assessment.

I. Introducción

Los residuos sólidos urbanos, particularmente su gestión, presentan riesgos para el ambiente y la salud colectiva. A pesar de ello no hay acciones tendientes a mejorar realmente su gestión en América Latina, y particularmente en Argentina (Pascual et al., 2010). El conflicto sociambiental en torno a la basura y la gestión de los residuos sólidos urbanos es de larga data, y puede ser analizado desde diferentes dimensiones, desde la social, política, cultural, hasta la económica y jurídica. En este comentario a fallo se hará hincapié en la última, y particularmente se abordará desde el derecho ambiental, considerándolo en estrecha relación con el derecho a la salud.

Tanto el derecho a gozar de un ambiente sano como el derecho a la salud son derechos humanos y de incidencia colectiva (Iglesias Rossini, 2016). En este sentido, Cafferatta sostiene que "en la mayoría de los casos se protege al medio ambiente y la salud, no ya como derechos subjetivos individuales, de cada persona, exclusivos propios, diferenciados, o fragmentarios, sino como bienes colectivos y hasta difusos o, públicos, generales o supraindividuales" (Cafferatta, 2011: 651).

A partir de ese marco, en esta nota, el fallo que se aborda es la sentencia de la Cámara Contencioso Administrativa de 1° Nominación de la Provincia de Córdoba en la causa caratulada "Complejo Ambiental de Tratamiento, Valoración y Disposición Final de Residuos Sólidos Urbanos de Córdoba y otros – Cuestión Ambiental" del 30 de diciembre de 2019².

² Cámara Contencioso Administrativa 1ra Nominación (2019). En autos: "Complejo Ambiental de Tratamiento, valoración y disposición final de residuos sólidos urbanos de Córdoba y otros - Cuestión ambiental" (Expte. Nº 6351888). Disponible en: https://www.justiciacordoba.gob.ar/justiciacordoba/inicio/indexDetalle.

El conflicto se presenta en torno a la instalación de una planta de tratamiento de residuos sólidos urbanos (en adelante RSU) en un predio ubicado en cercanías de Villa Parque Santa Ana, a 15km al suroeste de la ciudad de Córdoba, departamento Santa María. Como surge de la sentencia, la causa es el resultado de la fusión de varios juicios iniciados por diversos actores, en relación a la ubicación de dicha planta de tratamiento y disposición de los RSU producidos por la Ciudad de Córdoba y otros municipios y comunas que integran la Corporación Intercomunal para la Gestión Sustentable de los Residuos Sólidos Urbanos del Área Metropolitana de Córdoba (en adelante CORMECOR).

El Tribunal, principalmente en base a la pericia técnica multidisciplinaria, de manera unánime hizo lugar a la acción de amparo ambiental y declaró que el sitio seleccionado para la instalación del "Complejo Ambiental de Tratamiento, Valorización y Disposición Final de Residuos Sólidos Urbanos del Área Metropolitana de Córdoba" (en adelante CTVyD) no cumple con los requisitos socio-ambientales establecidos en los Informes realizados por el Instituto Superior de Estudios Ambientales (ISEA) de la Universidad Nacional de Córdoba (UNC).

Entre las razones que llevaron al Tribunal a resolver como lo hizo, se destaca que el emplazamiento en el lugar elegido no expresa fundamentos suficientes para apartarse de las recomendaciones del ISEA, respecto a la distancia mínima que debe separar el emprendimiento del borde urbano más cercano, en este caso, el de Villa Parque Santa Ana. Además, la Cámara sostiene que, en la elección del sitio no se tuvo en cuenta las implicancias sociales que sobre esa misma población tendría la ubicación de un emprendimiento de las características del previsto.

De lo anterior surge la centralidad que se le otorga al "Estudio de sitios" realizado por el ISEA-UNC, considerándolo criterio legítimo para la evaluación del Estudio de Impacto Ambiental (en adelante EsIA) presentado por CORMECOR (realizado por Geoambiental), y aprobado por la Secretaría de Ambiente en 2015 (con condicionantes) y 2017 de manera definitiva.

Para el análisis del caso, se iniciará comentando con mayor detalle los hechos de causa, la historia procesal y los principales ejes de la decisión del Tribunal. Luego, se hará hincapié en la íntima relación entre el derecho a la salud y el derecho a un ambiente sano como derechos humanos, la Evaluación de Impacto Ambiental (en adelante EIA) y la importancia de la participación ciudadana, para finalizar mostrando el marco normativo que rige la gestión de los RSU, particularmente la etapa de disposición final.

II. Hechos de la causa: historia procesal y decisión del tribunal

CORMECOR es una Sociedad Anónima constituida en el año 2013; integrada por la Municipalidad de Córdoba (principal accionista), los municipios de Villa Allende, Estación Juárez Celman, Malvinas Argentinas, Río Ceballos, La Calera, Despeñaderos, Alta Gracia, las comunas de Villa La Bolsa y Villa Los Aromos, y el Sindicato Único de Recolección de Residuos y Barridos de Córdoba (SURRBAC).

Conforme surge de su página oficial³, en junio del año 2012, antes de su constitución, se firmó un convenio entre la Provincia de Córdoba, la Municipalidad de Córdoba y los Mu-

aspx?codNovedad=21998

3 https://cormecor.com/

nicipios y Comunas del Gran Córdoba con el principal objetivo de trabajar conjuntamente en el tratamiento y disposición final de los RSU producidos en la ciudad de Córdoba y el área metropolitana. Ese mismo año, a través de un convenio firmado con la UNC, se encarga al ISEA la realización de estudios de sitios posibles para el emplazamiento del CTVyD. En dicho estudio, el ISEA, sobre un radio de 50km en torno al centro de la ciudad de Córdoba, identifica "zonas aptas" para instalar el enterramiento sanitario en cuestión.

En el año 2015, la Consultora Geoambiental da comienzo al EsIA, determinando como sitio para el enterramiento sanitario un predio cercano a Villa Parque Santa Ana, ubicado en zona rural dentro del Departamento Santa María de la Provincia de Córdoba, entre la Ruta Nacional Nº 36 y la Ruta Provincial Nº 5, a una distancia de 15 Kilómetros al Sudoeste de la ciudad de Córdoba. Este EsIA fue aprobado por la Comisión Técnica Interdisciplinaria (en adelante CTI) del, en su momento, Ministerio de Agua, Ambiente y Servicios Públicos de la Provincia de Córdoba. Luego de llevada a cabo una audiencia pública muy controvertida, se otorga Licencia Ambiental con condicionantes (Res. N°510/15). Finalmente, en el año 2017, se emite la Licencia Ambiental a través de la Resolución Nº 10, al haber completado CORMECOR todos los requerimientos indicados en la Resolución anterior, conforme surge del documento.

Al EsIA lo realizó la consultora privada Geoambiental, determinando el predio cercano a Villa Parque Santa Ana como de "muy buena aptitud" para el emplazamiento del CTVyD. Los peritos oficiales confirmaron, en su estudio, que la consultora se apartó de una de las principales recomendaciones del ISEA-UNC en relación a las distancias entre el predio y las poblaciones: 2km de zona de exclusión, más 2km de buffer o zona de amortiguación. Cabe agregar que, dicho lugar había sido demarcado por el ISEA como zona "apta con condicionantes", y los peritos oficiales al re-evaluar las condiciones del predio utilizando los criterios indicados por el ISEA, lo calificaron como "inaceptable".

Respecto a las diferentes causas unificadas, la primera se presentó en 2014 por la familia Gremo, productores rurales que viven en el paraje Alto El Durazno; y en 2015 la Municipalidad de Villa Parque Santa Ana presentó un amparo en representación de su población. En el año 2016 el conflicto "contra el basural" (Lacombe, 2020) se agudizó al movilizarse y protestar masivamente la comunidad de Villa Parque Santa Ana, lo que llevó a un amparo ambiental colectivo contra CORMECOR. También se unifica la acción declarativa de certeza interpuesta por el propietario de un inmueble rural colindante, José Caparroz. Las demandadas son: CORMECOR, la provincia de Córdoba, la Municipalidad de Córdoba, la Municipalidad de Alta Gracia y la Municipalidad de Villa Allende. Entre otros aspectos, se cuestionan las irregularidades que se presentaron en el proceso de EIA, particularmente respecto a la participación ciudadana, y la ubicación de predio.

A partir de lo anterior, los puntos centrales del debate técnico-jurídico estuvieron dados por: la proximidad del predio elegido por CORMECOR para el enterramiento respecto de la población, la falta de información y participación de los ciudadanos en el proceso de EIA y la magnitud de los daños sociales que no se contemplan en el EsIA presentado por CORMECOR.

Respecto a la ubicación del predio seleccionado, las pericias oficiales confirmaron lo denunciado por los vecinos, que entre el predio elegido por CORMECOR y el ejido de Villa Parque Santa Ana, hay sólo 1km de distancia, y no 5km como se afirma en el EsIA. Ade-

más, otras poblaciones afectadas por quedar dentro de la zona de impacto directo –un radio de 4km- serían Bouwer, Los Cedros y los parajes habitados Alto El Durazno y Potrero del Estado. El informe interdisciplinario oficial señaló que la distancia entre el predio y las poblaciones no garantiza la no afectación de la calidad de vida de las poblaciones cercanas, por diversos peligros –principalmente respecto a emisiones gaseosas y malos olores- y sostuvo que no se dan los fundamentos científicos suficientes para apartarse de la recomendación del ISEA respecto a la distancia del borde urbano, el uso del suelo y aspectos sociales vinculados a las características y dimensiones del mega-enterramientos proyectado por CORMECOR.

Respecto a la participación ciudadana; como señalamos en la introducción, el EsIA presentado por CORMECOR, en octubre del año 2015 fue aprobado por la CTI; a partir de lo cual la Secretaría de Ambiente de la Provincia de Córdoba le otorgó licencia ambiental con condicionantes (Res. N° 510/15); y luego, en 2017, mediante Res. N° 10/17, le otorgó a CORMECOR licencia ambiental definitiva, dando por cumplimentados los requisitos/ condiciones indicados en la resolución anterior.

En ese proceso, si bien se llevó a cabo una audiencia pública, hay varias objeciones por parte de los distintos actores. Concretamente, en la sentencia, los camaristas señalan que la CTI al evaluar el EsIA no tuvo en cuenta las opiniones vertidas en la audiencia pública, porque no respondió de manera fundada a las objeciones allí expresadas, tal como exige el artículo 29 de la Ley General del Ambiente N°25675. Conforme a dicho artículo, si bien lo que surge de la audiencia pública no es vinculante, obliga a los funcionarios a responder de manera fundada a las objeciones planteadas por los participantes. Esto se pone de resalto en la sentencia, que reafirma el valor de la participación ciudadana en los proceso de EIA.

Los camaristas señalaron que la regularidad de la Res. N° 10/17, por la cual se aprueba la licencia ambiental, se ve afectada por no contener una exposición fundada de los motivos del apartamiento de los argumentos expuestos en la audiencia pública, y carecer, de esta manera, de un requisito indispensable impuesto por el ordenamiento vigente en la materia. La Cámara considero que esto invisibilizó a los afectados directos por el emprendimiento Complejo Ambiental, constituyendo el eje central de esas objeciones no respondidas la cuestión de la distancia entre el enterramiento sanitario y las zonas urbanas, afectando de esta manera la calidad de vida de las poblaciones.

En lo que refiere a los aspectos sociales que deben tenerse en cuenta en el proceso de otorgamiento de la licencia ambiental; hubo falencias en su consideración y ponderación a lo largo del proceso administrativo, cuestiones que no se presentaron como autoevidentes; sino que fueron visibilizadas por los actores, para luego, ser evaluadas y consideradas por los peritos oficiales y la sentencia de Cámara (Lacombe, 2020). El Tribunal, siguiendo las conclusiones del Cuerpo de Peritos Oficiales (CPO), afirma que: "El estudio de impacto ambiental presentado tiene en general una estructura, contenido y conclusiones que se corresponden con la realidad física y biológica del área a afectar. No obstante se observan falencias respecto a la estimación de los impactos referidos a emisiones gaseosas y malos olores, dada la proximidad de la comunidad más cercana (Villa Parque Santa Ana) y respecto a los impactos sociales que no han sido considerados en particular y específicamente respecto de la población más afectable en los aspectos negativos del proyecto (Villa Parque Santa Ana)." (Cam. Cont. Adm. 1°Nom, 2019: 194).

Esto muestra una subestimación de los aspectos sociales frente a los biológicos en el proceso del estudio y de la evaluación del impacto ambiental del proyecto de CORMECOR. Lo que evidencia "la naturalización de cierta preminencia jerárquica de los habitualmente llamados: aspectos geofísicos ponderados por las ciencias "exactas"; por sobre los aspectos sociales, entendidos como atinentes a las ciencias "blandas" (Lacombe, 2020: 5). Por lo expuesto, y tomando los fundamentos de la pericia oficial, la Cámara, en una sentencia de 267 páginas, hizo lugar al amparo ambiental y declaró que el sitio seleccionado para la instalación del CTVyD no es adecuado por no cumplir con los requisitos socio-ambientales establecidos por el ISEA-UNC en su estudio.

III. El derecho humano a un medioambiente sano: la íntima relación entre medio ambiente y salud

El reconocimiento de la estrecha relación que existe entre los derechos humanos y el medio ambiente, ha adoptado principalmente dos formas: el reconocimiento explícito de un derecho al medio ambiente; y el fortalecimiento de los vínculos entre derechos ya reconocidos, como los derechos a la vida, la integridad personal y la salud, con el medio ambiente (Morales Lamberti, 2015). En este comentario nos interesa particularmente destacar la interdependencia entre los derechos humanos a un ambiente sano, a la vida y la salud, particularmente vulnerables a la degradación del medio ambiente.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante CIDH), en el año 2017, en una Opinión consultiva solicitada por Colombia, se ha referido expresamente al medio ambiente y los derechos humanos, reconociendo de manera expresa "la existencia de una relación innegable entre la protección del medio ambiente y la realización de otros derechos humanos, en tanto la degradación ambiental y los efectos adversos del cambio climático afectan el goce efectivo de los derechos humanos" (CIDH, 2017: 21-22). A esta interrelación entre la degradación ambiental y los derechos humanos a un ambiente sano y a la salud, la muestra de diferentes formas, particularmente haciendo referencia a las connotaciones individuales y colectivas del derecho a un medio ambiente sano por un lado; y distinguiendo entre derechos sustantivos y de procedimiento por otro lado.

En cuanto a la primera distinción entre derechos individuales y colectivos, expresa: "El derecho humano a un medio ambiente sano se ha entendido como un derecho con connotaciones tanto individuales como colectivas. En su dimensión colectiva, el derecho a un medio ambiente sano constituye un interés universal, que se debe tanto a las generaciones presentes y futuras. Ahora bien, el derecho al medio ambiente sano también tiene una dimensión individual, en la medida en que su vulneración puede tener repercusiones directas o indirectas sobre las personas debido a su conexidad con otros derechos, tales como el derecho a la salud, la integridad personal o la vida, entre otros. La degradación del medio ambiente puede causar daños irreparables en los seres humanos, por lo cual un medio ambiente sano es un derecho fundamental para la existencia de la humanidad." (CIDH, 2017: 27).

En otras palabras, la doctrina se refiere al daño ambiental como bicéfalo o bifronte, debido a que causa tanto daños colectivos como individuales. De esta manera, se diferencia entre el daño ambiental per se o de incidencia colectiva, que afecta a la calidad de vida de los distintos seres vivos y sus ecosistemas, a los bienes comunes; y el daño a los individuos a través del ambiente, donde encontramos los daños a la salud por ejemplo. En este sentido, "[...] el episodio de contaminación o de daño ambiental deja de ser un hecho aislado, irrelevante, insignificante, o despreciable para el derecho, cuando repercute de rebote, o par ricochet, sobre la salud de un individuo, de una pluralidad de individuos, de un sector de la comunidad o de toda ella. Porque cuando el daño ambiental ataca el bien jurídico salud, desaparecen los límites de la normal tolerancia, o de las incomodidades ordinarias, del riesgo permitido, o del riesgo socialmente tolerable, para transformar el daño ambiental en una categoría de daño intolerable." (Cafferatta, 2011: 649).

En el decisorio de la Cámara Contencioso Administrativa que se comenta, respecto al bien común y el derecho a un ambiente sano, el Tribunal expresa:

"Entendemos que en una cuestión de la envergadura de la que nos ocupa no puede obviarse, bajo ningún aspecto, lo que significa la tutela del bien común. En el sub examine ello implica el derecho a un ambiente sano que tienen todos los habitantes de la Provincia de Córdoba; y no sólo los actores. De lo que se sigue que no está únicamente en juego el derecho de las personas cercanas al predio en cuestión, sino también el mismo derecho que tiene un colectivo mucho más extenso. En otros términos, el bien común trasciende al alcance que persiguen los actores. El bien común concierne a muchas más personas. Los que no están presentes en este juicio son el millón y medio de habitantes que residen en la ciudad de Córdoba o en lo que se denomina el Gran Córdoba. Ellos no tienen participación en la causa; pero su voz, sus necesidades, aunque silentes, no pueden ser obviadas por el Tribunal. Este aserto obliga a que la cuestión ambiental que nos ocupa no deba circunscribirse únicamente a las lesiones alegadas por los distintos actores a su derecho constitucional a un ambiente sano, sino también al derecho que tienen los habitantes del Gran Córdoba a gozar del mismo derecho." (Cam. Cont. Adm. 1°Nom, 2019: 111-112).

Por otro lado, pensando en que además del reconocimiento al medio ambiente sano como derecho autónomo, los daños ambientales afectan a otros derechos humanos porque dependen de un medio propicio para su disfrute, la CIDH distingue entre derechos sustantivos y derechos de procedimiento. Los primeros son aquellos "cuyo disfrute es particularmente vulnerable a la degradación del medio ambiente", aquí encontramos el derecho a la vida, a la salud, a la integridad personal. Los derechos de procedimiento son aquellos cuyo ejercicio respalda una mejor formulación de políticas ambientales; entre los que se destaca el derecho a la información y la participación en cuestiones ambientales (CIDH, 2017: 29).

La Corte además destaca que "la salud constituye un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades. Por tanto, la contaminación ambiental puede causar afectaciones a la salud." (CIDH, 2017: 48). Estas afectaciones se ven de manera directa a través de algunos testimonios de habitantes de Bouwer, y de pericias socio-ambientales que se realizaron en un radio de 5km en torno al ex enterramiento sanitario de Potrero del Estado⁴. Conforme surge de lo relatado en la Sentencia, los entrevistados coincidieron en que los impactos del enterramiento sanitario sobre la vida de la comunidad fueron negativos. Hicieron referencia a la invasión de olores nauseabundos, enfermedades gastrointestinales y dérmicas, la proliferación de moscas y roedores en cercanías al enterramiento, la contaminación de las napas de agua de las que se abastecían, entre otras cuestiones.

⁴ Estas incorporaciones a la causa se hicieron gracias a que los actores denunciaron que el EsIA no tuvo en cuenta los antecedentes de los impactos generados por los mega-enterramientos sanitarios sobre las poblaciones cercanas como la comunidad de Bouwer (Lacombe, 2020).

Repasando algunas definiciones de salud y su correspondiente derecho, en íntima relación con el ambiente, Zalazar y Carranza exponen que, "se podría decir, como señaló en su tiempo René Dubós, que la salud es un estado físico y mental razonablemente libre de incomodidad y dolor, que permite a la persona en cuestión funcionar efectivamente por el más largo tiempo posible en el ambiente donde por elección está ubicado; o seguir a Alessandro Seppili, quien afirmaba que ésta era una condición de equilibrio funcional, tanto mental como físico, conducente a una integración dinámica del individuo en su ambiente natural y social" (Zalazar y Carranza, 2018:33).

Desde una perspectiva amplia, y como se adelantó en la introducción, el derecho a la salud es un derecho de incidencia colectiva y reviste un carácter bifronte –similar al daño ambiental-: por un lado se trata de un derecho personalísimo, que a su vez integra el derecho a la vida y a la dignidad de la persona; y por otro lado, es un derecho social, asumiendo el perfil de "derecho colectivo a la salud" (Cafferatta, 2011).

No queremos terminar este apartado sin hacer referencia brevemente al marco normativo constitucional del derecho a un ambiente sano, con énfasis en su relación con el derecho a la salud. En el año 1994, con la reforma constitucional, se incorporó en la Carta Magna el artículo 41 que reconoce de manera expresa, para todos los habitantes, el derecho a un medio ambiente sano, equilibrado y apto para todos los habitantes, y también su correlativo deber de preservación para las generaciones futuras. A partir de esta caracterización del ambiente, no cabe duda de la estrecha relación existente entre ambiente y salud en nuestra Constitución, de manera tal que hasta podría pensarse en el derecho al ambiente sano como una expresión del derecho a la salud (Cafferatta, 2011). Esta caracterización del ambiente como sano y equilibrado ha llevado a que desde la doctrina se discuta si este derecho a gozar de un ambiente sano protege al ambiente en sí mismo o protege a la salud humana en función del ambiente (Iglesias Rossini, 2016).

Es muy importante destacar, que además del artículo 41, con la reforma de 1994 se ha dado jerarquía constitucional a los Tratados de Derechos Humanos enumerados en el artículo 75 inciso 22, esto ensancha enormemente el marco normativo constitucional. Particularmente, el derecho humano al ambiente fue incorporado en importantes instrumentos jurídicos internacionales, ya sea de manera implícita como explícita. De manera implícita, en la Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica se reconoce en el artículo 4 inciso 1º -Derecho a la vida-, y en el artículo 5 inciso 1º -Derecho a la integridad personal-, principalmente. Explícitamente, en el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, conocido comúnmente como Protocolo de San Salvador de 1988, se establece el derecho de toda persona a vivir en un medio ambiente sano, y la obligación de los Estados de proteger, preservar y mejorar el medio ambiente (artículo 11). También reconoce de manera explícita el Derecho a la Salud, entendiéndola como "el disfrute del más alto nivel de bienestar físico, mental y social" (artículo 10).

Otro de los documentos internacionales que reconoce el derecho a vivir en un ambiente sano, en íntima relación con el derecho a la salud, es el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que en su artículo 12 expresa: "1. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental. 2. Entre las medidas que deberán adoptar los Estados Partes en el Pacto a fin de asegurar la plena efectividad de este derecho, figurarán las

necesarias para: [...]b) El mejoramiento en todos sus aspectos de la higiene del trabajo y del medio ambiente."

Por último, no se puede dejar de hacer referencia a la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, conocida como "Cumbre de la Tierra" o "Río 92", que se llevó a cabo en 1992 en Rio de Janeiro-Brasil, y tuvo como uno de sus resultados más importantes a la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, antecedente relevante del artículo 41 de nuestra Constitución Nacional. En su Principio 1 expresa que "Los seres humanos constituyen el centro de las preocupaciones relacionadas con el desarrollo sostenible. Tienen derecho a una vida saludable y productiva en armonía con la naturaleza." Aquí se presenta a la salud como adjetivo de la vida (Zalazar y Carranza, 2018), en un vínculo estrecho con la mirada antropológica del medio ambiente y el desarrollo sostenible. El Principio 14 también hace expresa referencia a la salud humana al indicar el deber de cooperación entre los Estados para desalentar o evitar actividades y sustancias que degraden en forma grave el ambiente o se consideren nocivas para la salud del hombre. Por último, el Principio 7 también se refiere a la cooperación entre los Estados, pero para conservar, proteger y restablecer la salud y la integridad del ecosistema de la Tierra. Aquí, la Declaración se corre del antropocentrismo de los demás artículos citados, y hace referencia a la salud desde una mirada ecosistémica.

IV. La participación ciudadana en el proceso de Evaluación de Impacto Ambiental: Licencia social y la lucha de los vecinos de Villa Parque Santa Ana

En la Opinión consultiva citada anteriormente, la Corte hace referencia a la obligación de prevención y el principio precautorio en el marco de las obligaciones del Estado frente a posibles daños al medio ambiente, con el fin de respetar y garantizar los derechos a la vida, a la integridad personal y la salud. En otras palabras, la defensa del medio ambiente y la salud requiere de mecanismos anticipatorios de tutela a la luz de los principios de prevención y precautorios (Cafferatta, 2011).

Estos principios forman parte del derecho internacional ambiental, y si bien nacen en ese ámbito se expanden a otras ramas como el derecho de la salud. Aquí nos referiremos a la Ley General del Ambiente o Ley de Política Ambiental Nacional N°25675 (2002), y a la ley de política ambiental provincial N°10208 (2014) -que se incorpora al marco normativo de ley N°7343-, porque son las de directa aplicación en el caso bajo estudio.

El artículo 4 de la Ley N°25675 y la Ley N°10208 los define en los siguientes términos: "Principio de prevención: Las causas y las fuentes de los problemas ambientales se atenderán en forma prioritaria e integrada, tratando de prevenir los efectos negativos que sobre el ambiente se pueden producir.

Principio precautorio: Cuando haya peligro de daño grave e irreversible la ausencia de información o certeza científica no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces, en función de los costos, para impedir la degradación del medio ambiente."

Los dos principios están estrechamente ligados por su objetivo que es evitar el daño ambiental –irreversible, grave, colectivo-. Sin embargo, existen diferencias ya que el principio preventivo actúa cuando existe certeza sobre los efectos de una actividad; mientras que el precautorio jugará cuando no haya certeza respecto de los efectos que producen

determinadas actividades o productos, pero haya peligro de daño ambiental (grave e irreversible), lo que obliga a adoptar medidas de detención (Bestani de Saguir, 2011).

Entre los instrumentos que disponen los Estados para cumplir con ese deber preventivo y precautorio, se encuentra la EIA; reconocida en la Declaración de Río 92, leyes nacionales y provinciales.

Podemos conceptualizar a la EIA como "el análisis de las posibilidades de impacto ambiental que presenta un determinado proyecto o actividad que se pretende llevar adelante, a los fines de prevenir, de manera temprana, sus efectos ambientales perjudiciales y riesgosos y, de esta manera, permitir, modificar o impedir su concreción." (Falbo, 2011: 523).

La Ley N°10208, complementando la Ley N°25675, define la EIA como un "procedimiento técnico-administrativo realizado por la Autoridad de Aplicación, basado en el Estudio de Impacto Ambiental, dictamen técnico, estudios técnicos recabados y las opiniones y ponencia surgidas de las audiencias públicas u otros mecanismos de participación ciudadana implementados, que tiene por objetivo la identificación, predicción e interpretación de los impactos ambientales que determinadas políticas y/o proyectos públicos o privados pueden causar en la salud del hombre y/o en el ambiente, así como la prevención, corrección y valoración de los mismos, con el fin de aprobar o rechazar el Estudio de Impacto Ambiental." (artículo 17).

Continuando con la postura de la CIDH, los Estudios de Impacto Ambiental deben ser de carácter social y ambiental. "La inclusión de esos dos elementos en su caracterización, revela que el tipo de estudios exigidos por la Corte IDH debe ir más allá que los estudios del impacto estrictamente ambiental exigidos normalmente con miras a evaluar, prevenir y mitigar los posibles impactos negativos sobre el medio ambiente, haciendo necesario que se incorpore la identificación de los impactos directos o indirectos sobre las formas de vida y salud de los potenciales grupos sociales afectados." (Morales Lamberti, 2015: 84). En este sentido, lo "social" debe interpretarse desde una perspectiva amplia, incluyendo los impactos del proyecto en la dimensión económica, social, cultural, civil, política, la calidad de vida, la salud, el bienestar, etc, de la comunidad afectada (Morales Lamberti, 2015).

En este sentido, un informe realizado en el año 2017 por el Departamento de Antropología, avalado por el Consejo de la Facultad de Filosofía y Humanidades de la UNC; al evaluar el Estudio de Impacto Ambiental presentado por CORMECOR, señala:

"Un Estudio de Impacto Ambiental no sólo debe cumplir con la rigurosidad técnica suficiente para prever la aptitud de suelos, los riesgos de inundabilidad, la dispersión de contaminantes por aire, el riesgo de contaminación de napas; sino que esa misma rigurosidad y ética científica debe atender a los aspectos socio-ambientales. ¿Cómo este proyecto afectará la vida de las personas en el presente y en sus proyecciones futuras? ¿Cómo afectará su salud, su patrimonio, su identidad, sus proyectos?" (Posicionamiento FFyH, 2017: 5; en Lacombe, 2020:7).

Como adelantamos, otro de los ejes de la ratio decidendi de la sentencia, y que manifiestan los actores en sus demandas, es la valoración de la participación ciudadana⁵ en las

⁵ Como marco internacional debemos destacar el Principio 10 de la Declaración de Río de 1992 que se refiere a los derechos de acceso a la información, a la participación y a la justicia ambiental; y el reciente Acuerdo Regional sobre Acceso a la Información, la Participación Pública y el Acceso a la Justicia en Asuntos

audiencias públicas. En consonancia con los lineamientos generales establecidos por la Ley General del Ambiente N° 25675 en materia de participación ciudadana (artículos 19 a 21), la ley provincial N°10208 dispone que "todos los ciudadanos tienen derecho a participar y opinar acerca de las acciones, obras o actividades que se desarrollen en el territorio de la Provincia y puedan afectar el ambiente, sus elementos o la calidad de vida de la población" (artículo 63). Además, establece que este proceso es parte integrante de todo procedimiento administrativo de EIA; que es promovido y conducido por la Autoridad de Aplicación con la participación del proponente y de los actores sociales que están alcanzados por los impactos positivos y/o negativos del proyecto; y que su realización tendrá carácter obligatorio y deberá realizarse previo al otorgamiento o rechazo de la Licencia Ambiental (artículos 13 y 64). En tal sentido, el artículo 29 dispone que una vez verificado por parte de la Autoridad de Aplicación el cumplimiento de las condiciones establecidas por ley para tal proceso y valoradas "las opiniones, ponencias, informes técnicos y científicos que surjan del proceso de participación ciudadana", deberá otorgar o denegar la Licencia ambiental correspondiente. Para el análisis del caso "Complejo ambiental" es indispensable tener presente el artículo 29 infine que expresa: "La opinión u objeción de los participantes no será vinculante para la Autoridad de Aplicación, pero en caso de que ésta presente opinión contraria a los resultados alcanzados en la audiencia o consulta pública, debe exponer fundadamente los motivos de su apartamiento y hacerlo público".

En palabras de la CIDH en la Opinión Consultiva: "La participación representa uno de los pilares fundamentales de los derechos instrumentales o de procedimiento, dado que es por medio de la participación que las personas ejercen el control democrático de las gestiones estatales y así pueden cuestionar, indagar y considerar el cumplimiento de las funciones públicas. En ese sentido, la participación permite a las personas formar parte del proceso de toma de decisiones y que sus opiniones sean escuchadas. En particular, la participación pública facilita que las comunidades exijan responsabilidades de las autoridades públicas para la adopción de decisiones y, a la vez, mejora la eficiencia y credibilidad de los procesos gubernamentales." (CIDH, 2017:91).

Lo anterior queda plasmado en la Sentencia analizada al expresar: "[...] la falta de exposición en la Resolución N°10/2017 de los motivos del apartamiento de la opinión y objeciones de los participantes de la Audiencia Púbica constituye una omisión que, aunada a otros elementos que surgen de la presente causa, importa invisibilizar a los afectados directos por el emprendimiento Complejo Ambiental" (Cam. Cont. Adm. 1°Nom, 2019: 190).

El Tribunal continua: "No sólo ha quedado acreditada la falta de respuesta a los planteos y objeciones realizadas por el Municipio de Villa Parque Santa Ana y los asistentes a la Audiencia Pública; sino también la falta de respuesta a los planteos del Sr. Intendente de esa localidad, la ausencia de adopción de las medidas informativas y de difusión que habían sido recomendadas – recuérdese que el Estudio de Geoambiental había señalado que el 92% de los habitantes de VPSA no conocía los alcances del proyecto-. Además, tampoco puede perderse de vista que el Municipio de Villa Parque Santa Ana no integra Cormecor S.A. (estando emplazada geográficamente en la zona de influencia directa del proyecto); y, el contraste de la profundidad de los estudios y relevamientos socio-ambientales realizados por el ISEA para las localidades de Juárez Celman y Bower, localidades próximas a los sitios donde estaba previsto el emplazamiento original del proyecto, y

los relevamientos realizados por Geoambiental para Villa Parque Santa Ana, reiteramos, la localidad más cercana al emprendimiento." (Cam. Cont. Adm. 1°Nom, 2019: 261).

A la Evaluación de Impacto Ambiental, cabe agregar otros instrumentos que se incorporaron en los últimos años en el marco normativo provincial (Ley N°10208), como la Evaluación Ambiental Estratégica (Capítulo VI) y, especialmente, la regulación de acciones de salud ambiental (Capítulo XV); reconociéndose de esta manera la necesidad de avanzar en la prevención de actividades que puedan tener efectos en la salud de las personas. Respecto a este último capítulo, las acciones en salud ambiental están destinadas a que los ministerios a cargo de las temáticas de salud y de ambiente promuevan "acciones de salud ambiental destinadas a asegurar el mejoramiento de la calidad de vida de las generaciones presentes y futuras en forma prioritaria" (artículo 83).

Las acciones de salud ambiental se expresan en dos tipos de instrumentos: por una parte, a través de los planes quinquenales de salud ambiental, y por otra parte, en la Evaluación de Impacto en Salud (en adelante EIS) (Juliá, 2019).

La ley establece cuando y para qué se utiliza la EIS, determinando tres tipos de posibilidades para usar este instrumento: a) en el procedimiento de Evaluación de Impacto Ambiental se solicita de forma complementaria para aquellas actividades que pudieran generar efectos negativos significativos sobre la salud, b) en los proyectos que no son sometidos a Evaluación de Impacto Ambiental a pedido de la autoridad de aplicación cuando lo considere necesario, y c) en proyectos y/o actividades en curso anteriores a la aprobación de la ley y que generen conflictividad social por producir efectos negativos sobre la salud (Juliá, 2019).

Otro de los instrumentos de política y gestión ambiental estrechamente vinculado con la gestión de los RSU, particularmente con la localización de las plantas de disposición final, es el Ordenamiento Ambiental del Territorio (en adelante OAT) (Novak, 2019). Se encuentra receptado en la Ley nacional N°25675 en los artículos 9 y 10, y debidamente complementada por la Ley N°10208 de la provincia de Córdoba. Esta última, dispone en su artículo 9: "[...] En el proceso de Ordenamiento Ambiental del Territorio se tendrán en cuenta los aspectos políticos, físicos, sociales, tecnológicos, culturales, económicos, jurídicos y ecológicos de la realidad local, regional y nacional.

El Ordenamiento Ambiental del Territorio debe asegurar el uso adecuado de los recursos ambientales, posibilitar la producción armónica y la utilización de los diferentes ecosistemas, garantizar la mínima degradación y desaprovechamiento y promover la participación social en las decisiones fundamentales del desarrollo sustentable."

V. Gestión y disposición final de los residuos sólidos urbanos

Muchos identifican el término basura con el de residuo, pero hay diferencias. Mientras que la basura se asocia a lo que ya no sirve, es inútil o no tiene valor para la sociedad; se denomina residuo a lo que sí puede reaprovecharse o es susceptible de ser transformado en un nuevo producto (Schejtman e Irurita, 2012). La cantidad de residuos ha aumentado considerablemente en las últimas décadas, como consecuencia directa del modelo de producción y consumo de la modernidad y su cultura del descarte. Este incremento ocasiona que gestionar los RSU se convierta en un problema para la mayoría de las ciudades, a lo que no escapa Córdoba y su área metropolitana.

Esta gestión de los RSU o residuos domiciliarios que, como dijimos, es uno de los grandes desafíos de la política pública municipal, impacta de manera directa en la calidad de vida de las personas. No sólo incluye al Estado como prestador del servicio público de recolección de residuos; sino que interpela a los ciudadanos como generadores de RSU en sus actividades cotidianas (Novak, 2019). La realidad nos muestra que no existe un abordaje integral del sistema de residuos que comprenda su ciclo completo –desde la generación hasta la disposición final (y más aún: la reinserción en el mercado de los materiales recuperados)-, sino que hay soluciones parciales y provisorias; ya sea por falta de recursos financieros, falta de coordinación interjurisdiccional, escasez de conocimientos y personal capacitado, etc (Schejtman e Irurita, 2012).

Lo expresado se evidencia también en la sentencia, al decir:

"[...]Esto es especialmente relevante en la gestión de la basura, que no es más que el desecho de la sociedad, que crece exponencialmente, motorizada por un consumo irresponsable y corto de miras. En general, en el actual sistema económico, la producción de basura es inevitable y, en el mejor de los casos, lo que se busca es reutilizar parte de ella para volver a introducirla en el circuito productivo. Esta última estrategia es sólo posible, [...] a través de un profundo cambio cultural, que involucra no solo al Estado sino también, esencialmente, a la población. Por lo tanto, tal modificación debe ser precedida inevitablemente por un radical cambio educativo que abarque a todos los estratos sociales." (Cam. Cont. Adm. 1°Nom, 2019: 112).

Respecto al marco normativo, en el ámbito internacional, entre los instrumentos que se firmaron en la Conferencia de Río 92, se encuentra el Plan de Acción denominado Agenda 21. En el Capítulo 21 titulado: Gestión Ecológicamente Racional de los Desechos Sólidos y cuestiones relacionadas con las Aguas Cloacales, expresa: "La gestión ecológicamente racional de los desechos debe ir más allá de la simple eliminación o el aprovechamiento por métodos seguros de los desechos producidos y procurar resolver la causa fundamental del problema intentando cambiar las pautas no sostenibles de producción y consumo. Ello entraña la aplicación del concepto de gestión integrada del ciclo vital que representa una oportunidad única de conciliar el desarrollo con la protección del medio ambiente."

A nivel nacional⁶, específicamente en materia de RSU, en el año 2004 se sancionó la Ley N°25916 de Presupuestos Mínimos para la Gestión Integral de Residuos Domiciliarios; complementada a nivel provincial por la Ley N°9088. En el artículo 2 define al residuo domiciliario como "aquellos elementos, objetos o sustancias que como consecuencia de los procesos de consumo y desarrollo de actividades humanas, son desechados y/o abandonados". Lo más significativo es que se refiere a la gestión integral de los residuos definiéndola como "conjunto de actividades interdependientes y complementarias entre sí, que conforman un proceso de acciones para el manejo de residuos domiciliarios, con el objeto de proteger el ambiente y la calidad de vida de la población." (artículo 3). Esta gestión integral comprende las etapas de generación, disposición inicial, recolección, transferencia, transporte, tratamiento y disposición final.

Por el caso que nos ocupa en esta nota, haremos especial hincapié en la etapa de disposición final que comprende el conjunto de operaciones que tienen por objetivo lograr el

⁶ A nivel provincial la ley específica es la N°9088 de "Gestión de Residuos Sólidos Urbanos (RSU) y residuos asimilables a los (RSU)", a nivel municipal rige la Ordenanza N°12.648/17 como Marco Regulatorio para la gestión integral de residuos sólidos urbanos. Ambas normativas se enmarcan y complementan la Ley de Presupuestos Mínimos N°25916 conforme al tercer párrafo del artículo 41 de la Constitución Nacional.

depósito permanente de los RSU. El método más comúnmente utilizado a nivel mundial es la disposición en tierra, el enterramiento. Los centros de disposición final son definidos por la Ley N°25916 como "aquellos lugares especialmente acondicionados y habilitados por la autoridad competente para la disposición permanente de los residuos" (artículo 17). Se explaya respecto a las condiciones de su ubicación en los artículos 20 y 21: "Artículo 20: Los centros de disposición final deberán ubicarse en sitios suficientemente alejados de áreas urbanas, de manera tal de no afectar la calidad de vida de la población; y su emplazamiento deberá determinarse considerando la planificación territorial, el uso del suelo y la expansión urbana durante un lapso que incluya el período de postclausura. Asimismo, no podrán establecerse dentro de áreas protegidas o sitios que contengan elementos significativos del patrimonio natural y cultural.

Artículo 21: Los centros de disposición final deberán ubicarse en sitios que no sean inundables. De no ser ello posible, deberán diseñarse de modo tal de evitar su inundación."

La ubicación del enterramiento plantea conflictos significativos, como el que aquí tratamos, por varios motivos: la magnitud del espacio necesario y la afectación del hábitat de la zona circundante a dichas instalaciones, entre los principales (Novak, 2019). Esta afectación, bajo una mala gestión, representa un peligro como fuente de contaminación del suelo, el aire y el agua; además de la posibilidad de ser, un foco infeccioso para las poblaciones cercanas (Schejtman e Irurita, 2012).

A esto se refiere el Tribunal en la Sentencia:

"Toda esta falta de conciencia, desidia y hasta ignorancia ambiental hace que haya más basura; y mientras más gente viva en un conglomerado urbano, más basura se produce. Al crecer tal conglomerado, la basura se tiene que ubicar cada vez más lejos de sus productores porque, aunque son quienes lo han generado, no la quieren ver, no la quieren sentir, no la quieren oler, no la quieren padecer.

Esa es la razón por la cual estamos en juicio. Los habitantes de la ciudad de Córdoba y lo que ya se está constituyendo en "Gran Córdoba", más allá de la responsabilidad que tienen en la producción de la basura, necesitan alejarla de ellos. Necesitan disponer de la misma de modo tal que no interfiera en su vida diaria. No está en discusión que la basura debe tener un destino adecuado. Lo que ocurre es que nadie la quiere cerca, por múltiples razones. Éste no es un fenómeno nuevo. Tanto es así que se ha acuñado un acrónimo para el mismo: "NINBY" ("Not in my back yard"), que traducido significa "No en mi patio trasero" (Cam. Cont. Adm. 1°Nom, 2019: 112-113).

Y determina:

"La solución de compromiso, ambientalmente viable, es que la radicación del Complejo Ambiental se haga en un sitio lo suficientemente alejado de donde los directamente afectados viven y desarrollan sus actividades, y/o que la planta cuente con la tecnología y diseño acordes a la distancia que la separa de las personas, justamente para que éstas no sean afectadas, o lo sean mínimamente." (Cam. Cont. Adm. 1°Nom, 2019: 114).

Comúnmente, se entiende como efecto o síndrome NIMBY a la resistencia de grupos locales al emplazamiento en sus territorios de "equipamientos, infraestructuras o servicios que presuponen algún tipo de riesgo" (Lacombe, 2020: 13). Desde esa perspectiva se considera a esas reacciones como expresiones individualistas y egoístas, que se oponen

a los cambios obstaculizando de esta forma el desarrollo, "ya que estos grupos no ponderan más que los costos locales y no los beneficios globales de los emprendimientos o infraestructuras en cuestión" (Lacombre, 2020: 13).

Lacombe, antropóloga, que se desempeñó como perito de parte de los vecinos de Villa Parque Santa Ana, critica la Teoría NIMBY. Expone que esa perspectiva teórica no cuestiona los daños generados por el "progreso" al ambiente, ni revisa alternativas a los modos imperantes de producción, consumo y descarte; que podrían minimizar y hasta evitar esos daños. No visibiliza las injusticas ambientales y desconoce los movimientos sociambientales al reducirlos a acciones no solidarias que se oponen al progreso. En palabras de Lacombe, "en esta perspectiva teórica subyace una visión conservadora del progreso; ya que no admite críticas ni transformaciones a los modos en que el desarrollo industrial y extractivista está afectando las vidas de las comunidades, los territorios y la sustentabilidad de las generaciones futuras. Es una perspectiva que concibe a las demandas ciudadanas como una amenaza; desacredita la participación ciudadana en la toma de decisiones que afectan su ambiente, justifica el sacrificio de minorías en post del beneficio de supuestas mayorías... Por lo cual esta teoría discrepa con cualquier perspectiva de derechos humanos universales, de igualdad ante la ley y de derecho ambiental" (Lacombe, 2020: 13-14).

VI. Reflexiones finales

¿El planeta? Úselo y tírelo. En el reino de lo efímero, todo se convierte inmediatamente en chatarra." (Galeano, 2014 : 175)

Este trabajo tuvo por objetivo destacar y analizar los ejes del fallo en los autos caratulados: "Complejo Ambiental de Tratamiento, Valoración y Disposición Final de Residuos Sólidos Urbanos de Córdoba y otros – Cuestión Ambiental" del 30 de diciembre de 2019; que trata sobre el conflicto suscitado a raíz de la instalación de una planta de tratamiento de RSU en un predio ubicado en cercanías de Villa Parque Santa Ana, a 15km al suroeste de la ciudad de Córdoba. Los puntos entorno a los cuales gira el decisorio son: la ubicación del predio elegido para la disposición final de los RSU de varios municipios, la falta de información y participación de la ciudadanía en el proceso de EIA y las cuestiones sociales que deben ser ponderadas en dicha evaluación.

El recorrido de este comentario tiene como columna vertebral el vínculo entre los derechos humanos a un ambiente sano y a la salud; ambos afectados directamente por los RSU, particularmente por una gestión deficiente en su disposición final. Tanto la sentencia como el marco normativo reconstruido en este trabajo, muestran como común denominador el concepto "calidad de vida", y cómo el mismo se ve afectado por los daños ambientales en general, y particularmente, los referidos a la gestión de la disposición final de los desechos.

También, se ha repasado el marco normativo y la importancia de la participación de la ciudadanía informada en los procesos de decisión sobre cuestiones ambientales, cuestiones de índole colectiva. La sentencia analizada reafirma la importancia de la participación, no dejando pasar por alto la falta de fundamentación ante una decisión contraria a lo que surge de la audiencia pública en la EIA. Reconoce de esta manera, el valor de una ciudadanía consciente, activa y comprometida con la defensa de sus derechos fundamentales.

Es indispensable destacar la importancia fundamental de una gestión integral de los RSU, desde su generación hasta su disposición final y posible reutilización (economía circular). Debe tratarse de un ciclo, donde se tomen medidas que aborden el problema en forma completa; dando solución a esta problemática social, ambiental, política, económica que enfrenta la sociedad en general y los municipios en particular. Estas decisiones implican mayor financiamiento, revisión normativa respecto a los instrumentos de gestión, innovación tecnológica, coordinación interjurisdiccional, formación y capacitación a los funcionarios y decisores, llevar adelante campañas de sensibilización/concientización ambiental para impactar en la disposición inicial de los RSU, entre otras cuestiones.

Pero, más allá de lo anterior, si pensamos concretamente en las causas profundas de esta situación crítica de los "basurales", debemos replantearnos los modelos de producción y consumo imperantes, donde el descarte es la primer –y única- opción. Esto finalmente, debe ser lo prioritario a la hora de gestionar los residuos, ya que la mayoría de ellos pueden ser minimizados si modificamos nuestros hábitos en su generación. Continuar discutiendo dónde enterrar la basura es insustentable!

Por último, cabe agregar que, ya se admitieron recursos de apelación frente a este fallo; ahora debe resolver el Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de Córdoba.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Bestani de Saguir, A. (2011). El principio de precaución en el derecho ambiental. En Cafferatta, N. (dir.). *Summa Ambiental. Doctrina-Legislación-Jurisprudencia* (pp. 641-655). Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- Cafferatta, N. (2011). Derecho a la salud y derecho ambiental. En Cafferatta, N. (dir.). *Summa Ambiental. Doctrina-Legislación-Jurisprudencia* (pp. 641-655). Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- Cámara Contencioso Administrativa 1ra Nominación (2019). En autos: "Complejo Ambiental de Tratamiento, valoración y disposición final de residuos sólidos urbanos de Córdoba y otros Cuestión ambiental" (Expte. N° 6351888). Disponible en: https://www.justiciacordoba.gob.ar/justiciacordoba/inicio/indexDetalle.aspx?codNovedad=21998
- Corte Interamericana De Derechos Humanos (2017). Opinión consultiva: Medio ambiente y Derechos Humanos (OC-23/17). Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_23_esp.pdf.
- Falbo, A. (2011). Evaluación de impacto ambiental: su concepto y caracteres. En Cafferatta, N. (dir.). *Summa Ambiental. Doctrina-Legislación-Jurisprudencia* (pp. 641-655). Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- Galeano. E. (2014). Úselo y tírelo. El mundo visto desde una ecología latinoamericana. Buenos Aires: Booket.
- Iglesias Rossini, G. (2016). El derecho a gozar de un ambiente sano: Relaciones entre la salud y el Ambiente. *Revista de la Facultad de Derecho*, 40, 159-176. Disponible en: http://www.scielo.edu.uy/scielo.php?pid=S2301-06652016000100007&script=sci_abstract
- Juliá, M. (2019). La regulación de acciones en salud ambiental en la provincia de Córdoba. *Diario Administrativo*, 265, s/d.

- Lacombe, E. (2020). "No al basural": Un fallo a favor de los vecinos. *Alfilo*. Disponible en: https://ffyh.unc.edu.ar/alfilo/no-al-basural-un-fallo-a-favor-de-los-vecinos/
- Morales Lamberti, A. (2015). Evaluación de impacto ambiental y social: estándares sustantivos y de procedimiento en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. En Drnas de Clément, Z.(dir.). *Cuaderno de Derecho Ambiental. Evaluación de Impacto Ambiental* (pp. 69-108). Córdoba: Advocatus.
- Novak, A. (2019). Residuos Sólidos Urbanos, un problema de todos. *Actualidad Jurídica*, 288, s/d.
- Pascual, A. et al. (2010). Los residuos sólidos urbanos y su relación con la salud. En Barragán, H. (ed.). *Desarrollo, salud humana y amenazas ambientales. La crisis de la sustentabilidad* (pp. 217-228). La Plata: Universidad Nacional de La Plata.
- Shejtman, L. e Irurita, N. (2012). Diagnóstico sobre la gestión de los residuos sólidos urbanos en municipios de la Argentina. Documento de trabajo n°103 CIPPEC. Disponible en: https://www.cippec.org/wp-content/uploads/2017/03/1552.pdf
- Zalazar, C. y Carranza, G. (2018). Aproximación sistémica al concepto de derecho a la salud. *O movimento entre os saberes. Direito à Saúde na Sociedade em Rede*, V. X, 29-49.

EL DERECHO DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD A GOZAR DEL MÁS ALTO NIVEL DE SALUD POSIBLE

THE RIGHT OF PERSONS WITH DISABILITIES TO ENJOY THE HIGHEST ATTAINABLE STANDARD OF HEALTH

María Florencia Blanco Pighi1

DOI: https://doi.org/10.37767/2591-3476(2020)35

Comentario a

Artaza, Ramón Alberto c/ Administración Provincial Del Seguro De Salud (A.P.R.O.S.S) - AMPARO (LEY 4915)

Cámara Contencioso-Administrativa de 2da Nominación (Poder Judicial de la Provincia de Córdoba)

RESUMEN:

El fallo judicial de análisis versa sobre el reconocimiento del derecho subjetivo de una persona adulta mayor que padece de hipoacusia bilateral profunda, a gozar del más alto nivel posible de salud. En ese contexto, se considera el alcance que debe tener el derecho a la salud de las personas con discapacidad, sobre todo en términos de accesibilidad, y el rol que cumple el Estado como garante del mismo.

ABSTRACT

The judicial ruling of analysis deals with the recognition of the subjective right of an elderly person suffering from profound bilateral hearing loss to enjoy the highest possible level of health. In this context, the scope of the right to health of people with disabilities, especially in terms of accessibility, and the role of the State as guarantor of it must be considered.

PALABRAS CLAVE: Discapacidad; hipoacusia neurosensorial bilateral profunda; derecho a la salud; protección constitucional; acción de amparo.

KEY WORDS: Disability; profound bilateral sensorineural hearing loss; right to health; constitutional protection; legal protection action.

¹ Abogada y Profesora en Ciencias Jurídicas, egresada de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Córdoba. Diplomada en Derecho de las Familias (UNC). Adscripta de la Cátedra "B" de Privado VII, carrera de Abogacía, Facultad de Derecho U.N.C. Docente de la materia Política y Derecho Educacional del Profesorado en ciencias jurídicas de la Facultad de Derecho (UNC). Jefa de Trabajos prácticos de la Cat. "A" en la materia Privado VIII, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales en la U.C.C.- Correo electrónico: florblancopighi@gmail.com. ORCID iD: https://orcid.org/0000-0001-9324-4036

I. Introducción

El 15 de agosto de 2019 la Cámara en lo Contencioso Administrativo de Segunda Nominación de la ciudad de Córdoba, resolvió hacer lugar a la acción de amparo interpuesta en contra de una obra social reconociendo el derecho subjetivo del actor a la cobertura integral del implante coclear en su oído derecho.

Para así resolver, el tribunal se apartó de lo establecido por Resoluciones 101/07² (de tipo interna, emanada de la obra social) y 400/16³ del Ministerio de salud de la Nación, y fundamentó la sentencia en normativa nacional (Constitución Nacional y leyes especiales en la materia) y en tratados internacionales en los que la Republica Argentina es parte.

Del análisis normativo efectuado, la cámara sostuvo que la denegación de cobertura con fundamento en las resoluciones mencionadas, implicaba incurrir en una omisión lo suficientemente lesiva del derecho constitucional a la salud, impidiendo al actor el desarrollo de una vida digna en plenitud personal y con su entorno.

En este marco, el presente artículo tiene en miras un análisis de la normativa en juego, para poder vislumbrar si la resolución en cuestión es acorde a derecho y, en consecuencia, determinar si la misma responde a una aplicación armónica de la legislación nacional e internacional vigente en nuestro país.

II. Reseña del caso. La controversia.

La parte actora con motivos de su discapacidad (hipoacusia bilateral profunda) promueve acción de amparo en contra de la obra social de la cual es afiliado, a los fines de obtener una cobertura integral del implante coclear en oído derecho, con más todas las prestaciones accesorias que hacen a su debido funcionamiento ya que ello le permitiría transformar los sonidos en estímulos eléctricos a su cerebro, mejorando así su calidad de vida. Argumentó también que la presente acción se inició debido a los fracasos extrajudiciales y administrativos para lograr la mentada cobertura.

Por su parte, la obra social demandada, manifiesta que el amparista es portador de un implante coclear en el oído izquierdo provisto por la primera y funda la falta de cobertura del segundo implante en la Resolución 101/07 que impone un límite de edad de 60 años para el receptor. Asimismo, refiere que ha existido una falta de informes y pedidos médicos por parte de prestadores de la obra social que dificulta la recepción del pedido del actor.

Sin perjuicio de ello, en los autos no se controvierte ni la calidad de afiliado del actor, la enfermedad que padece, su condición de persona con discapacidad, ni la existencia de otro implante cuya cobertura procuró la obra social demandada.

De las constancias de la causa adquiere relevancia, la discusión sobre la normativa aplicable: ¿es posible negar el derecho a la salud del actor basándose en una resolución emanada de la propia parte demandada?

III. Las normas en contradicción y la supremacía constitucional

Que, así las cosas, nos encontramos en una discusión de pleno derecho sobre la norma-

² Esta resolución, al 18/05/2020, no se encuentra disponible en la página oficial de A.P.R.O.S.S. (http://www.apross.gov.ar/14-Resoluciones-Ano-2007.note.aspx) 3 Resolución disponible en: http://www.faosdir.org.ar/pdf/Resolucion400-2016-SSS.pdf (al 19/05/2020)

tiva aplicable. La Cámara decidió hacer lugar al planteo del actor, entendiendo que encuentra protegido su derecho a la salud por la Constitución Nacional Argentina (art. 33), por tratados internacionales con jerarquía constitucional, a partir de su incorporación en el art. 75 inc. 22 (entre ellos: el art. 12 inc. c del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el art. 4 inc. 1 y 5 inc. 1 de la Convención Interamericana de Derechos Humanos; el art. 6 inc. 1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y los arts. 1, 3, 4, 25 y 28 de la Convención sobre los Derechos de las personas con discapacidad), por la Constitución de la Provincia de Córdoba (Art. 27 y 59), por la Ley Nacional N° 25.415 del año 2001 (art. 4) y por la Ley Provincial N° 9564 del año 2008 (art. 5).

Resulta de importancia recalcar que la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad establece en su art. 1 que el propósito de la misma es promover, proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad, de todos los derechos humanos de las personas con discapacidad. En el marco de esta normativa, los Estados Partes se comprometen a asegurar y promover el pleno ejercicio de esos derechos humanos (art. 4) y "reconocen que las personas con discapacidad tienen derecho a gozar del más alto nivel posible de salud sin discriminación por motivos de discapacidad". A su vez, los Estados Partes se comprometen a asegurar el acceso de las personas con discapacidad a los servicios de salud.

En este sentido, el tribunal rechaza los argumentos de la parte demandada que sustentaba su negativa a otorgar la prestación requerida, en un límite de edad (60 años) establecido tanto en la Resolución interna N° 101/07 como en la Resolución del Ministerio de Salud de la Nación 400/16.

Finalmente, es necesario hacer hincapié en que, una interpretación armónica de la normativa citada, que conforma en los términos del Tribunal interviniente "un bloque constitucional y legal", solo puede llevarnos en el mismo rumbo que la sentencia en análisis. El propio Tribunal establece en el voto de la Dra. Ortiz de Gallardo, en consonancia con fallos anteriores, que, "las leyes deben ser interpretadas en su letra y en su espíritu y con especial armonización con el resto de las normas que integran el ordenamiento jurídico".

IV. Algunas precisiones sobre la resolución

En el caso en cuestión se desarrollan argumentos sustentados en normativa de jerarquía constitucional de gran valor, sin perjuicio de ello, podrían adicionarse algunos elementos de peso para fortalecer la decisión arribada.

En este sentido, podría hacerse hincapié en el art. 75 inc. 23 de nuestra Carta Magna le impone al Congreso de la Nación la obligación de "legislar y promover medidas de acción positivas que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos de los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad...". Normativa que evidencia la manda constitucional de proteger a los ancianos y a las personas con discapacidad, ambas situaciones acaecidas en la situación analizada.

Por otro lado, si bien no se mencionan como argumentos de las partes ni del Tribunal, también correspondería la aplicación de las 100 Reglas de Brasilia (actualizadas en el año

2018) ya que las personas con discapacidad son incluidas entre aquellos que, por su situación de vulnerabilidad, encuentran especiales dificultades para ejercitar con plenitud ante el sistema de justicia los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico⁵. Más aun teniendo en cuenta la doble situación de vulnerabilidad del actor, quien es un adulto mayor y una persona con discapacidad.

Ante este panorama, adquiere relevancia el rol que asuma el Estado, ya que de ello dependerá la única posibilidad de crear las condiciones para un derecho a la salud sustentable⁶. Es decir, que en el marco de la normativa vigente, el Estado adquiere el rol de garante de un acceso real a las prestaciones de salud⁷.

Sin dudas, la regulación vigente no implica entender el derecho a la salud como un derecho absoluto, que no puede ser regulado, sino que debemos realizar una interpretación armónica de la normativa en juego, partiendo de un piso mínimo aceptable, que en nuestro caso está dado por las normas que conforman el bloque de constitucionalidad⁸.

Este argumento ha sido reforzado por la Corte Interamericana de Derechos humanos al establecer que se debe realizar una interpretación sistemática, teleológica y evolutiva, recurriendo al corpus iuris internacional en la materia, para poder dar contenido específico al alcance de los derechos tutelados por la Convención⁹.

V. El más alto nivel posible de salud

Cabe preguntarnos ahora, ¿qué debe ser entendido por el "más alto nivel posible de salud" que expresa el art. 25 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad?

Lo primero que debe aclararse es que, este concepto, no se encuentra únicamente contemplado en la convención mencionada, sino que también se encuentra regulado en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Art. 12, apartado 1°).

El Consejo Económico y Social de Naciones Unidas ha dicho que: "el concepto del "más alto nivel posible de salud", tiene en cuenta tanto las condiciones biológicas y socioeconómicas esenciales de la persona como los recursos con que cuenta el Estado (...). Por lo tanto, el derecho a la salud debe entenderse como un derecho al disfrute de toda una gama de facilidades, bienes, servicios y condiciones necesarios para alcanzar el más alto nivel posible de salud"¹⁰.

Se ha dicho también, en este sentido, que se reconoce que el derecho a la salud, abarca una amplia gama de factores socioeconómicos que promueven las condiciones, gracias a las cuales las personas pueden llevar una vida sana, haciendo ese derecho extensivo a los factores determinantes básicos de la salud, como la alimentación y la nutrición, la

^{5 100} Reglas de Brasilia. Disponible en: https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2009/7037.pdf

⁶ URBINA, PAOLA ALEJANDRA. Estado y salud en Argentina: una aproximación histórica. Disponible en: http://www.salud.gob.ar/dels/entradas/estado-y-salud-en-argentina-una-aproximacion-historica (Consultado el 18/05/2020).

⁷ CLERICO, LAURA. (2009) ¿El argumento del federalismo vs. el argumento de igualdad? El derecho a la salud de las personas con discapacidad. Revista Jurídica de la Universidad de Palermo. Pág. 2. Disponible en: https://www.palermo.edu/derecho/revista_juridica/pub-11/11Juridica05.pdf (consultada el 18/05/2020). 8 OP. CLERICO. Pág. 4.

⁹ Caso Poblete Vilches y otros c/ Chile. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_349_esp.pdf (fecha de consulta: 19/05/2020).

¹⁰ Observación General Nº 14 del Consejo Económico y Social de Naciones Unidad. El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud: 11/08/2000. E/C.12/2000/4 CESCR OBSERVACION GENERAL 14. (General Comments). Disponible en: https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2001/1451. pdf (fecha de consulta: 18/05/2020).

vivienda, el acceso a agua limpia potable y a condiciones sanitarias adecuadas, condiciones de trabajo seguras y sanas y un medio ambiente sano. Es decir que, el Comité de Naciones Unidas, interpreta el derecho a la salud, como un derecho inclusivo que no sólo abarca la atención de salud oportuna y apropiada sino también los principales factores determinantes de la salud¹¹.

Esta normativa internacional, impone a los Estados Partes la obligación de respetar y permitir el acceso al derecho a la salud, a todos sus habitantes, sin poder aplicar ningún tipo de medida discriminatoria, generando una efectiva igualdad de acceso al derecho a la salud.

A su vez, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha dicho que "todo ser humano tiene derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud que le permita vivir dignamente, entendida la salud no sólo como la ausencia de afecciones o enfermedades, sino también de un estado completo de bienestar físico, mental y social, derivado de un estilo de vida que permita alcanzar a las personas un balance integral"¹².

Así las cosas, el derecho a gozar del más alto nivel posible de salud implica ampliar el concepto de salud, teniendo en miras el proporcionado por la Organización Mundial de la Salud, entendida como "...un estado de perfecto (completo) bienestar físico, mental y social, y no sólo la ausencia de enfermedad"¹³. Lo cual impone una obligación a los Estados Partes de asegurar el efectivo acceso y goce de sus habitantes de este estado perfecto o completo de bienestar físico.

Podemos decir entonces que, el más alto nivel posible de salud, dependerá en cada caso concreto, y se evidenciará en un estado de bienestar general, que no implica únicamente "estar sano" y que se traduce en el mejor estado al que puede llegar esa persona, según sus circunstancias particulares. No quedan dudas que, en el caso en cuestión, este más alto nivel posible de salud se traduce en poseer ambos implantes cocleares que le permitirán al actor llevar adelante una vida de relación adecuada, en todo tipo de ambientes, pudiendo gozar de sus derechos en plenitud.

VI. Presunción de inconstitucionalidad

Una cuestión interesante que surge del fallo en análisis, que trae a colación una consolidada doctrina del Alto Tribunal Argentino que establece que, en los casos en los que se impugna una categoría infra constitucional basada en un criterio etario, corresponde considerarla sospechosa de discriminación y portadora de una presunción de inconstitucionalidad que corresponde a la parte demandada levantar¹⁴.

Es decir que, cuando opere esta presunción de inconstitucionalidad sobre la normativa cuya aplicación se pretende, será la parte demandada quien deba probar que, en el caso concreto, dicha norma no ofende a la Constitución Nacional. Lo que no ocurre en el caso de marras, donde se pretende la mera aplicación de las resoluciones mencionadas, sin acreditar este extremo.

¹¹ GARAY, OSCAR ERNESTO. Derecho a la salud II. DELS. Disponible en: http://www.salud.gob.ar/dels/entradas/derecho-la-salud-ii (fecha de consulta: 18/05/2020)

 $^{12\} Caso\ Poblete\ Vilches\ y\ otros\ c/\ Chile.\ Disponible\ en:\ http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_349_esp.pdf\ (fecha\ de\ consulta:\ 19/05/2020).$

¹³ Organización Panamericana de Salud. Disponible en: https://www.paho.org/arg/index.php?option=com_content&view=article&id=28:preguntas-frecuentes&Itemid=142 (Fecha de consulta: 18/05/2020).

¹⁴ Fallos: 327:5118

Es preciso recordar que el art. 31 de la Carta Magna resulta sumamente claro: "Esta Constitución, las leyes de la Nación que en su consecuencia se dicten por el Congreso y los tratados con las potencias extranjeras son la ley suprema de la Nación..." por lo cual, ninguna ley o, en este caso, resolución, podría contrariar lo establecido en nuestras normas constitucionales.

El tribunal interviniente, menciona que el tope de edad establecido en las mismas no tiene ningún sustento fáctico ni legal que lo avale, y ni siquiera se relaciona con la edad jubilatoria establecida para los varones. Razón por la cual, la vulneración del derecho a la salud y la inconstitucionalidad de la norma que así lo regula, deviene evidente.

VII. A modo de conclusión

Es necesario puntualizar, en primer lugar, que el derecho a la salud no está expresamente establecido en nuestra Constitución Nacional, pero si ha sido receptado por los tratados internacionales con jerarquía constitucional, razón por la cual resulta de aplicación directa el art. 28 C.N. en cuanto establece que los derechos y garantías consagrados en el texto constitucional, no podrán ser alterados por las leyes que reglamenten su ejercicio. En el caso de marras, ni siquiera estamos ante una ley, en el sentido estricto de la misma, sino de dos resoluciones emanadas de autoridades administrativas en el orden provincial y nacional, respectivamente.

Por lo tanto, resulta indiscutible que el derecho a la salud ha sido ampliamente reconocido en nuestro país, tanto en la órbita nacional como internacional, sin embargo, lo que todavía parece ser cuestionado es su operatividad.

Internacionalmente, el Estado Argentino se ha comprometido a asegurar y garantizar el acceso a la salud de todos sus habitantes y ha reforzado, si se quiere, dicho compromiso cuando se trate de personas en especial situación de vulnerabilidad.

La protección del derecho de salud, abarca el deber de los Estados por adoptar todas aquellas medidas que garanticen un acceso igualitario a los servicios de salud, incluso cuando sean suministrados por terceros, lo cual puede traducirse en la adopción de acciones positivas que permitan asistir a las personas y comunidades en el disfrute efectivo del derecho a la salud. Que, si los Estados así no lo hiciesen, serán responsables ante la comunidad internacional por las vulneraciones al derecho a la salud que pudieren acaecer.

En el fallo en análisis resulta claro que debemos velar porque el actor obtenga el nivel de salud más alto posible, y, de los informes médicos presentados, surge que el mismo solo será alcanzado con el segundo implante coclear. Resulta evidente, a los ojos del Tribunal, que el derecho a la salud, entendido como ese estado de bienestar descripto por la propia O.M.S., en el caso analizado solo quedará garantizado haciendo lugar a la acción de amparo interpuesta.

Finalmente, cabe concluir que el Estado Argentino ha asumido un compromiso a nivel internacional, por velar por el cumplimiento de los tratados de derechos humanos que ha ratificado y que, en muchos casos, tienen jerarquía constitucional, y que este compromiso atañe a los tres poderes del Estado, no pudiendo el Poder Judicial hacer caso omiso a esta obligación. Que este mandato constitucional, ha sido reforzado por las 100 reglas

de Brasilia, que también deben ser tenidas en cuenta a la hora de permitir el acceso a la justicia de personas en estado de vulnerabilidad, tal y como ocurre en el presente caso, que estamos ante un adulto mayor con discapacidad, es decir, una persona en situación de hiper vulnerabilidad.

Así las cosas, cada miembro del Estado deberá dar cumplimiento a este compromiso asumido, para lograr un efectivo acceso al derecho a la salud, y los operadores del sistema de justicia, tenemos un rol fundamental en este proceso.

LA TUTELA JUDICIAL DIFERENCIADA, UN CAMINO PARA EL EFECTIVO GOCE DE LOS DERECHOS

DIFFERENTIATED JUDICIAL PROTECTION, A WAY FOR EFFECTIVE ENJOYMENT OF RIGHTS

María Natalia Juez¹

DOI: https://doi.org/10.37767/2591-3476(2020)36

Comentario a

P. B., G. T. C. Swiss Medical Group - Amparo-Expte. N°8268042

Cámara 4ta de Apelaciones en lo Civil y Comercial

(Poder Judicial de la Provincia de Córdoba)

Disponible en

https://bit.ly/2E68GCY

RESUMEN:

El reconocimiento de derechos debe ir acompañado de acciones positivas del Estado que aseguren su eficacia y tomen en especial consideración las diferentes realidades y circunstancias de los justiciables, lo que debe ser un pauta de interpretación que impregne sus decisiones.

ABSTRACT

The recognition of rights must be accompanied by positive actions by the State that ensure its effectiveness and take special consideration of the different realities and circumstances of the citizens, which should be a guideline of interpretation that permeates their decisions.

PALABRAS CLAVE: Tutela judicial diferenciada; personas en condición de vulnerabilidad; tutela anticipada; discapacidad; derecho a la salud.

KEY WORDS: Differentiated judicial protection; people in vulnerable condition; early guardianship; disability; right to health.

¹ Abogada (UNC); Diplomada en Derecho Procesal Civil (UBP); Especializanda en Derecho Judicial y de la Judicatura (UCC). Se desempeña como Prosecretaria letrada del Juzgado Civil y Comercial de 49º Nominación de la Provincia de Córdoba. Mail: mnataliajuez@hotmail.com. ORCID iD: https://orcid.org/0000-0002-4630-9068.

I. Introducción

En marco de una acción de amparo, los padres de la niña G.T.P.B. reclaman a SWISS MEDICAL GROUP la provisión de dos audífonos marca Widez Modelo U2 + FM + SCOLA REACH + DEX + FEX, lo cual es solicitado también como medida cautelar. En contra del acogimiento favorable de esa medida se levanta la demandada ante lo cual la Excma. Cámara de Apelaciones Civil y Comercial de 4° nom. de la ciudad de Córdoba confirma lo resuelto por el tribunal de primera instancia. Para así decidir se valoran los elementos de la causa a la luz la pertenencia de la niña a grupos en situación de vulnerabilidad y la entidad de los derechos en juego como el derecho a la salud y a la educación.

II. El progresivo reconocimiento de derechos como primer paso para su goce.

A los largo de los años hemos sido testigos de un proceso de progresivo reconocimiento de derechos y garantías a la ciudadanía, el que en nuestro país ha venido de la mano de la Reforma Constitucional del año 1994 y la denominada constitucionalización de los Tratados Internacionales. Más recientemente, con la promulgación del Código Civil y Comercial de la Nación en el año 2015 se avanzó hacia la convencionalización del derecho privado.

Relacionado a la situación fáctica de la que parte el fallo comentado, podemos referir que el Pacto internacional de Derechos económicos, sociales y culturales dispone en su art. 12 que "los Estados partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental". Por otro lado, bajo la denominación derecho a la preservación de la salud y al bienestar, el artículo 11 de la Declaración Americana sobre Derechos y Deberes del Hombre prescribe que "toda persona tiene derecho a que su salud sea preservada por medidas sanitarias y sociales, relativas a la alimentación, el vestido, la vivienda y la asistencia médica, correspondientes al nivel que permitan los recursos públicos y la comunidad". La Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad dice que "los Estados Partes reconocen que las personas con discapacidad tienen derecho a gozar del más alto nivel posible de salud sin discriminación por motivos de discapacidad. Los Estados Partes adoptarán las medidas pertinentes para asegurar el acceso de las personas con discapacidad a servicios de salud que tengan en cuenta las cuestiones de género, incluida la rehabilitación relacionada con la salud".

En consonancia con estos tratados, se han dictado a nivel nacional leyes de protección integral de las personas con discapacidad como la N° 22.431 y la 24.901.

Sin embargo, este importante y progresivo fortalecimiento en el elenco de derechos y garantías, ponen en evidencia la necesidad de que el Estado asegure los mecanismos necesarios para que esas normas no sean meras enunciaciones y puedan concretarse en la efectivo goce de esos derechos.

III. El goce de los derechos como meta.

El reconocimiento de los derechos en la letra de la ley, si bien es un importante avance no deja de ser simplemente el primer paso. Debe necesariamente ser complementado con acciones tendientes a su concreción, cual es el efectivo goce de esos derechos.

En otras palabras, es necesario articular los medios para que el Estado no se evidencie como incapaz de asegurar esos derechos. Es así como el tradicional principio de la de la tutela judicial efectiva adquiere especiales matices derivados de la necesidad de demos-

trar que el sistema judicial puede y debe adaptarse a las necesidades de la ciudadanía. No basta ya con tener acceso a reclamar ante la justicia u obtener una resolución judicial como respuesta al requerimiento formulado, es necesario que el actuar del órgano judicial asegure la operatividad de los derechos y garantías reconocidos por las normas.

El énfasis debe estar puesto en la eficacia de la función jurisdiccional y no en apego a las formas, teniendo presente que las formas y mecanismos procesales no son sino un medio para la concreción de los derechos sustanciales.

Es aquí en donde entra en escena la tutela judicial diferenciada que impone la aplicación de mecanismos que permitan hacer efectivos los derechos y garantías consagrados en los instrumentos internacionales y en las normas, con especial atención en los grupos más vulnerables.

Al decir de Peyrano estamos ante una tutela procesal diferenciada "cuando -excepcionalmente y a raíz de experimentar urgencias apremiantes el requirente del servicio de justicia o de las singularidades del derecho material cuya aplicación se reclama- se hubiera instrumentado un montaje procesal autónomo de cierta complejidad, portador de una pretensión principal y que cuenta con la dirección de un órgano jurisdiccional investido de facultades incrementadas e inusuales; estructura que deberá satisfacer, en la medida de lo razonable, la garantía del debido proceso (que ampara tanto al requirente del servicio de justicia como al requerido) y que se deberá apartar, en varios aspectos, y, notoriamente, de las matrices vigentes clásicas. Dicho montaje procesal deberá brindar al demandante un trato preferencial y admitir, por lo común, una legitimación activa amplia". (Peyrano, 2009: p.22).

La heterogeneidad de la situación en que se encuentran las personas, obligan a los operadores de justicia a abandonar clasificaciones y/o mecanismos estructurados y estancos a la hora de resolver. Deben, por el contrario, valorar las particularidades de cada caso y situación, para en base a ellas elaborar una respuesta que se evidencie efectiva. No puede permitirse que el sistema judicial actúe de manera ineficaz cercenando o limitando los derechos que la Constitución reconoce.

Conjuntamente con el fenómeno de reconocimiento de derechos, en el último tiempo se ha ido tomando conciencia sobre los obstáculos que muchas personas deben enfrentar para acceder a la justicia y lograr el ejercicio de sus derechos, lo que muchas veces está vinculado con pertenecer a sectores que se encuentran en situación de vulnerabilidad.

Especial relevancia sobre la cuestión tienen las Reglas de Brasilia sobre el "Acceso a la Justicia de las Personas en condición de vulnerabilidad", que contienen un conjunto de directrices y recomendaciones para los Poderes Judiciales con miras a modificar sus prácticas y enervar las causas que impiden a las personas en situación de vulnerabilidad acceder a una tutela judicial efectiva. Allí se considera en condición de vulnerabilidad a "aquellas personas que, por razón de su edad, género, estado físico o mental, o por circunstancias sociales, económicas, étnicas y/o culturales, encuentran especiales dificultades para ejercitar con plenitud ante el sistema de justicia los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico". Dentro de la enunciación de causas de vulnerabilidad se mencionan la edad (niñez o ancianidad) y la discapacidad física, mental o sensorial, permanente o transitoria.

Por su parte la CSJN en el emblemático caso "Halabi" tiene dicho que el acceso a la justicia debe asegurarse en forma diferenciada cuando "exista un fuerte interés estatal en su protección, sea por su trascendencia social o en virtud de las particulares características de los sectores afectados".

IV. El caso.

Los padres de la niña G.T.P.B. promueven una acción de amparo en contra de SWISS MEDICAL GROUP solicitando la provisión de dos audífonos para su hija que presenta un diagnóstico de hipoacusia. Idéntico objeto tiene la medida cautelar peticionada, la que es despachada favorablemente por el juez de primera instancia. En contra de esa decisión se alza la demandada, quien apela la medida que en definitiva es confirmada por el tribunal de alzada.

En apariencia, nos encontramos ante una resolución que analiza cuestiones meramente procedimentales, vinculadas a los requisitos que deben verificarse para el despacho de una medida como lo es la tutela anticipada.

Así, se advierte que las cuestiones abordadas en la resolución bajo análisis pueden agruparse en dos grande temas. El primero de ellos relacionado con las condiciones en las que fue despachada por el tribunal de primera instancia la medida cautelar solicitada por los actores. La accionada aquí se agravia porque la medida fue dispuesta inaudita parte y porque también su objeto se identifica totalmente con el de la pretensión de fondo de la acción entablada. Al respecto, el tribunal de alzada refiere que el contradictorio se ha verificado en la posibilidad de la apelante de expresar sus agravios, por lo que desaparece al respecto el requisito de trascendencia necesario para reconocer el vicio procedimental que se acusa. En relación a la identidad entre la pretensión final y la cautelar, en una concisa remisión expone que ese aspecto es de la esencia misma de la tutela anticipada y que la medida dispuesta en autos reviste esa naturaleza.

El segundo eje, se relaciona con los requisitos de procedencia de la medida cautelar, y, en especial, su valoración en el caso concreto. Es aquí en donde –en mi opinión- se encuentra la riqueza del precedente. Es que la resolución bajo análisis, se encuentra impregnada de pautas de valoración e interpretación que evidencian la aplicación de la denominada tutela judicial diferenciada.

Por ejemplo, al valorar la verosimilitud en el derecho, se hace referencia a que la prescripción médica que aconseja el uso del audífono y en la que se basa la pretensión, no ha sido reconocida lo que en un esquema tradicional debilitaría su trascendencia valorativa. Sin embargo, encontrándose en juego derechos esenciales como el derecho a la salud y a la educación de una niña, se remarca la instrumentalidad de las formas y se flexibiliza la exigencia.

Refieren expresamente que cuando está en juego la protección a la salud de una persona con discapacidad, la procedencia de una medida cautelar debe ser siempre menos rigurosa pues debe valorarse la entidad del perjuicio que su rechazo podría ocasionar en la persona, que por lo general es mucho mayor que el que genera su concesión en la otra parte. Idéntico razonamiento es el que, en definitiva, habilita el despacho de una tutela anticipada.

Refuerzan incluso su decisión y pautas de interpretación invocando la existencia de una relación de consumo que también es merecedora de pautas interpretativas diferenciadas en atención a la posición de vulnerabilidad de una de las partes.

Finalmente, en atención al peligro en la demora como requisito formal de procedencia, refieren también que la naturaleza misma de los derechos en juego pone en evidencia el riesgo en la demora. Se valora incluso que tratándose de una niña con una discapacidad auditiva, no sólo se afectaría su derecho a la salud sino también el derecho a la educación, porque por la funcionalidad misma del aparato requerido se infiere su vinculación con el desarrollo de sus actividades educativas.

Vemos entonces que la valoración de cada uno de los elementos en que se sustenta la decisión adoptada, ha estado motivada por las especiales circunstancias del caso concreto, inclinando la balanza conforme los factores de vulnerabilidad que presenta la interesada y la entidad de los derechos en juego. Todo lo cual habilita la aplicación de pautas interpretativas diferenciadas que tienen como norte el efectivo goce de los derechos.

V. Conclusiones

Se trata de una resolución breve y concisa, que en apariencia es meramente formal, sin embargo se encuentra impregnada de pautas y principio de valoración que permiten flexibilizar las normas procesales para acercar a la jurisdicción un poco más a realización de su finalidad esencial, cual es la concreción del valor justicia.

En casos como este, la necesidad de implementar criterios valorativos diferenciados se impone con mayor claridad y fuerza a la luz de los derechos tan esenciales en juego, en los que el apego a las normas escritas y tradiciones podrían conculcar el efectivo goce de los derechos.

El diseño de acciones tendientes a consagrar la vigencia de los derechos humanos no es sino el cumplimiento de una manda constitucional, ya que la Carta Magna en su art. 75 inc. 23 menciona como facultad del Congreso "la de legislar y promover las medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y por los tratados internacionales vigentes de derechos humanos, en particular respecto de los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad". El Poder Judicial debe ir en esa misma senda, teniendo siempre como finalidad esencial garantizar el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

• PEYRANO, Jorge W., Precisiones sobre el concepto de tutela diferenciada, Revista de Derecho Procesal, T. 2009-1, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2009, p.22.

PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL Y CONVENCIONAL DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD COMO PRINCIPAL ESCUDO FRENTE A LOS ABUSOS DE LAS OBRAS SOCIALES

CONSTITUTIONAL AND CONVENTIONAL PROTECTION OF PEOPLE WITH DISABILITIES AS THE MAIN SHIELD AGAINST THE ABUSE OF SOCIAL WORKS

Ángeles María Baez¹

DOI: https://doi.org/10.37767/2591-3476(2020)37

Comentario a

B., P. M. C/ Administración Provincial del Seguro de Salud (APROSS)

Sala Electoral y de Competencia originaria del Tribunal Superior de Justicia

(Poder Judicial de la Provincia de Córdoba)

Disponible en

https://bit.ly/319LvQU

RESUMEN:

El presente artículo abordará el análisis de una sentencia dictada por el Tribunal Superior de Justicia de la provincia de Córdoba sobre un recurso de apelación entablando en contra de una resolución que hizo lugar a la acción de amparo impetrada por la parte actora. El Máximo Tribunal de la provincia rechazó la impugnación intentada, ordenando en el fallo lineamientos de suma relevancia para el Derecho a la Salud y especialmente para un grupo vulnerable como son las personas con discapacidad.

ABSTRACT

The aim of this article is to analyse the decision taken by the Superior Court of Justice of the province of Córdoba on an appeal filed against a resolution, which allowed the amparo action brought by the plaintiff. The Superior court of the province rejected the attempted injunction, setting the rules which are extremely relevant guidelines for the Right to Health and especially for a vulnerable group such as people with disabilities.

¹ Abogada (Universidad Nacional de Córdoba); Escribana (Universidad Siglo 21) Auxiliar del Poder Judicial de la Provincia de Córdoba, cumpliendo función de Asistente de Magistrado; Maestranda de Derecho Procesal (Universidad Siglo 21); Adscripta de la cátedra "B" de Teoría General del Proceso de la Universidad Nacional de Córdoba; miembro del proyecto de investigación "Código Procesal Civil y Comercial/ Penal de la Provincia de Córdoba" de la Secretaría de Investigación de la Universidad Siglo 21. Correo electrónico: angelesmariabaez@gmail.com. Orcid iD: https://orcid.org/0000-0003-2661-0029

PALABRAS CLAVE: Derecho a la salud - discapacidad - amparo - cobertura integral - obras sociales.

KEY WORDS: Right to health - disability - protection - comprehensive coverage - social works.

I. Introducción

En la extensión de este trabajo analizaremos el fallo "B. P. M. C/ ADMINISTRACIÓN PRO-VINCIAL DEL SEGURO DE SALUD (APROSS) – AMPARO - RECURSO DE APELACIÓN" dictado el cuatro de octubre de 2019 por el Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de Córdoba. En la resolución el Máximo Tribunal rechaza el recurso de apelación deducido por la demandada APROSS en contra de la sentencia dictada por la Cámara de Apelaciones con competencia Contencioso Administrativo de Segunda Nominación de la ciudad de Río Cuarto, que hizo lugar al amparo de salud promovido por la parte actora.

Consideramos que estamos frente a una resolución ejemplar, que nos permite entender que la justicia es efectiva cuando resuelve partiendo de un detallado análisis de las circunstancias particulares del caso, con la finalidad de dotar de equidad a la solución y poniendo especial énfasis en la protección constitucional y convencional para, de este modo, arribar a una resolución fundada, que garantice el efectivo goce de los derechos de los grupos vulnerables, acreedores de una especial protección por parte del Estado.

II. Derecho a la salud: su recepción constitucional y convencional

El derecho a la salud es un derecho fundamental personalísimo que tiene toda persona por su condición de tal. La Organización Mundial de la Salud define a la salud como "un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades". Podríamos decir que "se trata de una definición holística y progresista que considera a la salud, ya no sólo como un fenómeno meramente somático y psicológico, sino también social. La salud se considera así como un fenómeno complejo que debe ser abordado a través de la interdisciplinariedad, pues para poder comprenderla en su multidimensionalidad es necesario que concurran diversas disciplinas que interactúen y se integren entre sí" (Alcántara Moreno, 2008, p. 100).

En ese orden de ideas, observamos el abandono, con acierto, de una visión de salud considerada solamente desde el punto de vista médico y biológico, para desplazarlo de este modo a un concepto mucho más amplio que involucre a la economía, el derecho, la ciencia política, la ecología, la antropología, entre otras. En efecto, si trasladamos la noción al ámbito del derecho diremos que comprende el derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental, incluidas las condiciones de vida saludables y de servicios de salud disponibles, accesibles y de buena calidad (Monasterio Figueroa, 2018).

Cabe recordar que en nuestro país la protección de la vida y la integridad psicofísica de la persona humana, se enfatizó a partir de la reforma de la Constitución Nacional de 1994. Entre los numerosos avances, el art. 75 inc. 22 otorgó jerarquía constitucional a los tratados internacionales sobre derechos humanos, afianzando la protección del derecho a la vida y dignidad humana. En esta materia corresponde al Estado asumir las obligaciones fundamentales y garantizar el derecho a la salud y velar por su cumplimiento. Conforme surge del art. 75, inc. 23 de la Carta Magna, el Estado Nacional asume la calidad de garante de los derechos reconocidos por los Tratados Internacionales.

En el ámbito provincial, la Constitución de Córdoba en su artículo 27 señala que "los discapacitados tienen derecho a obtener una protección integral del Estado que abarque la prevención, asistencia, rehabilitación, educación, capacitación, inserción en la vida social, y a la promoción de políticas tendientes a la toma de conciencia de la sociedad respecto de los deberes de solidaridad". Podemos deducir del citado artículo que el Estado provincial también reconoce su obligación de brindar protección integral a las personas con discapacidad, por lo que promueve políticas sociales que fomenten la solidaridad. Se advierte, en consonancia con lo expuesto precedentemente, que la protección es amplia y abarca no sólo lo tendiente a la asistencia médica, sino también lo necesario para lograr la inserción en la sociedad de forma digna (Mensa González, 2006, p. 55).

En lo que respecta a las leyes nacionales, cabe destacar de forma particular la Ley 22.431, del año 1981, que establece un sistema de protección integral de las personas con discapacidad. Por otro lado, la Ley 24.901, del año 1997, instituye un sistema de prestaciones básicas en habilitación y rehabilitación integral a favor de las personas con discapacidad, con el objeto de brindarles una cobertura integral a sus necesidades y requerimientos.

Desde el plano internacional, el art 10 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad señala: "Los Estados Partes reafirman el derecho inherente a la vida de todos los seres humanos y adoptarán todas las medidas necesarias para garantizar el goce efectivo de ese derecho por las personas con discapacidad en igualdad de condiciones con las demás." Por su parte el art. 25 de la Convención establece: "Los Estados Partes reconocen que las personas con discapacidad tienen derecho a gozar del más alto nivel posible de salud sin discriminación por motivos de discapacidad. Los Estados Partes adoptarán las medidas pertinentes para asegurar el acceso de las personas con discapacidad a servicios de salud que tengan en cuenta las cuestiones de género, incluida la rehabilitación relacionada con la salud...".

Dentro de este contexto normativo, la Corte Suprema de Justicia de la Nación también ha tenido numerosos pronunciamientos en relación al derecho a la salud. Recalcamos la importancia de la solución del caso que nos convoca en armonía con los parámetros fijados por el más Alto Tribunal de nuestro país que tiene dicho que el derecho a la salud está íntimamente relacionado con el derecho a la vida (CSJN, 01/06/2000, "Asociación Benghalensis y otras c. Estado Nacional", LL, 2001-B, 126) y, además, que este último es "el primer derecho natural de la persona humana preexistente a toda legislación positiva que, obviamente, resulta reconocido y garantizado por la Constitución Nacional y las leyes"(CSJN, 06/11/1980, "Saguir y Dib, Claudia Graciela s/ autorización", LL, 1981-A, 401; CSJN, 27/1/1987; CSJN, 27/02/1987, "Cisilotto, María del Carmen Baricalla de c. Estado Nacional (Ministerio de Salud y Acción Social)", LL, 1987-B, 311; CSJN, 05/03/2003, "Portal de Belen — Asociación Civil Sin Fines de Lucro c. Ministerio de Salud y Acción Social de la Nación s/ amparo", LL, 2002-B, 520).

III. Reseña del caso

La parte actora interpuso acción de amparo con la finalidad de que la Administración Provincial de Seguro de Salud (APROSS) -obra social a la cual estaba afiliada- proceda a reincorporarla al seguro de salud, atento haber procedido a desafiliarla sin previo aviso, incluso cuando la accionante continuaba pagando el arancel correspondiente. A la petición se suma la especial situación de la actora, una joven de veintiún años que padece fibrosis quística y posee certificado de discapacidad en razón de su enfermedad. Cabe

resaltar asimismo que la peticionante se encontraba afiliada como beneficiaria indirecta del seguro de salud contratado por su madre.

La Cámara de Apelaciones con competencia Contencioso Administrativo de Segunda Nominación de la ciudad de Rio Cuarto acogió favorablemente la vía intentada por la actora, hizo lugar al amparo deducido y emplazó a la demandada APROSS para que proceda a su reincorporación al seguro de salud. Para adoptar tal decisión, repasó el contexto normativo aplicable en el presente caso, los términos de la Ley N° 9277, que conceptualiza las diversas categorías de afiliados admitidos por APROSS y establece el régimen jurídico vigente para cada uno de ellos; y los lineamientos de la Resolución N° 50/16, invocada por la demandada para rechazar la afiliación de la amparista. Consideró que resultan aplicables a la cuestión sometida a estudio los principios consagrados en la Ley de Defensa del Consumidor y concluyó que la demandada cercenó los derechos constitucionales de la actora a la salud y a la vida.

El pronunciamiento fue impugnado por parte de la demandada APROSS, elevándose la causa al Tribunal Superior de Justicia con motivo del recurso de apelación interpuesto. La parte recurrente esbozó una alongada serie de agravios, de los cuales puede advertirse que los mismos consisten en una mera crítica a la resolución impugnada y una discrepancia con lo decidido en la instancia anterior, sin prestar atención a las circunstancias fácticas acreditadas en la causa. La demandada cuestiona puntualmente la normativa aplicada al resolver, aduciendo que se ha omitido considerar la legislación provincial a la cual su representada debe someter su actuación.

Por su parte, la actora solicita el rechazo de los agravios de la impugnante y hace saber que nunca dejó de afrontar la obligación de pago que se encontraba a su cargo, la que se realizaba de manera conjunta con el pago de la cuota de su madre, quien es la afiliada titular.

El Máximo Tribunal de la Provincia de Córdoba resolvió rechazar el recurso de apelación interpuesto por la demandada APROSS y emplazarla para que proceda a la reincorporación de la actora al seguro de salud, como beneficiaria indirecta a cargo de su madre, sin período de carencia alguno.

IV. Análisis del decisorio y consideraciones al respecto

Resulta relevante realizar en este punto un análisis de la normativa aplicada por el Tribunal al resolver. Debemos destacar el extenso y detallado estudio efectuado por el Superior Tribunal de la Provincia, del marco jurídico normativo Constitucional y Convencional que regula el Derecho a la Vida y consecuentemente el Derecho a la Salud.

Ahora bien, específicamente la cuestión a decidir giraba en torno a determinar si la parte demandada había obrado con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta al registrar la baja afiliatoria de la actora bajo el argumento de haber alcanzado la edad de 21 años, y posteriormente rechazar la posibilidad de su afiliación voluntaria por haber presentado la solicitud fuera del plazo reglamentado.

Previo al estudio de la normativa que regula específicamente la actuación de la obra social demandada, debemos reparar en el criterio de interpretación de los hechos aplicado por el Superior Tribunal de Justicia la Provincia de Córdoba. En el considerando número séptimo de la resolución, luego de fijar el tema a decidir el Tribunal precisó: "el examen

de cualquier caso en el que esté de por medio la salud y, con ello, el derecho a la vida de las personas, debe partir necesariamente de un pormenorizado análisis de las circunstancias vitales particulares que subyacen al planteo a los fines de dotar de equidad a la solución que se procure, por cuanto lo justo judicial es lo que, acorde a derecho, resulta prudente y razonable en ese caso en particular y no a cualquier otro". Creemos que esta aclaración efectuada por el Tribunal es de vital importancia, pues expone en sus líneas su razonamiento jurídico, su criterio de interpretación y el alcance del derecho a la salud al momento de dictar la resolución.

Debe destacarse asimismo que en el caso bajo estudio, más allá de haber considerado la doctrina, jurisprudencia, normativa constitucional, convencional y legal en relación al derecho a la salud de las personas con discapacidad, el tribunal realizó un detallado análisis de las normas bajo las cuales la demandada rige su actuación, - la Ley 9277 y de la Resolución N° 0050/16- e invocadas por la misma para denegar la solicitud de la actora para acceder a la reafiliación. Del estudio de la normativa se advirtió que desde el punto de vista fáctico y jurídico no podía hacerse lugar al planteo de la parte impugnante.

Repasaremos a continuación los artículos relevantes de esa legislación para entender la solución arribada por el Tribunal: El art. 5 de la ley 9277 describe los tipos de afiliaciones, distinguiendo por un lado los afiliados obligatorios de los afiliados voluntarios, de acuerdo a la modalidad de su incorporación. A su vez, la normativa establece que los afiliados pueden ser directos o indirectos, siendo los primeros quienes resulten titulares del beneficio e indirectos quienes accedan a la cobertura por intermedio de un afiliado directo. Trasladando estos conceptos al caso de marras, podemos decir que la accionante de los presentes autos se encontraba como afiliada indirecta de su madre quien es afiliada voluntaria directa de Apross.

Ahora bien, lo relevante es que de la lectura de la norma podemos advertir que la defensa deducida por la parte impugnante, fundada en la aplicación de la Ley 9277 (la cual fue analizada en primera y ulterior instancia), que consistía en afirmar que la actora presentó en forma extemporánea la solicitud de reafiliación, no encuentra asidero legal alguno, como así tampoco la Resolución del Directorio N° 0050/16 que rechaza la reafilación de la actora.

En consonancia con lo analizado podemos decir que el contenido de la Resolución emitida por el Directorio resulta arbitraria e ilegal. Para fundamentar esta afirmación basta con observar los artículos de la ley a la que hemos hecho referencia.

El artículo 8 clasifica el universo de afiliados voluntarios directos según la modalidad de su incorporación, distinguiendo entre quienes lo hacen de forma colectiva, es decir a través de una entidad determinada y legalmente constituida que adhiere conjuntamente a APROSS (inc. a), de quienes se incorporan de manera individual (inc. b).

De la lectura del artículo se colige que, una vez incorporados, los afiliados voluntarios directos de APROSS, como es el caso de la madre de la parte actora, independientemente de la modalidad de su incorporación, gozan de los mismos derechos y obligaciones que los afiliados obligatorios directos. Surge asimismo que tal igualdad, se encuentra sujeta a tres excepciones, una de las cuales es la restricción inicial y no permanente de prestaciones determinadas establecidas por el Directorio. Respecto de ésta, establece que no serán aplicables a quienes hayan sido afiliados obligatorios (directos o indirectos)

durante un plazo igual o mayor de un (1) año corrido inmediato anterior a la solicitud de incorporación como afiliado voluntario directo, "siempre y cuando se haya formalizado tal solicitud dentro de los sesenta (60) días corridos contados a partir de la baja como Afiliados Obligatorios".

De este modo y a la luz de la normativa citada se deduce que el plazo de sesenta días invocado por la demandada, como único argumento para rechazar la afiliación, se encuentra establecido en la ley 9277, pero para un supuesto totalmente distinto al invocado por el Directorio de la accionada, es decir que no guarda relación ni punto de conexión alguno con la situación fáctica planteada en el caso bajo anatema.

Por otro costado, en relación al argumento alegado por la impugnante en cuanto a que la actora había cumplido la mayoría de edad al momento de ser dada de baja de la obra social, cabe destacar que el artículo 7 de la normativa citada individualiza quiénes serán considerados integrantes del grupo familiar primario a los fines de proceder a su incorporación obligatoria como beneficiarios indirectos de APROSS. En tal sentido determina que "Son Beneficiarios Obligatorios Indirectos...: d) Los hijos e hijas solteros mayores de edad y hasta los veintiséis (26) años que cursen estudios regulares oficialmente reconocidos y que estén a cargo del Afiliado Obligatorio Directo" (art. 7, Ley N° 9277). Ello así, surge que la actora pertenecía, al grupo de afiliados obligatorios indirectos cuya cobertura de salud la accionada se encontraba obligada a cumplir, toda vez que, más allá de haber cumplido la edad de veintiún años, se encontraba a cargo de su madre quien es afiliada voluntaria directa y estaba cursando estudios regulares oficialmente reconocidos, circunstancia acreditada en autos.

Del análisis efectuado a la Ley 9277 podemos advertir, al igual que lo hizo el Tribunal, que la demandada al dar de baja la afiliación de la actora por haber cumplido la edad de veintiún años, aplicó la legislación de manera arbitraria y fragmentada y que tal proceder resultó ilegal. En esa inteligencia, resulta pertinente valorar la actitud de la demandada APROSS quien además de su actuar deliberado, era conocedora de la situación particular de la actora que posee certificado de discapacidad por el diagnóstico de fibrosis quística, y no obstante ello ordenó la baja afiliatoria y posteriormente desestimó el pedido de reafiliación. A todo lo expuesto debe agregarse además, la falta de pruebas por parte de la impugnante tendientes a acreditar los extremos invocados.

Estimamos que el Tribunal ponderó todas las circunstancias fácticas y jurídicas bajo la óptica del razonamiento y criterio de interpretación precedentemente aludido para arribar a una justa solución, que resulta ejemplar y didáctica para comprender el alcance del derecho a la salud y el especial tratamiento que debe otorgarse a los casos en los que el mismo podría verse cercenado.

V. Reflexión final

Luego del recorrido efectuado podemos decir que la resolución analizada nos permite subrayar una serie de aspectos a considerar. En primer lugar, destacar la solución arribada tanto por la Cámara Contencioso Administrativa como por el Tribunal Superior de Justicia que sentenciaron teniendo en miras la perspectiva de vulnerabilidad de una persona con discapacidad y brindando la protección adecuada en el caso concreto.

Debemos resaltar, asimismo, la labor realizada por el sentenciante en el sentido de ha-

339

ber establecido claramente el criterio de interpretación de los hechos en aquellos casos donde se encuentre involucrado el derecho a la salud, y siempre teniendo en cuenta las circunstancias particulares del caso. Destacamos el amplio tratamiento por parte del Tribunal del plexo normativo aplicable en la materia, el haberse expedido en relación al alcance del derecho a la salud a través de referencias jurisprudenciales, doctrinales y legales. La sentencia analizada realiza un gran aporte a la jurisprudencia en materia de salud.

En relación a la actitud asumida por APROSS, nada cabe agregar a esta definición dada por el Tribunal: "...ha incurrido en una decisión voluntarista, primero al dar de baja a la actora como beneficiaria obligatoria a cargo de su madre, y luego, al rechazar la afiliación solicitada, en tanto pretendió crear una regla aplicable al caso concreto extrayendo parcelas y fragmentos de la legislación y reglamentación vigente apropiadas para llegar a la solución pretendida pero completamente alejada del contexto fáctico sobre la cual debía resolver."

La salud es un derecho humano fundamental, irrenunciable y resulta necesario protegerlo ya que configura la base esencial para poder gozar del resto de los derechos. Es por ello que entendemos que nada justifica que las personas con discapacidad tengan que llegar a defender ese derecho hasta instancias tan remotas, como los tribunales superemos provinciales o la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

Afortunadamente en los últimos años, la protección del derecho a la salud se ha visto fortalecida, principalmente con la incorporación, en reforma constitucional del año 1994, de los Tratados Internacionales de Derechos Humanos. A ello se suma también la sanción del Código Civil y Comercial de la Nación, en el cual se plasma el fenómeno de la constitucionalización del derecho privado. No obstante, y pese a esta conquista en la que el Estado vela por la protección de los grupos vulnerables, aún queda mucho camino por recorrer en la materia. Es dable advertir en la actualidad una gran cantidad de amparos en materia de salud, muchos de los cuales se originan en razón de los abusos o conductas discriminatorias asumidas por las obras sociales, como es el caso que hemos analizado en este artículo.

Esta situación evidencia la dificultad para trasladar a la realidad el cumplimiento de las garantías y deberes por parte de los actores responsables y, en definitiva, de la sociedad toda en busca del bien común. Varios de los reclamos referidos al derecho a la salud de las personas con discapacidad devela que el problema no radica tanto en la discusión del alcance del derecho ni en la falta de producción legislativa sino en la falta de cumplimiento de las obligaciones que estas generan en cabeza de las provincias, de las obras sociales, empresas de medicina prepaga, o de la administración nacional (Clérico, 2009).

En suma, entendemos que el derecho a la salud debe constituirse no sólo como un reconocimiento legislativo y jurisprudencial sino como un derecho fundamental que, por su relación con la vida de las personas, se pueda visibilizar como efectivo en la sociedad actual.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Alcántara Moreno, Gustavo (2008), *La definición de salud de la Organización Mundial de la Salud y la interdisciplinariedad*, Sapiens. Revista Universitaria de Investigación. 9(1), 93-107. ISSN: 1317-5815. Disponible en: https://www.redalyc.org/pdf/410/41011135004.pdf
- Monasterio Figueroa, Rodrigo (2018), *Acceso a la salud como forma de integración social de las personas con discapacidad*, Cita Online: AR/DOC/1316/2018
- Mensa González, Andrea (2006), *Constitución de la Provincia de Córdoba Anotada*, Alveroni, Córdoba.
- Clérico, María Laura (2009), El derecho a la salud de las personas con discapacidad: ¿el argumento del federalismo como acelerador o como freno, Cita Online: AR/DOC/1936/2009

DIRECTRICES para AUTORES/AS

ASPECTOS PARTICULARES:

Originalidad

Los artículos a enviar a la Revista Derecho y Salud deben ser originales e inéditos.

Fvaluación

Todos los artículos que se envíen a la sección "Estudios Generales" serán evaluados a través del sistema de "doble par ciego". Los Evaluadores serán profesores y/o investigadores de la Universidad Blas Pascal y de otras Universidades de reconocido prestigio.

Extensión y diseño

- La extensión mínima de los artículos será de 4000 palabras y la máxima de 8000 (incluyendo resumen, palabras clave, notas al pie de página y referencias bibliográficas);
- · Hoja DIN-A4;
- Interlineado del texto a 1,5, salvo en las notas a pie de página, que será sencillo;
- Márgenes superior e inferior a 2,5 cm e izquierdo y derecho a 3 cm;
- El espaciado anterior será de 12 puntos y el espaciado posterior será de 0 puntos;
- El texto debe estar justificado.

Idioma

El idioma de las presentaciones será castellano, portugués o inglés. Los artículos en otros idiomas serán publicados según su temática, previo acuerdo del Consejo Editorial de la Revista. En su caso, de ser un idioma poco frecuente en el mundo académico, estos artículos podrán ser traducidos por juristas que dominen la lengua, a propuesta del Consejo Editorial, el nombre de la persona que realice la traducción deberá figurar necesariamente en el artículo.

Precisiones sobre el texto

- En ningún caso se usará negrita en el interior del texto. La negrita estará reservada sólo a la división del texto, como se indica a continuación.
- No se permite el subrayado de palabras para ser destacadas. En todo caso, de querer destacar algún concepto, debe hacerse o bien entrecomillado, o bien en cursiva.

Estilo y tamaño de letra

- Para el cuerpo: letra Calibrí, tamaño 11;
- Para las notas al pie de página: letra Calibrí, tamaño 10.

División del Texto

Título:

Constará de un enunciado en que se dará cuenta del tema objeto de estudio. Irá

centrado, en Calibrí en mayúscula sostenida y en negrita, tamaño 13. Debajo del mismo debe indicarse el título traducido al inglés, el que irá centrado, con la misma fuente y tamaño, pero en cursiva.

Autor:

Deberá constar debajo del título, en cursiva y centrado, en Calibrí, tamaño 11. La primera nota al pie de página hará referencia a sus datos personales: condición profesional, títulos académicos, referencias a Proyectos de Investigación en el que se desarrolla el artículo y correo electrónico.

• Resumen y Palabras Clave:

Se debe incluir, en castellano y en inglés, un resumen/abstract con un máximo de 10 líneas o 150 palabras y unas palabras clave/key words (como mínimo, tres y como máximo, cinco). Tanto el abstract como las palabras clave deberán ubicarse antes de comenzar el texto, justificadas, con interlineado a 1,5 y letra Calibrí, tamaño 11.

Enumeraciones:

Títulos: en número Romano, seguido de un punto. Epígrafes: en números ordinarios, seguido de un punto. Subepígrafes: en letras, seguido de un punto.

Ejemplo:

- I. Título
 - 1. Epígrafe
 - A. Subepígrafe

En ningún caso se usará mayúscula sostenida.

Citas y Referencias Bibliográficas

Aparecerán preferentemente en el cuerpo del texto y, si son literales, deberán ir entrecomilladas. Cada una de las citas bibliográficas debe corresponderse con una referencia en la bibliografía final. Las autocitas se restringirán a los casos imprescindibles. Para las citas en el texto se empleará el sistema autor-año de Harvard (autor, año: página). Ejemplo:(Sánchez Martínez, 2019: 72)

A continuación, algunos ejemplos para casos especiales:

Los documentos con dos autores se citan por sus primeros apellidos unidos por «y». Ejemplo: (Aguado y Alonso, 2019)

Si se cita el trabajo de tres o más autores, es suficiente citar el primer autor seguido de *et al.* Ejemplo: (Neder et al., 2018)

Si se citan varios trabajos de un autor o grupo de autores de un mismo año, debe añadirse a, b, c... después del año. Ejemplo: (Ferro Uria, 2013a)

Cuando el apellido del autor citado forma parte del texto, debe indicarse siempre entre paréntesis el año de la obra citada. Ejemplo: Como afirma Ambrosini Rocpier (2019)...

Bibliografía

Se incluirá al final del trabajo. Únicamente contendrá referencias citadas en el texto, sin posibilidad de incluir referencias adicionales. Se seguirá el sistema **APA (American Psychological Association).**

A continuación, algunos ejemplos para las tipologías más usadas de documentos:

Artículos de revistas científicas

García de Enterría, E. (1989). Un paso importante para el desarrollo de nuestra justicia constitucional: la doctrina prospectiva en la declaración de ineficacia de las leyes inconstitucionales. *Revista Española de Derecho Administrativo*, 61, 5-18.

-Dos o más autores

Arroyo Gil, A. y Giménez Sánchez, I. (2013). La incorporación constitucional de la cláusula de estabilidad presupuestaria en perspectiva comparada: Alemania, Italia y Francia. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 98, 149-188.

-Revistas electrónicas

Pifarré, M. J. (2013). Internet y redes sociales: un nuevo contexto para el delito. *IDP. Revista de Internet*, Derecho y Política, 16, 40-43. Disponible en: http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=7882 8864004.

- Revistas electrónicas con DOI

Díaz-Noci, J. (2010). Medios de comunicación en internet: algunas tendencias. *El Profesional de la Información*, 19 (6), 561-567. Disponible en: https://doi.org/10.3145/epi.2010.nov.01.

Monografías

-Un autor

García Ruiz, J. L. (1994). *El Consejo Económico y Social. Génesis constituyente y parlamentaria*. Madrid: Consejo Económico y Social.

- Libro en línea

Rodríguez de Santiago, J. M. (2015). Responsabilidad del Estado legislador por leyes inconstitucionales o contrarias al Derecho Europeo. Disponible en: http://almacendederecho.org/responsabilidad-del-estado-por-leyes-inconstitucionales-o-contrarias-al-derecho-europeo/.

Capítulos de monografías

Zea, L. (2007). América Latina: largo viaje hacia sí misma. En D. Pantoja (comp.). *Antología del pensamiento latinoamericano sobre la educación, la cultura y las universidades* (pp. 125-138). México: UDUAL.

Informes

-Autor institucional

Instituto para la Diversificación y Ahorro de la Energía. (2004). *Eficiencia energética y energías renovables* (Informes IDEA. Boletín IDEA; 6). Madrid: IDEA.

- Autor personal

Caruso, J., Nicol, A. y Archambault, E. (2013). *Open Access Strategies in the European Research Area*. Montreal: Science-Metrix. Disponible en: http://www.science-metrix.com/pdf/SM_EC_OA_Policies.pdf.

Congresos

- Actas

Cairo, H. y Finkel, L. (coord.). (2013). *Actas del XI Congreso Español de Sociología: crisis y cambio. Propuestas desde la Sociología*. Madrid: Federación Española de Sociología.

- Ponencias publicadas en actas

Codina Bonilla, L. (2000). Parámetros e indicadores de calidad para la evaluación de recursos digitales. En *Actas de las VII Jornadas Españolas de Documentación (Bilbao, 19-21 de octubre de 2000): la gestión del conocimiento: retos y soluciones de los profesionales de la información* (pp. 135-144). Bilbao: Universidad del País Vasco.

- Ponencias y comunicaciones en línea

Durán Heras, M. A. (2014). Mujeres y hombres ante la situación de dependencia. Comunicación presentada en el seminario *Políticas públicas de atención a personas mayores dependientes: hacia un sistema integral de cuidados*. Disponible en: http://www.imserso.es/InterPresent2/groups/imserso/documents/binario/mujereshombres19_21mayo.pdf.

Tesis

- Publicadas

Llamas Cascón, A. (1991). *Los valores jurídicos como ordenamiento material* [tesis doctoral]. Universidad Carlos III de Madrid. Disponible en: http://hdl.handle.net/10016/15829.

- Inéditas

De las Heras, B. (2011). *Imagen de la mujer en el Fondo Fotográfico de las Guerra Civil Española de la Biblioteca Nacional de España. Madrid, 1936-1939* [tesis doctoral inédita]. Universidad Carlos III de Madrid.

Artículos y noticias de periódicos

Bassets, M. (2015). El Tribunal Supremo respalda la reforma sanitaria de Obama. *El País*, 25-6-2015. Disponible en: http://internacional.elpais.com/internacional/2015/06/25/actualidad/1435242145 474489.html.

- Sin autor

Drogas genéricas. (2010). El Tiempo, 25-9-2015, p. 15.

Blogs

Escolar, I. (2015). El falso mito de que los emprendedores de Internet son la solución al paro. *Escolar.Net* [blog], 25-6-2015. Disponible en: http://www.eldiario.es/escolar/falso-empresas-Internet-solucion-paro_6_402519746.html.

Foros electrónicos, listas de distribución

Pastor, J. A. (2014). Aspectos prácticos para proyectos de datos abiertos en las administraciones públicas. *IWETEL* [lista de distribución], 31-1-2014. Disponible en: http://listserv.rediris.es/cgi-bin/wa?A2=IWETEL;b361930a.1401e.

DOIS

En el caso de que los trabajos en formato electrónico contengan DOI (*digital object identifier*), será obligado recogerlo en la referencia bibliográfica. Se hará del siguiente modo:

Murray, S. (2006). Private Polls and Presidential Policymaking. Reagan as a Facilitator of Change. *Public Opinion Quarterly*, 70 (4), 477-498. Disponible en: https://doi.org/10.1093/pog/nfl022.

Aceptación y cesión de derechos

Los autores transfieren de manera exclusiva y a título gratuito los derechos materiales de autor a la Universidad Blas Pascal para su publicación y divulgación, en los términos de la ley nacional 11723 y sus modificatorias.

El solo hecho de remitir un artículo al editor responsable, a través de cualquier medio para ser revisado a los fines de su publicación, implicará la cesión a que se refiere el párrafo anterior.

Los artículos publicados en la revista podrán ser reproducidos libremente con fines académicos citando la fuente y el autor, según las características de la Licencia Creative Commons 4.0 (CC BY-NC-SA 4.0).

Al momento de recibir los archivos de los autores por medio de esta página o del correo electrónico en su versión pre-print, pasan a un repositorio institucional.

Tribuna

-La "Tribuna" es un espacio dedicado a la reflexión libre sobre un tema de actualidad en el marco de la relación entre Derecho y Salud. Este espacio es asignado por el Consejo Editorial, en cada número, a un/a Profesor/a o Investigador/a de destacada trayectoria.

Estudios Generales

-La sección "Estudios Generales" recibe colaboraciones originales e inéditas de autores procedentes del ámbito científico o profesional, cuyo objeto sea el estudio del derecho a la salud y la relación entre Derecho y Salud desde diversas órbitas. Todos los envíos son sometidos a doble arbitraje ciego.

Comentarios Jurisprudenciales

-La sección "Comentarios Jurisprudenciales", se dedica al análisis de jurisprudencia relevante en el ámbito del derecho a la salud, dictadas durante el año anterior a la publicación de la Revista. Las colaboraciones son encargadas a j´óvenes investigadores. Se reciben, asimismo, comentarios que serán simplemente revisados por el Consejo Editorial.

Reseñas de Jurisprudencia

-La sección "Reseñas de Jurisprudencia" pretende acercar al foro extractos de sentencias destacadas, apuntando sólo algunos breves comentarios que tienen por objeto dar cuenta de cambios que ayuden a la investigación y a la aplicación del derecho.

Declaración de privacidad

Los nombres y las direcciones de correo electrónico introducidos en esta Revista se usarán exclusivamente para los fines establecidos en ella y no se proporcionarán a terceros o para su uso con otros fines.



Saber y Saber Hacer