

AÑO 5 _ N° 6

Diciembre 2021

ISSN (Ver. impresa): 2591-3468

ISSN (Ver. online): 2591-3476

REVISTA DE ESTUDIO

30 AÑOS _ *Saber y Saber Hacer*



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

UBP UNIVERSIDAD
Blas Pascal

EUBP
Editorial

IDI-CJ
Instituto de Investigación
en Ciencias Jurídicas

SALA DE
Derecho a la Salud

REVISTA

Derecho y Salud

SALA DE DERECHO A LA SALUD

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

Año 5 · Nro. 6 · Diciembre 2021 //
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 (Argentina) 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 Internacional de La Rioja (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 (Argentina).

• **Encargada de la Sección "Comentarios Jurisprudenciales": María Guadalupe Neder**

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

Consejo Científico

- **Antonio Arroyo Gil**, Facultad de Derecho, Univ. Autónoma de Madrid (España);
- **Marcelo Bernal**, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Univ. Nacional de Córdoba (Arg.);
- **María Casado**, Centro de Investigación Observatorio de Bioética y Derecho (OBD), Univ. de Barcelona (Esp.);
- **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**

Reconocimiento a Evaluadores

Los Evaluadores del sexto número de la Revista Derecho y Salud han sido profesores e investigadores de las siguientes Universidades e Instituciones nacionales e internacionales: Ludwig-Maximilians Universität-München (Alemania); Área de Bioética del Ministerio de Salud del Gobierno de la Provincia de Córdoba (Argentina); Universidad de Buenos Aires (Argentina); Universidad Blas Pascal (Argentina); Universidad Católica de Córdoba (Argentina); Escola de Saúde Pública de Minas Gerais (Brasil); Universidade Federal do Rio de Janeiro (Brasil); Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul – UNIJUÍ (Brasil); Universidad del Externado (Colombia); Universidad Autónoma de Madrid (España); Universidad Católica de Murcia (España); Universidad Nacional de Educación a Distancia (España); Sapienza Università di Roma (Italia).



Copyright © 2021 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

1. TRIBUNA

- El aporte de la bioética a las instituciones públicas en salud: experiencias del Área de Bioética Ministerio de Salud de Córdoba (Argentina)**
The contribution of bioethics to public health institutions: experiences of the Bioethics Area of the Ministry of Health of Córdoba (Argentina)
María Fernanda Marchetti y Andrés F. Toledo 13

2. ESTUDIOS GENERALES

- Análisis del caso del Riociguat en la justicia constitucional costarricense**
Analysis of the Riociguat case in Costa Rica's constitutional justice system
Cristina Carpio Alvarado y Freddy Arias Mora 19
- Contando historias de dolor: el derecho a la salud de pacientes hospitalizadas en Venezuela**
Telling stories of pain: the right to health of hospitalized patients in Venezuela
Andy Delgado Blanco 31
- A desestatização do SUS e a transferência da proteção social garantida constitucionalmente ao setor privado**
The Desestatization of SUS and the transfer of constitutionally guaranteed social protection to the private sector
Pedro Ivo Biancardi Barboza 55
- O direito à saúde dos dependentes de tabaco no brasil: uma análise a partir da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça brasileiro**
The right to health of tobacco-dependents in brazil: an analysis from the jurisprudence of the brazilian Superior Court of Justice
Fernanda Nunes Barbosa 70
- El acceso a las vacunas contra el covid-19 y los derechos humanos**
Access to covid-19 vaccines and human rights
Ana Carla Barrera Vitali y Gaetano Vaggione 80

3. COMENTARIOS JURISPRUDENCIALES

- Corte Interamericana de Derechos Humanos**
- La sentencia de la CIDH en el caso lhaka Honhat (nuestra tierra) vs. Argentina: los DESCAs en el marco de los conflictos etnoambientales**
The judgment of the IACHR in the case of lhaka Konhat (our land) vs. Argentina: ESCER within the framework of ethno-environmental conflicts
María Laura Foradori 95
- La justiciabilidad de los DESCAs. Una aproximación al derecho a condiciones equitativas y satisfactorias que garanticen la salud de las personas trabajadoras**
The justiciability of the ESCER. An approach to the right to just and favourable conditions that guarantee the health of workers
Andrés Oscar De Cicco 115
- De lo ideal a lo real: sentencia de la cidh sobre el encarcelamiento preventivo**
From the ideal to the real: the iachr ruling on pretrial detention
Juan Cruz Chapuy 128

Tribunal General de la Unión Europea

-Síndrome de Burnout: solicitud de reconocimiento como enfermedad profesional en el cuerpo de funcionarios de la Unión Europea. Respeto del derecho a ser oído.

Burnout syndrome: application for recognition as an occupational disease in the body of officials of the European Union. Respect for the right to be heard.

Juliana Da Silva Martínez 139

Tribunal Constitucional Federal alemán

-Solicitud de medidas cautelares urgentes ante el Tribunal Constitucional Federal alemán contra disposiciones del Gobierno de Baviera relativas a la Covid-19

Request for expedited precautionary measures before the German Federal Constitutional Court against provisions of the Government of Bavaria relating to Covid-19

Gonzalo Dell'Orsi 145

Tribunal Constitucional de España

-La importancia del principio pro actione para el acceso a la justicia

The importance of the pro actione principle for the access to justice

Ignacio Vázquez 155

Corte Suprema de Justicia de la Nación

-Reflexiones acerca del rol del Estado en las controversias de salud: garante primario o subsidiario

Reflections on the role of the State in health controversies: primary or subsidiary guarantor

María Alejandra Asencio y Fedra Carla Gatti 166

-El derecho de todas las mujeres a percibir la asignación universal por hijo

The right of all women to receive the universal child allowance

María Florencia Blanco Pighi 176

Poder Judicial de la Nación

-La salud: un consumo privilegiado

Health: a privileged consumption

Ignacio López Seco 185

Poder Judicial de la Provincia de Buenos Aires

-Medios telemáticos para la entrevista personal de las personas con discapacidad intelectual en el proceso de restricción de la capacidad de ejercicio

Telematic means for the personal interview of people with intellectual disabilities in the process of restricting their exercise capacity

Juan Antonio Seda 195

Poder Judicial de la Provincia de Córdoba

-Ineficacia del despido incausado: primacía normativa y la vulnerabilidad de la trabajadora embarazada

Ineffectiveness of the incaused dismissal: normative primacy and the vulnerability of the pregnant worker

Marcos Maximiliano Cáceres Falkiewicz 202

-Deber de prevención del Estado, fundamentalmente en contexto pandémico

The State's duty of prevention, fundamentally in a pandemic context

María Yanina Gázquez 213

-El Derecho a la Salud no entiende de tiempos

The Right to Health does not understand times

Nadia Virginia Copello 224

-El Derecho a la Salud durante la pandemia por COVID-19: su tutela estatal y judicial. La impostergable competencia concurrente

The Right to Health during the COVID-19 Pandemic: its state and judicial protection. The urgent concurrent competition

Daniela Yannen Flores 233

-Restricción a la capacidad y revisión de la decisión judicial: responsabilidad del Estado <i>Restriction on the capacity and review of the judicial decision: responsibility of the State</i>	
Stefanía Melisa Cuello	246
-Autonomía y protección de Personas Mayores <i>Autonomy and protection of the elderly</i>	
María Laura Alesso	257
Poder Judicial de la Provincia de Río Negro	
-La imposibilidad de consentir que la discapacidad sea tomada como un obstáculo para la escucha de niños, niñas y adolescentes en el proceso judicial <i>The impossibility of consenting the disability to be taken as an obstacle to the listening of children and adolescents in the judicial process</i>	
Clyris Marianela Chavez	264
4. DIRECTRICES PARA AUTORES	271

1. TRIBUNA

EL APORTE DE LA BIOÉTICA A LAS INSTITUCIONES PÚBLICAS EN SALUD: EXPERIENCIAS DEL ÁREA DE BIOÉTICA MINISTERIO DE SALUD DE CÓRDOBA (ARGENTINA)

THE CONTRIBUTION OF BIOETHICS TO PUBLIC HEALTH INSTITUTIONS: EXPERIENCES OF THE BIOETHICS AREA OF THE MINISTRY OF HEALTH OF CÓRDOBA (ARGENTINA)

María Fernanda Marchetti¹ - Andrés F. Toledo²

DOI: [https://doi.org/10.37767/2591-3476\(2021\)01](https://doi.org/10.37767/2591-3476(2021)01)

En 1998, fue creada el Área de Bioética, dependiendo en la actualidad de la *Secretaría de prevención y promoción de salud* del Ministerio de Salud de la Provincia de Córdoba, Argentina.

A lo largo de estos años, ha ido evolucionado en distintos objetivos y competencias en el campo disciplinar de la bioética. En la actualidad, los objetivos y funciones del Área de Bioética han sido definidos por la Resolución Ministerial N° 1264, con su anexo 1, de fecha 23 de noviembre de 2017.

En todo este tiempo, pasando por distintos momentos sociales y políticos, el Área de Bioética desarrolló distintas líneas de trabajo tomando como base aquellas que se marcan como las funciones principales de los comités de bioética a nivel de meso gestión, que son las funciones educativas, consultivas y normativas (Tealdi et al, 1990). De hecho, a partir de un trabajo sostenido de coordinación y acompañamiento se pudo constituir la "*Red de comités hospitalarios de bioética*" de la provincia que es uno de los principales frutos de todos estos años de trabajo.

Esta presencia permanente en bioética ha servido y sirve para generar una línea de formación y capacitación tomando como base una reflexión actualizada de los derechos humanos ya consagrados, y de manera particular la declaración de bioética y derechos

1 Coordinadora del Área de Bioética Ministerio de Salud. Provincia de Córdoba. Médica, especialista en medicina paliativa, experta en bioética. Mail: fermarchetti@hotmail.com. ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0001-5503-0627>.

2 Equipo permanente Área de Bioética Ministerio de Salud. Provincia de Córdoba. Doctor en Filosofía, Magister en Bioética y Salud Pública. Mail: andrestoledo14@hotmail.com. ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0002-1175-8568>.

humanos de UNESCO 2005. Con estos marcos teóricos axiológicos se trata de abordar de una manera interdisciplinaria los problemas sanitarios más urgentes de nuestra región como la inequidad social existente, los problemas de accesibilidad en salud, entre otros.

Esta convicción de reflexión y acción es lo que se expresa en la página web del Área de Bioética donde se rescata el compromiso por todas las realidades especialmente marcadas por la exclusión y que requiere no solamente una reflexión atinada, sino también acciones concretas que ayuden a cambiar las realidades de nuestro contexto social sanitario.

En nuestra página web se lee:

El "Área de Bioética", ha sostenido y sostiene, la bioética como una disciplina y como un movimiento; que, de reciente aparición en el concierto de las ciencias y de las humanidades (1971), se ha alzado y pretende ser, el lugar de encuentro de dos grandes aspiraciones del hombre: como es, el progreso de sus inventivas tecnológicas; y de buscar cada día, "vivir mejor", o contar con mejor calidad de vida.

Lo importante, para el "Área de Bioética", ya sea la bioética como disciplina o como movimiento; es que sea una bioética comprometida, y que cada acción o reflexión que se realice busque aportar para hacer un mundo más justo y un lugar más humano. (<https://www.cba.gov.ar/area-de-bioetica/>)

I. A nivel educativo/formativo

Una de las principales actividades del Área de Bioética en el plano educativo es la organización del "Seminario Taller de Bioética Clínica Social", espacio de aprendizaje colaborativo que desde hace 20 años viene sosteniendo y que se ha convertido en un lugar de formación de excelencia y de encuentro de redes de distintos interesados en la bioética, tanto a nivel público como privado.

Sin ser exhaustivos y a modo de ejemplo, señalamos algunas de nuestras actividades actuales en el plano educativo.

- Curso Virtuales. Desde el 2018 se sostiene y fortalece esta iniciativa en la plataforma moodle (<https://areabioetica.milaulas.com/>) con un total de 1200 inscriptos donde 500 participantes han egresado porque realizaron su correspondiente examen de aprobación. Los cursos tienen el objetivo central de brindar formación gratuita, de calidad y especializada en esta materia. Se destaca que tenemos muchos alumnos/as extranjeros.
- Capacitaciones cortas para agentes sanitarios de la provincia. En estos años se realizaron varias capacitaciones en bioética en ámbitos relacionados a la salud como encuentros con enfermeros/as de la Municipalidad de Córdoba, ateneos en distintos hospitales, charlas dentro de jornadas científicas interdisciplinarias, clases a residentes y encuentros en colegios secundarios de la provincia.
- Creación del *blog del Área de Bioética* (<http://areadebioetica.blogspot.com.ar/>) y canal You Tube (<https://www.youtube.com/channel/UCXmL74ZMEKYbanAq2I6b9mw>) donde no solamente se brinda información de distintas actividades de bioética sino también videos y charlas grabadas de temas actuales de bioética con temas como perspectiva de género y bioética, etc.
- Dos actividades centrales dentro de la agenda anual son la organización y realización de las "Jornadas Provinciales de Bioética" cada dos años y la "Semana Provincial de Bioética". En ambos espacios se intenta visibilizar la bioética desde la tarea que reali-

zan los distintos comités hospitalarios de bioética de la provincia y generar espacios de encuentro de formación y de actividades de consolidación de redes sanitarias.

- Articulación con otras instituciones y grupos que trabajan en bioética como: Universidad Nacional de Córdoba. Instituto Universitario de Ciencia Biomédica Córdoba. Universidad Católica de Córdoba., Consejo de Médicos de Córdoba y entidades de la sociedad civil donde se ofrecen capacitaciones conjuntas.

II. A nivel consultivo

En este nivel el Área de Bioética interactúa constantemente con distintas entidades que formulan consultas sobre los más variados temas como: organismos de coordinación de trasplante, mesas de trabajo en salud pública convocadas por el Ministerio de Salud, o consultas de temas muy delicados sobre inicio y final de vida que se dan en nuestras instituciones hospitalarias y que requieren una palabra de nuestra Área. Un tema de constante consulta ha sido la provisión de medicamentos de alto costo desde una mirada del principio de justicia y solidaridad.

También en algunas ocasiones ha sido solicitado la participación del Área para contestar requerimientos judiciales.

Esta función consultiva tan propia de los comités hospitalarios, en esta área central tiene las características de acompañamiento a las recomendaciones que dan los comités institucionales y cuando se trata de temas más generales es donde el Área brinda su servicio y trata de deliberar sobre los mejores cursos de acción en bioética.

III. A nivel normativo

En este nivel el Área de Bioética más que generar normas propone indicaciones, guías sobre distintos temas de salud y bioética. Se señalan algunos trabajos recientes: confección de una lista de derechos y responsabilidades de los pacientes para los hospitales públicos, también ha confeccionado un modelo de consentimiento informado general para internación e ingreso a las instituciones hospitalarias. En un nivel institucional también confeccionó los reglamentos internos de funcionamiento de los distintos comités hospitalarios de bioética.

IV. Participación del Área de Bioética durante la pandemia por Covid-19

Lo vivido en esta pandemia determinó una serie de problemas novedosos, pero sobre todo dejó en evidencia muchos viejos problemas de nuestra región como la desigualdad, la pobreza, las deficiencias en los sistemas de salud, etc. Esto motivó que desde la bioética se sintiera la necesidad de aportar una voz que busca optimizar resultados y beneficios para la mayoría de la sociedad, rescatar el valor de la solidaridad y la responsabilidad individual y social.

Desde el Área de Bioética se pudo participar en la elaboración y publicación de documentos como *"Recomendaciones Bioéticas desde el enfoque de derechos humanos en Pandemia COVID19"* (abril de 2020) en el cual se destaca que en medio de la pandemia lo urgente no tape o suprima lo esencial y lo importante que son los derechos y libertades de las personas. En ese documento³ se proponen principios bioéticos como la equidad, la responsabilidad, la flexibilidad temporalidad y la transparencia a la hora de tomar decisiones y programar las acciones a seguir. Se plantean ejes, como la planificación proactiva con

³ Disponible en la página web del Área de Bioética.

una agenda de trabajo, asignación de recursos, prevención, optimización de recursos y beneficios, tratamientos, triaje clínico, atención de calidad, comunicación eficaz.

En el contexto de pandemia, que tocó vivir y que sigue en estos días, los derechos individuales se vieron limitados o acotados para beneficiar a la sociedad, pero esto nunca puede ser una excusa para atropellos u olvidos. Las distintas situaciones que se suscitaron mostraron la necesidad de priorizar el cuidado y acompañamiento humanizado y de calidad en todo momento y lo importante de velar por la calidad de vida de las personas, y procurar las despedidas con un duelo adecuado.

El aporte de los cuidados paliativos cobró gran importancia y nuevamente dejó en evidencia que estos cuidados es una materia pendiente en nuestro país. Estas situaciones motivaron que se elabore un documento en consonancia con colegas del resto del mundo sobre "*Pautas para el acompañamiento de pacientes en situación de últimos días (SUD)*" y "*pacientes con condiciones especiales en contexto de pandemia por COVID19*" (publicado en septiembre de 2020) para favorecer en lo posible el acompañamiento y las despedidas.

El desafío como Área de bioética fue poder tomar decisiones que sean racionales y prudentes en medio de situaciones de gran incertidumbre, buscando causar el menor daño posible a las personas: pacientes familias y equipos de salud. Trabajar para que las decisiones sean científicamente justificadas y moralmente aceptables.

La prioridad siempre es el cuidado de los vulnerados y los vulnerables, garantizar los derechos de las personas y procurar la mejor calidad de vida posible en todo momento. Todos estos valores nutren y justifican una bioética comprometida y de allí el rol preponderante que el Área de Bioética busca tener, aunque a veces es olvidada en las decisiones políticas (Toledo, 2020).

A lo largo de 20 años nos queda seguir aprendiendo de lo vivido, con la conciencia que hay mucho por hacer y un largo camino por recorrer.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Tealdi, Juan Carlos; Mainetti, José A. Los Comités Hospitalarios de Ética (1990), Bol of Sanit Panam, 108, (5-6): 431-438.
- Toledo, A. F. (2020). El Derecho de la Salud en la gestión pública. La experiencia del Área de Bioética del Ministerio de Salud de la Provincia de Córdoba (Argentina) en algunas aplicaciones de este Derecho. Revista Derecho y Salud, Universidad Blas Pascal, 4(4), 17-27. [https://doi.org/10.37767/2591-3476\(2020\)01](https://doi.org/10.37767/2591-3476(2020)01)

2. ESTUDIOS GENERALES

ANÁLISIS DEL CASO DEL RIOCIGUAT EN LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL COSTARRICENSE¹

ANALYSIS OF THE RIOCIGUAT CASE IN COSTA RICA'S CONSTITUTIONAL JUSTICE SYSTEM

Cristina Carpio Alvarado² - Freddy Arias Mora³

DOI: [https://doi.org/10.37767/2591-3476\(2021\)02](https://doi.org/10.37767/2591-3476(2021)02)

Fecha de envío: 03.03.2021

Fecha de aceptación: 18.06.2021

RESUMEN:

La judicialización para que el sistema de salud público provea de medicamentos a pacientes en Costa Rica es cada vez más frecuente. La solución de estos casos en su mayoría le corresponde al tribunal constitucional. El presente artículo es un estudio cualitativo, analítico y descriptivo basado en el acceso al medicamento Riociguat para el tratamiento de pacientes con hipertensión pulmonar tromboembólica. Se analiza la totalidad de resoluciones sobre el Riociguat para el caso costarricense y una referencia a profundidad de la sentencia N° 01678 - 2016.

ABSTRACT

The judicialization so that the public health system provides medicines to patients in Costa Rica is increasingly frequent. The majority of these cases are resolved by the constitutional court. This article is a qualitative, analytical and descriptive study based on access to the drug Riociguat for the treatment of patients with thromboembolic pulmonary hypertension. All the resolutions on Riociguat for the Costa Rican case and an in-depth reference to judgment No. 01678 - 2016 are analyzed.

PALABRAS CLAVE: Judicialización, derecho, salud, medicamentos, derecho fundamental.

KEY WORDS: Judicialization, law, health, medicines, fundamental rights.

¹ El presente artículo ha sido realizada en el marco del Proyecto de Investigación "La garantía constitucional al acceso de medicamentos en el sistema de salud costarricense".

² Egresada en Sociología por la Universidad de Costa Rica, cristina.carpio@ucr.ac.cr. ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0003-3963-9904>

³ Licenciado en Farmacia, Licenciado en Derecho, Especialista en propiedad intelectual de medicamentos, investigador del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad de Costa Rica, freddy.arias_m@ucr.ac.cr. ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0003-2083-0004>.

I. Introducción

El Poder Judicial en Costa Rica está a cargo de la Corte Plena de Justicia dividida en el ámbito administrativo, auxiliar de justicia y jurisdiccional. Este último incluye los tribunales, juzgados y las Salas I, II, III y Constitucional⁴. La Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia (en adelante Sala Constitucional) se crea por medio del artículo 10 de la Constitución Política de Costa Rica y la Ley de Jurisdicción Constitucional en Octubre del 1989 para conservar el principio de Supremacía constitucional. La máxima jerarquía con la que cuenta esta Sala le permite conocer las declaraciones de inconstitucionalidad de cualquier clase de normas jurídicas, de los actos sujetos al derecho público y dirimir procesos de competencia entre los poderes del estado⁵.

Desde la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la salud es un bien jurídico supremo que busca ser conservada, promovida, protegida, recuperada y restaurada desde el Estado. La necesidad de protección efectiva frente a cualquier actuación que ponga en riesgo la salud psicológica, física o ambiental de las personas también coloca responsabilidad en las instituciones de salud como la Caja Costarricense del Seguro Social.

Por ello, los principios bajo los cuales actúan los órganos y entes públicos del servicio de salud han sido señalados desde la Sala Constitucional como adaptables a la eficiencia, eficacia, continuidad y regularidad, obligando a estos servicios a adaptarse de manera impostergable a las necesidades específicas de los pacientes, sobretudo en quienes demanden atención médica urgente, sin que se vean eximidos de su cumplimiento por carencia de recursos humanos o materiales.⁶

La protección de la salud de la población, al ser un deber del Estado, es susceptible de exigibilidad y para este fin existen instrumentos que lo materializan. El recurso de amparo es una garantía constitucional que permite la defensa de derechos fundamentales. Está amparado en el artículo 29 de la Ley de Jurisdicción Constitucional⁷. Este nace de la información que tiene el amparado, generalmente del médico, sobre la necesidad de un medicamento, y por un Comité Asesor Técnico Científico que lo negó, lo que origina que el paciente vea vulnerado su acceso a la salud (Primer Informe Estado de la Justicia, 2015: 21).

En este trabajo se analiza concretamente el caso del medicamento, Riociguat. Este medicamento generó treinta y nueve sentencias de la Sala Constitucional del año 2015 al año 2019 y en la última sección se brinda un análisis detallado de la sentencia N° 01678 - 2016 con el fin de ejemplificar los supuestos que se trabajaron.

El Riociguat es un medicamento estimulador de la guanilato ciclasa soluble. Ayuda a regular el tono vascular, así como la proliferación e inflamación del músculo liso en la vasculatura pulmonar afectada por la hipertensión pulmonar. Es el único tratamiento que ha demostrado eficacia clínica significativa y sostenida en más de una forma de hipertensión pulmonar (HP).

En Costa Rica, es el único medicamento aprobado por el Ministerio de Salud para el trata-

4 Artículo 49 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, la Corte Suprema de Justicia

5 Artículo 10 de la Constitución Política, de la Asamblea Nacional Constituyente

6 Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, STC 07193 - 2009, San José, a las catorce horas y veinte minutos del cinco de mayo del dos mil nueve

7 Ley 7135 de Jurisdicción Constitucional, de 11 de Octubre de 1989, La Gaceta, 34, 198 del 19 de Octubre de 1989.

miento de pacientes con hipertensión pulmonar tromboembólica crónica. Basado en el estudio de Fase 3 CHEST (Ghofrani HA et al., 2013: 319-328), Riociguat es el primer tratamiento farmacológico aprobado para el tratamiento de pacientes con hipertensión pulmonar tromboembólica crónica (HPTEC) que no son candidatos a cirugía para pacientes con HP recurrente/persistente después del tratamiento quirúrgico. Riociguat también ha sido aprobado para el tratamiento de pacientes con hipertensión arterial pulmonar (HAP), para mejorar la capacidad de ejercicio, mejorar la clase funcional de la OMS y para retrasar el empeoramiento clínico. El estudio PATENT de Fase 3 y controlado por placebo mostró eficacia significativa de Riociguat en múltiples criterios de valoración en pacientes con HAP, tanto como monoterapia como en combinación con antagonistas de los receptores de la endotelina o análogos de prostaciclina. Hasta Riociguat, ninguna farmacoterapia específica había sido aprobada para el tratamiento de las formas no HAP de la HP.

La hipertensión pulmonar (HP) es un incremento patológico de la presión arterial pulmonar (PAP) asociado con varios padecimientos clínicos (Stasch and all, 2013). Aunque diferentes tipos de HP muestran distintas características fisiopatológicas, comparten varios procesos subyacentes: vasoconstricción, remodelación vascular (proliferación), trombosis y fibrosis en la vasculatura pulmonar, y todos están asociados con la disminución de los niveles del óxido nítrico (NO) endógeno (Ghofrani HA et al., 2013: 320).

Esta investigación consiste en un análisis detallado de las sentencias emitidas como respuesta a casos de pacientes que alegan una violación a sus derechos fundamentales y solicitan que la CCSS les brinde el medicamento Riociguat.

II. Metodología

La estructura metodológica posee un enfoque cualitativo, analítico y descriptivo basado en el acceso al medicamento Riociguat. Este análisis de caso busca describir los datos que se encuentran en el texto y su exploración a profundidad desde varias perspectivas: el criterio del médico tratante, el criterio del Comité Central de Farmacología, el criterio de la Sección Clínica Médico Forense y el razonamiento jurídico de la Sala Constitucional.

La matriz completa utiliza una base de datos estática y de texto completo con un registro sistemático de datos, recolectados a partir de la literalidad de treinta y nueve sentencias disponibles en el sistema en línea del Poder Judicial "Nexus", que son el cuerpo completo de resoluciones de la Sala Constitucional emitidas entre 2015 y 2019 que circunscriben los procesos de Recursos Amparo en contra de la Caja Costarricense de Seguro Social (CCSS) en cuanto al acceso de Riociguat. Instrumentalmente se crea una base de datos que facilita el análisis completo, en conjunto y al mismo tiempo disminuye la posibilidad de pérdida o reiteración de datos.

La base de datos contiene las siguientes categorías generales: 1) año de emisión, 2) número de sentencia, 3) número de expediente 4) la resolución del caso sea con lugar, sin lugar, parcialmente con lugar, u otras. También se extrajeron descriptores de contenido de sentencia como: 5) existencia de conflicto por despacho de medicamentos, y por último; se individualizó y categorizó los criterios del médico tratante, del Comité Central de Farmacología o Comité Local de Farmacoterapia según el caso y de la Sección Clínica Médico Forense.

III. Resultados

En la figura 1 se muestra la distribución de las 39 sentencias que se referían al Riociguat. La primera resolución que se emitió en el país fue en el año 2015, luego aumentó a siete en 2016, cinco en el 2017 y trece en el año 2018 y 2019. Durante los cinco años, las sentencias emitidas han sido declaradas con lugar a favor del recurrente, exceptuando una sentencia declarada sin lugar en el año 2016.

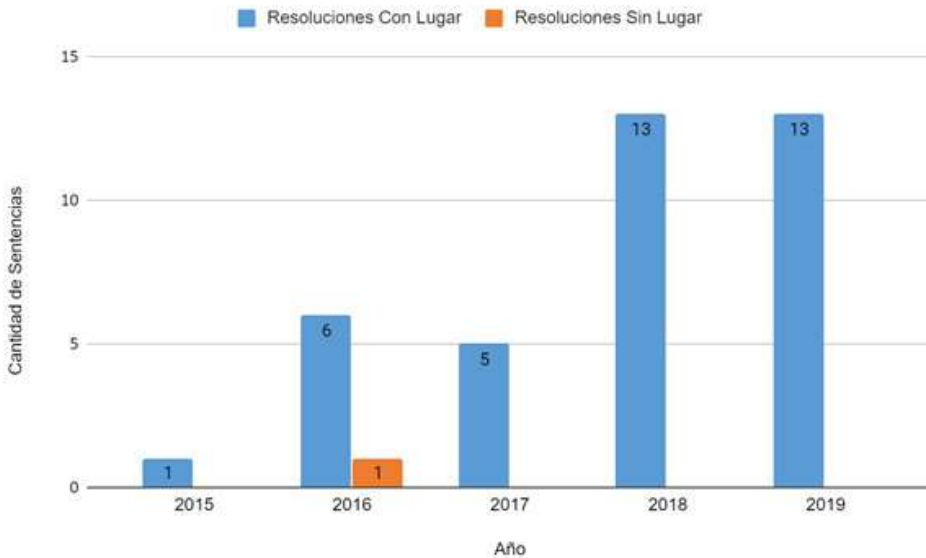


Figura 1. Resoluciones de sentencias de la Sala Constitucional de casos por Riociguat, del año 2015 a 2019

Fuente: Elaboración propia.

IV. Discusión

Del análisis de las sentencias emitidas desde 2015, es posible determinar la dinámica de los sujetos procesales, incluyendo las partes, terceros e intervinientes, pero para efectos de este análisis se profundiza en las actuaciones y criterios de: i) el médico tratante, ii) el Comité Central de Farmacoterapia, iii) la Sección Clínica Médico Forense y iv) la Sala Constitucional.

El escenario de análisis contiene una dinámica interna del conflicto, que se genera por el contraste entre las pretensiones de las personas amparadas, que se basa en la prescripción del médico tratante, y que están en contradicción con las resoluciones del Comité Central de Farmacoterapia; al que se le suma el criterio de la Sección Clínica Médico Forense.

A continuación, se profundiza cada uno de los criterios que se contraponen en el proceso de resolución sobre medicamentos que realiza la Sala Constitucional.

1. Del médico tratante

El proceso administrativo en la CCSS para brindar un medicamento que está fuera de la LOM requiere que el médico que trata directamente al paciente, se responsabilice por la prescripción. Desde los primeros casos relacionados con el despacho del Riociguat, en 2015, el criterio del médico tratante se ha basado en los beneficios y mejoras del medicamento sobre la calidad de vida de los pacientes. Los estudios con alto nivel de evidencia científica han sido el fundamento principal para la prescripción del Riociguat en los pacientes con hipertensión pulmonar. Esta enfermedad afecta el músculo esquelético y se caracteriza por una presión elevada (hipertensión, mayor a 25 mmHg) en los vasos que llevan la sangre desde el corazón a los pulmones (arterias pulmonares) para que se oxigene produciendo un déficit de sustancias que dilatan los vasos y aumentan las sustancias que los contraen, por lo que el corazón debe trabajar más fuerte para oxigenar al organismo. La sintomatología abarca cansancio, disnea, falta de aire, desmayos y dolor en el pecho.

El criterio del médico tratante plantea al Riociguat como el mejor tratamiento para la hipertensión pulmonar. Esta posición ha sido reiterada en los casos del 2015, 2016, 2017, 2018 y 2019 de forma constante al argumentar que existe literatura que sustenta su utilización⁸. Se puede determinar que el criterio de los médicos tratantes a través de los años se homologa en una inclinación por el uso del Riociguat, pues contemplan la evidencia científica de estudios clínicos de fase 3, concretamente CHEST y PATENT⁹, demostrado una mejoría en síntomas y calidad de vida de las personas.

2. Del Comité Central de Farmacología

El Comité Central de Farmacoterapia es un órgano colegiado que se encarga de seleccionar y velar por la seguridad, calidad y uso eficiente de los medicamentos en la Caja. Es un órgano técnico creado por la Caja Costarricense de Seguro Social, de conformidad con el Decreto Ejecutivo N° 19343-S del 23 de noviembre de 1989. Tiene una integración multidisciplinaria de profesionales de ciencias de la salud, la función esencial consiste en confeccionar el listado básico o lista oficial de medicamentos de la Caja con normas administrativas y de información concordantes con el Formulario Terapéutico Nacional; velar por la correcta aplicación de la Lista Oficial de Medicamentos emitida por la Caja, y la aprobación de la compra de productos farmacéuticos que no estén incluidos en ella¹⁰. Es un órgano colegiado, de carácter permanente, asesor y adscrito a la Gerencia Médica de la Caja Costarricense de Seguro Social, responsable de la toma de decisiones en aspectos de política de medicamentos y farmacoterapéuticos en la institución.¹¹

El criterio que adopta este órgano no está determinado por un individuo, sino por un grupo de profesionales en la materia que desarrollan sus posicionamientos con la finalidad de brindar criterio técnico y médico a sus actuaciones y decisiones.

8 En la resolución N° 02252-2016: "La médico tratante de la amparada, Dra. Rocha Contreras del Servicio de Neumología del Hospital México, le prescribió el medicamento Riociguat, para tratar su enfermedad, porque representa una de las mayores innovaciones farmacológicas en los años recientes. La estimulación directa de la GCs aunada a la sensibilización del NO endógeno, es un nuevo mecanismo de acción que se enfoca en regular al eje NO-GCs-GMPc comprometido y a la disfunción endotelial en la HP (Evgenov OV, Nat Rev Drug Discov 2006;5:755-68)".

9 Hossein-Ardeschir, G, D'Armini M. & Gerrit W, 2013, Riociguat for the treatment of chronic thromboembolic pulmonary hypertension. The New England Journal of Medicine & Rubin, Lewis J., Galiè, N. And Hossein & Ardeschir G., 2015, Riociguat for the treatment of pulmonary arterial hypertension: a long-term extension study (PATENT-2). The European Respiratory Journal

10 Reglamento 8314 del Comité Central de Farmacoterapia de la Caja Costarricense de Seguro Social, de 15 de Enero de 2009, Gaceta, 29, del 11 de Febrero de 2009

11 Reglamento 8314 del Comité Central de Farmacoterapia de la Caja Costarricense de Seguro Social, de 15 de Enero de 2009, Gaceta, 29, del 11 de Febrero de 2009.

El Comité Central de Farmacoterapia ha considerado que no existe suficiente evidencia científica de los beneficios del Riociguat, pues considera que sus resultados son muy limitados para autorizar su uso en los pacientes remitidos. Esta posición se ha mantenido durante el 2015, 2016 y 2017 como la única línea discursiva en las sentencias, disminuyendo durante el 2018 a un 77% y 2019 a un 85%.

Durante los últimos años, 2018 y 2019, el Comité Central de Farmacología complementa su criterio al argumentar que las peticiones de uso para Riociguat no son posibles de tramitar, pero asegura que esta decisión no vulnera el derecho de acceso a la salud en los pacientes, pues existen alternativas que se encuentran en la Lista Oficial de Medicamentos (LOM) que sí pueden brindarse; y a falta de estos o impedimentos para el paciente, apoyan el uso de otros medicamentos que no están en la LOM que han demostrado ser superiores al Riociguat y son apoyadas por la Caja Costarricense del Seguro Social (CCSS).

El posicionamiento del Comité Central de Farmacología y los criterios de los diferentes médicos tratantes resultan antagónicos ante la discusión principal que es el tratamiento ideal y efectivo de los pacientes con hipertensión pulmonar.

3. De la Sección Clínica Médico Forense

La Sección Clínica Médico Forense fue creada en el 26 de abril de 1974, bajo la ley 5529 y actualmente está contenida en la Ley Orgánica 5524 del Organismo de Investigación Judicial (OIJ), su objetivo es brindar información científica y objetiva por medio de valoraciones sobre el estado físico de las personas vivas, hallazgos médicos y su relación con la investigación para contribuir con la Autoridad Judicial que lo solicita. La Dirección del Organismo de Investigación Judicial, cuenta con tres departamentos: 1º) Departamento de Investigaciones Criminales; 2º) Departamento de Medicina Legal y 3º) Departamento de Laboratorios de Ciencias Forenses¹². El Departamento de Medicina Legal es un grupo de especialistas en medicina legal o médicos especializados en otras ramas encargados de efectuar los exámenes y evacuar las respectivas consultas médico-forenses, en los casos cuyo conocimiento corresponda al Organismo. Dentro de este último se encuentra contenido la Sección Clínica Médico Forense que se conforma de una jefatura y doce médicos forenses que en promedio realizaron servicios a doce mil personas usuarias durante los años 2016 a 2018 (Vega et al, 2019, 141-142).

El análisis realizado de la Sección Clínica Médico Forense desde el 2016 al 2019 concluyó en un 92% de los casos totales que la terapia con Riociguat es la mejor opción y que existe evidencia científica para demostrar la mejoría en síntomas y calidad para el paciente. El restante 8% corresponde al caso del 2015 donde no participaba como sujeto procesal necesario y dos casos del 2016 en donde no se indica su participación, específicamente en las sentencias 02252-2016 y 07036-2016.

En la sentencia 02252-2016, se presentó un caso de una paciente que tiene intolerancia al medicamento Iloprost y Sildenafil, por lo que su médico tratante solicitó la autorización para administrar Riociguat, solicitud que fue negada por el Comité Central de Farmacoterapia. La Sala Constitucional consideró que la petición de denegatoria del medicamento es contraria al criterio de la médico tratante y del Jefe del Servicio de Neumología, y por tanto es ilegítima y lesiva de los derechos fundamentales de la paciente; dando con lugar

12 Ley Orgánica 5524 del Organismo de Investigación Judicial, de 7 de Mayo de 1974, Colección de Leyes y Decretos 1, 2, 979, 9 de Julio de 1973.

el recurso, sin solicitar o justificar la ausencia de la Sección Clínica Médico Forense¹³. En la sentencia 07036-2016 la Sala Constitucional ante la divergencia de criterios entre el médico tratante y el Comité Central de Farmacoterapia y en aras de proteger la salud y la calidad de vida falló a favor del paciente; agregando que al menos en cuatro ocasiones el tribunal constitucional ha avalado el uso del medicamento y por tanto no es necesario remitir al médico forense.¹⁴

4. De la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia

Durante el 2015 la Sala Constitucional señaló la libertad de prescripción médica con el objetivo de respaldar un mejor pronóstico y la calidad de vida para el paciente. El criterio del médico tratante ha prevalecido en reiteradas sentencias de la Sala Constitucional como en las resoluciones 02252-2016, 07036-2016 y 06440-2018, desarrollando ampliamente su conceptualización como la capacidad o posibilidad de brindar al paciente un mejor pronóstico y una mejor calidad de vida. Para este tribunal, el médico tiene un conocimiento más cercano con el paciente, interpretando dentro de este criterio la protección de la vida, la salud de las personas y la tutela obligatoria del Estado al brindar servicios públicos y suministrar medicamentos. El médico mantiene una libertad e independencia profesional la cual es necesaria para atender a los pacientes, elaborar sus diagnósticos y prescribir tratamientos con la mejor asistencia posible.¹⁵

Desde el año 2016 la Sala ha integrado la jerarquización de intereses económicos y el derecho a la salud, dejando claro que el derecho a la vida y la salud no pueden ser suspendidos o disminuidos a razón de criterios económicos. La vida y el acceso a condiciones mínimas de salud son la base del resto de derechos fundamentales, además los costos directos e indirectos de tal incapacidad incluyen afectaciones sociales y morales mucho mayores¹⁶.

El derecho a la salud se ha desarrollado en las sentencias 17500-2017 y 05472-2016 como un derecho fundamental autónomo con relación al numeral 21 constitucional sobre el derecho a la vida, siendo este último la base para los demás derechos fundamentales, y con ello el retardo en los hospitales, clínicas y demás unidades de la Caja Costarricense del Seguro Social repercute negativamente en la protección de la salud y vida de los usuarios¹⁷.

En la sentencia 05472-2016 la Sala Constitucional señaló que el acceso a los servicios de salud conlleva: la accesibilidad a servicios, la no discriminación, la accesibilidad física, económica y equitativa, por esto los criterios económicos que brinda el Comité Central de Farmacoterapia pueden llevar razón al negar el medicamento, pero al contraponerse con el acceso a la salud pierde su respaldo.

Desde el 2017, en las sentencias 03573-2017, 21717-2018 y 23656-2019, la Sala ha disminuido la amplitud de los criterios bajo los cuales actuó, limitándose a mencionar en un

13 Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, STC 02252-2016, San José de las quince horas quince minutos del dieciséis de febrero de dos mil dieciséis

14 Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, STC 07036-2016, San José del a las catorce horas treinta minutos del veinticuatro de mayo de dos mil dieciséis

15 Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, STC 05355-2015, San José a las nueve horas cinco minutos del diecisiete de abril de dos mil quince

16 Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, STC 05472-2016, San José a las quince horas cinco minutos del veintiséis de abril de dos mil dieciséis

17 Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, STC 17564-2017, San José, a las nueve horas quince minutos del tres de noviembre de dos mil diecisiete.

párrafo de la resolución la solicitud de medicamentos, así como su relación con el criterio del médico tratante y su prevalencia ante criterios económicos. Posteriormente, en las sentencias 16055-2018 y 22824-2019 se mencionó la jurisprudencia del médico tratante y su prevalencia como forma de mantener la vida y la salud de las personas.

IV. Resolución N° 01678 - 2016

Esta resolución¹⁸ ilustra un caso que fue analizado por la Sala Constitucional con una sentencia que rechazó el medicamento prescrito por el médico tratante. Se planteó una discusión respecto a la evidencia científica en el uso del medicamento Riociguat. Es el único caso en que se ha rechazado un recurso de amparo presentado respecto al uso de este medicamento.

El caso trata de un adulto de 37 años de edad y que padecía de hipertensión pulmonar tromboembólica, clase funcional IV o hipertensión pulmonar tromboembólica crónica, desde hace ocho años y fue tratado en el Hospital México. Manifestó que esta enfermedad es severa y no tiene cura, pero con tratamiento adecuado podría tener una mejor calidad de vida, ya que, le controlaría los síntomas y le previene un daño mayor a sus pulmones. Actualmente, toma el medicamento Sildenafil. La médica tratante, señaló que para este padecimiento la cirugía sería lo mejor, pero es de alto riesgo, por lo que le recetó el medicamento denominado Riociguat.

Ante este caso, la Sala Constitucional realizó el siguiente análisis:

"II.- Caso concreto.- La recurrente presenta recurso de amparo y manifiesta que el amparado padece de varias enfermedades, entre ellas, hipertensión pulmonar tromboembólica, clase funcional IV desde hace 8 años y es tratado en el hospital recurrido. Manifiesta que esta enfermedad es severa y no tiene cura, pero con tratamiento adecuado podría tener una mejor calidad de vida, ya que, le controlaría los síntomas y le previene un daño mayor a sus pulmones. Acota que la Doctora Betty Rocha Contreras, médico tratante, señaló que para este padecimiento la cirugía sería lo mejor, pero es de alto riesgo, por lo que le recetó el medicamento denominado Riociguat. Sin embargo, el Comité Central de Farmacoterapia acordó en la sesión No. 2015-51, no avalar el tratamiento solicitado. Por su parte, las autoridades de la Caja Costarricense de Seguro Social informan bajo juramento que la decisión de rechazar el medicamento para el amparado, no es antojadiza, pues todo lo contrario, el accionar de la Caja Costarricense de Seguro Social y el proceso de Selección de Medicamentos para atender necesidades excepcionales, en todos los casos, busca prevalecer el beneficio al paciente objetivamente evaluado según el paradigma de la medicina basada en evidencia, evitando el subjetivismo, los conflictos de interés y la confusión derivada de la promoción comercial. Y en el caso específico del amparado, como se ha expuesto, dentro del protocolo vigente en la institución, se apoya el uso de inhibidores de la fosfodiesterasa como el Sildenafil; sin embargo, la médica prescriptora solicita el Riociguat debido a que el paciente se encuentra en un estadio funcional III, pero, aduce que sólo el Riociguat es utilizable en el caso del amparado, lo cual es falso, ya que el Sildenafil es una alternativa terapéutica que ofrece una evidencia científica más robusta y que ha sido comparado de forma directa contra otros fármacos en múltiples estudios. Ante esa disyuntiva, este Tribunal solicitó el criterio técnico de la Sección Clínica Médico Forense y en lo conducente ésta autoridad en el informe rendido a la Sala indicó: "...Se recomienda que los casos que persisten sintomáticos con la terapia inicial que corresponde a lo descrito previamen-

18 Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, STC 001678-2016, San José, a las nueve horas cuarenta minutos del tres de febrero de dos mil dieciséis.

te, se pueden hacer las siguientes combinaciones: riociguat al bosentan, selexipag a un antagonista del receptor de endotelina y/o inhibidores de la fosfodiesterasa o agregar sildenafil a epoprostenol. Lo anterior con recomendación y nivel de evidencia I de la Sociedad Europea de Cardiología / Sociedad Respiratoria Europea (...) de acuerdo a la revisión de la medicina basada en la evidencia, para el estado actual del evaluado catalogado por sus médicos tratantes con hipertensión pulmonar tromboembólica crónica inoperable, lo recomendado en la actualidad es hacer una combinación de medicamentos cuando ha fallado la terapia inicial, como se ha especificado en la fundamentación Médico Legal...". macitentan al sildenafil, riociguat al bosentan, selexipag a un antagonista del receptor de endotelina y/o inhibidores de la fosfodiesterasa o agregar sildenafil a epoprostenol. Lo anterior con recomendación y nivel de evidencia I de la Sociedad Europea de Cardiología / Sociedad Respiratoria Europea (...) de acuerdo a la revisión de la medicina basada en la evidencia, para el estado actual del evaluado catalogado por sus médicos tratantes con hipertensión pulmonar tromboembólica crónica inoperable, lo recomendado en la actualidad es hacer una combinación de medicamentos cuando ha fallado la terapia inicial, como se ha especificado en la fundamentación Médico Legal...". (Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, STC 001678-2016)

Bajo esta perspectiva, el Tribunal en el asunto bajo estudio, no acreditó prueba suficiente para acoger el reclamo de la recurrente, y desvirtuar la tesis adoptada por las autoridades recurridas, pues las autoridades forenses no recomiendan para beneficio del amparo el medicamento indicado por la médico prescriptora. En consecuencia, la Sala no verificó que la negativa de las autoridades recurridas del Comité Central de Farmacoterapia de suministrar el citado medicamento Riociguat al amparado, esté lesionando el derecho a la salud del paciente. Por tanto, se declaró sin lugar el recurso.

Algunos aspectos importantes en la resolución del caso es que los elementos que considera el Tribunal Constitucional se limitan a transcribir los planteamientos de las diferentes instancias, sin analizar detalladamente cada uno de los argumentos. La Sala Constitucional respalda un criterio basado, supuestamente, en evidencia científica, sin embargo, esta evidencia no existe y es fácilmente constatable. Basta con revisar las indicaciones aprobadas de los medicamentos por la autoridad competente para establecer la evidencia científica que respalda el uso de un medicamento.

Del análisis de la normativa nacional es claro que las potestades del Comité Central de Farmacoterapia están limitadas por las disposiciones del Ministerio de Salud, en ejercicio de sus competencias de autoridad sanitaria. Ninguna disposición del Comité puede sobrepasar la autoridad del Ministerio de Salud respecto al uso de medicamentos. Siempre que el CCF pretenda incluir en sus guías de farmacoterapia cualquier medicamento o indicación está limitado a la autorización del Ministerio de Salud.

El registro sanitario de un medicamento es un procedimiento administrativo obligatorio, es la clave para ejercer un control legal y preventivo de los medicamentos con el fin de velar por su calidad, seguridad, eficacia y uso correcto. Con ese propósito se evalúa la información necesaria que el solicitante del registro, legalmente capacitado para pedirlo, debe proporcionar a la autoridad y que se refiere esencialmente a información científica y técnica sobre el producto y datos administrativos generales.

La información aportada por el solicitante es revisada detalladamente por los profesio-

nales que se aseguran de la seguridad, eficacia y calidad de los productos. Una vez que se otorga esta autorización, los productos se pueden comercializar en el país.

El fundamento de este procedimiento es que se materialice la obligación que tiene el Estado, por medio del Ministerio de Salud de asegurar que los productos son adecuados para el consumo humano. Además, que el fabricante del producto haya cumplido con las regulaciones nacionales e internacionales para que el producto no signifique un riesgo para la salud de la población.

En el caso de medicamentos, el registro se realiza siguiendo lo dispuesto en una normativa común centroamericana, el Reglamento Técnico Centroamericano 11.03.59:11¹⁹. Este Reglamento establece los requisitos mínimos que debe presentar el fabricante para que se otorgue la autorización de uso.

La información contenida en los registros sanitarios es de gran importancia, porque contempla la información de las indicaciones, contraindicaciones, interacciones, efectos adversos, dosis y administración. La obtención de este permiso limita la utilización que se le puede dar a un medicamento, pues no se puede prescribir el medicamento para indicaciones que no hayan sido aprobadas por la autoridad sanitaria, al igual que la compañía que registra el medicamento no puede promover su uso en indicaciones para las que no tenga permiso.

Es posible que un medicamento sea autorizado para un determinado uso en el país, pero esto no quiere decir que se autoriza su uso para cualquier enfermedad, sino que cada indicación de uso debe ser autorizada por el Ministerio de Salud. Este trámite administrativo es realizado también por la Unidad de Registros. El fundamento de este proceso es el artículo 115 de la Ley General de Salud.

En el caso que motivó la sentencia número 01678-2016, se genera una discusión sobre un medicamento que la CCSS le brinda sin que tenga indicaciones para utilizarse para el tratamiento de esta enfermedad en el país, a pesar de esto es defendido en múltiples ocasiones.

En el análisis del caso analizado por la Sala Constitucional es claro que el uso del medicamento Sildenafil es absolutamente incorrecto al no estar autorizado en el país, y no se respalda en evidencia científica para tratar un paciente con hipertensión pulmonar tromboembólica crónica.

El criterio brindado por la Sección Clínica médico forense indica esquemas de tratamiento que no han sido aprobados en el país y no reconoce la evidencia científica que existe para el único medicamento aprobado por el Ministerio de Salud para hipertensión pulmonar tromboembólica crónica.

En el análisis del caso nunca se considera la evidencia científica que fundamenta la obtención de un registro sanitario y a su vez se utilizan interpretaciones incorrectas relativas a la evidencia que existe respecto del medicamento.

19 Decreto Ejecutivo 38414, del 28 de Febrero de 2014, COMEX-MEIC-S, Gaceta, 103, 20, del 30 de Mayo de 2014

Conclusiones

La resolución de la Sala Constitucional de recursos de amparo por acceso al medicamento Riociguat aumenta cada año. El Tribunal Constitucional condena a la Caja Costarricense de Seguro Social ante la renuencia de otorgar este medicamento a los pacientes. Desde el año 2015 a 2019 se declararon con lugar 38 de los 39 casos presentados por los pacientes. Este resultado consistente debe servir para que la CCSS analice sus procedimientos internos y tome las medidas administrativas necesarias para facilitar el acceso de los medicamentos a los ciudadanos y evite la judicialización de estos casos. Por su parte la Sala Constitucional debe analizar el contenido del término "medicina basada en la evidencia" y analizar detalladamente su significado y fundamento para utilizarla como base de sus resoluciones.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Hossein-Ardeschir, G, D'Armini M. & Gerrit W. (2013). Riociguat for the treatment of chronic thromboembolic pulmonary hypertension. *The New England Journal of Medicine*, 369, 319-329. Disponible en: <https://www.nejm.org/doi/full/10.1056/nejmoa1209657>.
 - Programa Estado de la Nación. (2015). Judicialización de la salud: revisión de los recursos de amparo relacionados con medicamentos. (Primer Informe Estado de la Justicia) San José: Programa Estado de la Nación.
 - Rubin, Lewis J., Galiè, N. And Hossein & Ardeschir G. (2015). Riociguat for the treatment of pulmonary arterial hypertension: a long-term extension study (PATENT-2). *The European Respiratory Journal*, 45, 1303-1313. Disponible en: <https://erj.ersjournals.com/content/erj/45/5/1303.full.pdf>.
 - Stasch, J. P & Oleg V., E. (2013). Soluble guanylate cyclase stimulators in pulmonary hypertension. *Handbook of experimental pharmacology*, 218, 279-313. Disponible en: pubmed.ncbi.nlm.nih.gov/24092345/.
 - Vega Zúñiga, F., Chacón Barquero, L. y Villalobos León, K. (2019). Medicina Legal de Costa Rica Historia, actualidad y proyección a futuro. *Revista Medicina Legal en Costa Rica* 36, 2, 127-165. Disponible en: <https://www.scielo.sa.cr/pdf/mlcr/v36n2/2215-5287-mlcr-36-02-127.pdf>.
- Normativa y Jurisprudencia citada
- Asamblea Nacional Constituyente. Constitución Política, de 7 de noviembre de 1949.
 - Asamblea Legislativa de Costa Rica. Ley Orgánica 5524, de 7 de Mayo de 1974, del Organismo de Investigación Judicial, (Colección de Leyes y Decretos 1 (2): 979, 9 de Julio de 1973).
 - Asamblea Legislativa de Costa Rica. Ley 7135, de 11 de Octubre de 1989, de Jurisdicción Constitucional (La Gaceta 34, 198 del 19 de Octubre de 1989).
 - Asamblea Legislativa de Costa Rica. Reglamento 8314, de 15 de Enero de 2009, del Comité Central de Farmacoterapia de la Caja Costarricense de Seguro Social (Gaceta 29, del 11 de Febrero de 2009).
 - Poder Ejecutivo. Decreto Ejecutivo 38414, del 28 de Febrero de 2014, COMEX-MEIC-S (Gaceta 103, 20, del 30 de Mayo de 2014).

Jurisprudencia citada

- Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, STC 07193 - 2009, San José, a las catorce horas y veinte minutos del cinco de mayo del dos mil nueve.
- Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, STC 05355-2015, San José a las nueve horas cinco minutos del diecisiete de abril de dos mil quince.
- Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, STC 001678-2016 San José, a las nueve horas cuarenta minutos del tres de febrero de dos mil dieciséis.
- Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, STC 02252-2016, San José de las quince horas quince minutos del dieciséis de febrero de dos mil dieciséis.
- Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, STC 05472-2016, San José de las quince horas cinco minutos del veintiséis de abril de dos mil dieciséis.
- Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, STC 07036-2016, San José del a las catorce horas treinta minutos del veinticuatro de mayo de dos mil dieciséis.
- Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, STC 17564-2017, San José, a las

CONTANDO HISTORIAS DE DOLOR: EL DERECHO A LA SALUD DE PACIEN- TES HOSPITALIZADAS EN VENEZUELA

TELLING STORIES OF PAIN: THE RIGHT TO HEALTH OF HOSPITALIZED PATIENTS IN VENEZUELA

Andy Delgado Blanco¹

DOI: [https://doi.org/10.37767/2591-3476\(2021\)03](https://doi.org/10.37767/2591-3476(2021)03)

Fecha de envío: 14.06.2021

Fecha de aceptación: 09.08.2021

RESUMEN:

Este artículo presenta los resultados de una investigación realizada en Venezuela, durante el mes de diciembre de 2019, bajo el paradigma cualitativo, con la forma de un estudio de caso. Su objetivo es examinar la realización efectiva del derecho a la salud, en tanto un derecho humano, desde las vivencias de ocho pacientes hospitalizadas, en el servicio de neurocirugía del Hospital Dr. Miguel Pérez Carreño, ubicado en el sur de la ciudad de Caracas. Se tomó como eje referencial para valorar el cumplimiento del derecho, cuatro criterios básicos: disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y calidad de la atención, según lo prescrito en el sistema de derechos humanos y las disposiciones constitucionales en la materia. Los resultados muestran no solo lo ilusorio del derecho sino también parte del sufrimiento humano de los entrevistados.

ABSTRACT

This article presents the results of an investigation carried out in Venezuela, during the month of December 2019, under the qualitative paradigm, in the form of a case study. Its objective is to examine the effective realization of the right to the health, as a human right, from the experiences of eight hospitalized patients, in the neurosurgery service of the Dr. Miguel Pérez Carreño Hospital, located in the south of the city of Caracas. Four basic criteria were taken as a referential axis to assess compliance with the law: availability, accessibility, acceptability and quality of care as prescribed in the human rights system and the constitutional provisions on the matter. The results show not only the illusion of the law but also part of the human suffering of the interviewees.

¹ Docente-Investigadora y Jefa del Área Desarrollo y Salud. Centro de Estudios del Desarrollo (Cendes). Universidad Central de Venezuela. Doctora en Estudios del Desarrollo. Magister Scientiarum en Planificación del Desarrollo. Mención Política social. Abogada. Correo electrónico: andydelgadob@gmail.com. ORCID iD: <http://orcid.org/0000-0002-1528-1285>

PALABRAS CLAVE: derecho a la salud, derechos humanos, Venezuela, pacientes hospitalizadas, realización efectiva del derecho.

KEY WORDS: Human rights, right to the health, Venezuela, patients hospitalized, realization on the right.

I. Introducción

El propósito de este trabajo es examinar la realización efectiva del derecho a la salud, en tanto un derecho humano, desde las vivencias de ocho pacientes hospitalizadas, en el servicio de neurocirugía del Hospital Dr. Miguel Pérez Carreño, ubicado en el sur de la ciudad de Caracas, a la luz de los instrumentos internacionales que regulan la materia y las disposiciones previstas en el derecho interno. De acuerdo con los cánones del sistema de derechos humanos los elementos esenciales que permiten la evaluación de este derecho son disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y calidad; sobre los cuales se asentó el procesamiento e interpretación de la información obtenida en el curso de la investigación realizada.

A diferencia de los derechos civiles y políticos en los que, en principio, basta la abstención estatal para la concreción del derecho, en materia de derechos sociales se requiere de la actuación definida del Estado para su logro. En el caso del derecho a la salud, esto es más evidente aún: hay una línea que separa lo normativo y lo fáctico, las intenciones que se declaran y las oportunidades con las que cuentan las personas para hacer efectivo el derecho, de allí que explorar cuánto de ese compromiso se hace efectivo, cuánto de la institucionalidad contribuye a la realización del derecho es siempre una tarea pertinente.

En Venezuela, desde 1999, la salud es un derecho social fundamental que el Estado debe garantizar como parte del derecho a la vida, en aras de lo cual ejerce la rectoría y gestión del denominado así, sistema público nacional de salud, cuya prioridad es la promoción de la salud y la prevención de las enfermedades, a través del tratamiento oportuno y la rehabilitación de calidad. No obstante, pese a los progresivos avances que, en materia sanitaria, experimentó el país a partir del primer tercio del siglo pasado, ya bien entrado el presente milenio la capacidad de respuesta institucional ha venido disminuyendo de manera paulatina, hasta convertirse en parte de una crisis de mucho mayor alcance y dimensiones multifactoriales.

Falta de suministros, deterioro de su infraestructura e insuficiencia de personal son algunos de los elementos que caracterizan la situación de la red hospitalaria y ambulatoria pública venezolana, lo que repercute negativamente en la posibilidad de ofrecer respuestas oportunas y de calidad a las necesidades de su población y, en la garantía y efectividad del derecho a la salud.

En atención a que el propósito de estudio de caso presentado es examinar la realización efectiva del derecho, desde las vivencias de un grupo de pacientes hospitalizados, escapa a sus fines contrastar esa visión con la de los trabajadores de la salud del hospital en el cual se realizó la investigación. Hacerlo, probablemente hubiera enriquecido los resultados de la discusión; sin embargo, el riesgo de desviación del objetivo trazado también hubiese sido mayor.

Una de las limitaciones, sino la principal, a las que hubo que enfrentarse para contextualizar y explicar los resultados de la investigación realizada, fue la marcada opacidad existente en el manejo de la información pública, en Venezuela. En el país, las cifras estadísticas, memorias e informes oficiales sobre asuntos y materias de interés público ha venido siendo restringida paulatinamente, por parte de las autoridades competentes, lo que se expresa en irregularidad o ausencia de publicación de datos provenientes de fuentes gubernamentales. Ante esta realidad fue necesario acudir a informes emanados de organismos multilaterales de las Naciones Unidas, así como a los reportes de organizaciones no gubernamentales, nacionales e internacionales y trabajos de especialistas en el tema, los cuales en general, presentan datos, proyecciones y estimaciones.

En materia de salud, desde el año 2013, el Ejecutivo Nacional suspendió la publicación de los anuarios de mortalidad, natalidad y morbilidad. El Boletín Epidemiológico Semanal, fuente oficial del Ministerio del Poder Popular para la Salud, sobre enfermedades de notificación obligatoria, enfermedades prevenibles por vacuna, enfermedades por vectores, mortalidad materna e infantil que tiene por finalidad orientar tanto a la ciudadanía como a los profesionales de la salud, de manera técnica y confiable, en el reconocimiento de los factores de riesgo de las enfermedades; así como, para ayudar a la toma de decisiones sobre políticas sanitarias sufrió intermitencias desde 2007, cuando fue suspendido durante 20 semanas, hasta que se dejó de publicar en diciembre de 2016.

En 2018, fue eliminado el Centro Venezolano de Clasificación de Enfermedades, que vela por la integridad y calidad técnica de los registros y estadísticas epidemiológicas y de salud y en ese mismo año, la página web del Ministerio del Poder Popular para la Salud en la que se publicaban las estadísticas también fue eliminada (SVSP y RDEN, 2018). Otra fuente de información, las Memorias y cuentas del Ejecutivo Nacional (incluida la del Ministerio del Poder Popular para la Salud), que por mandato constitucional deben presentarse ante el Poder Legislativo y el país, cesaron desde 2016.

Los resultados obtenidos en la investigación realizada no son definitivos, ni pueden ser extrapolados o generalizados a otras entidades o contextos y menos aún a todo el país; aun cuando si pudieran ser útiles para comparar las oportunidades reales y medios con los que cuentan los pacientes, en un servicio determinado de un hospital público venezolano; así como los mecanismos y elementos mediante los cuales se define y desarrolla la garantía del derecho en esos espacios.

Los contenidos desarrollados en este artículo se han organizado conforme a los aspectos siguientes; en primer lugar se presenta el marco referencial sobre el estado de la cuestión de los derechos humanos y muy especialmente, del derecho a la salud; seguido de la situación de la atención de salud en Venezuela; después se exponen aspectos metodológicos del estudio, para inmediatamente exponer los testimonios de los informantes, y luego, evaluar la realización efectiva del derecho, hasta llegar al cierre.

II. Los Derechos humanos como marco referencial de los derechos de los pacientes hospitalizados

La reivindicación, garantía y protección de la dignidad humana ante el poder del Estado es el punto de partida de cualquier discusión sobre los derechos humanos. La Declaración Universal de los Derechos Humanos aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, en 1948, reconoce que todos los seres humanos tienen derechos y

fija límites a la actuación estatal, en aras de preservar a la persona humana, por su sola condición de serlo. De allí que los Estados deban sujetarse a ciertas reglas y garantizar las condiciones para que todos los seres humanos puedan disfrutar de estos derechos. Si bien la Declaración no tiene carácter vinculante, sus preceptos e intencionalidad se convirtieron en un mandato moral sobre el respeto universal a la vida y a las condiciones que permitieran disfrutarla, con y en dignidad.

De acuerdo con el objeto tutelado, los derechos contenidos en la Declaración se han clasificado en civiles, políticos, económicos, sociales y culturales. Las dimensiones civil y política coparon los primeros artículos de esa Declaración y a partir del artículo 22 se expresaron "los derechos económicos, sociales y culturales, indispensables" (ONU, 1948) a la dignidad y al libre desarrollo de la personalidad, para lo cual se hacía necesario el "esfuerzo nacional" – de la mano de su organización y recursos- y la "cooperación internacional". En ese marco, la salud y la asistencia sanitaria fueron consagradas en su artículo 25 como un derecho extensivo a todos los seres humanos.

El reparto político y geográfico que tuvo lugar a partir de la Segunda Guerra Mundial contribuyó a retardar el acuerdo sobre el contenido y especificidad de estos derechos. En el bloque Occidental hubo consenso sobre la centralidad de la libertad en los derechos civiles y políticos; mientras que en el soviético, se desechó la idea de la abstención del poder estatal para no comprometer el normal desenvolvimiento de esos mismos derechos. Los países del Este propugnaron la exigibilidad de los derechos sociales, lo que suscitó notables desacuerdos en el bando contrario a la Cortina de Hierro debido a la carga prestacional que estos conllevan.

Se necesitaron casi 20 años para que, en 1966, se lograra un acuerdo entre ambos bloques, materializado en la adopción de dos instrumentos separados: el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) y, aun 10 años más para que, en 1976, se materializara el depósito de los 35 instrumentos de ratificación exigidos. La Declaración, ambos Pactos y dos Protocolos Facultativos del PIDCP constituyen lo que hoy día se denomina Carta Internacional de los Derechos Humanos.

En materia de salud, un punto de inflexión en el plano internacional lo constituyó la proclamación hecha en el Preámbulo de la Constitución de la Organización Mundial de la Salud, firmada el 22 de julio de 1946, en la que se estableció que el goce del grado máximo de salud que un ser humano pueda lograr es uno de sus derechos fundamentales independientemente de su raza, religión, ideología política o condición económica o social.

En el PIDESC los Estados parte reconocen de forma prístina "el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental" (Artículo 12). Además se obligan a tomar, como mínimo, cuatro medidas básicas para hacerlo efectivo: 1) reducir la mortalidad y la mortalidad infantil; 2) mejorar la higiene del trabajo y del medio ambiente; 3) prevenir, tratar y luchar contra las enfermedades epidémicas, endémicas, profesionales y de otra índole, y 4) crear condiciones para la asistencia médica universal en caso de enfermedad.

En el año 2000, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, órgano encargado de supervisar la aplicación del PIDESC, adoptó una serie de observaciones generales a fin de facilitar y promover la realización de los derechos reconocidos en este

instrumento. La Observación general N° 14 (OG14) establece el contenido normativo del Derecho a la salud y fija los elementos esenciales para evaluar su cumplimiento. El contenido normativo obliga a los Estados parte a garantizar la búsqueda de “un sistema de protección de la salud que brinde a las personas oportunidades iguales para disfrutar del más alto nivel posible de salud”. Este contenido sirve para definir el derecho a la salud 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” (ONU, 2000).

El derecho a la salud comprende libertades, facultades y oportunidades iguales de prevención y protección de la salud; tratamiento de enfermedades, acceso oportuno a servicios de salud básicos y a medicamentos esenciales. De acuerdo con los cánones internacionales prescritos en la OG14 los elementos esenciales que permiten la evaluación del grado de respeto del derecho son cuatro: disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y calidad.

La disponibilidad es un criterio cuantitativo, se refiere a la provisión por parte del Estado de una infraestructura de salud pública e individual (centros, establecimientos, bienes, servicios y programas) suficiente en todo su territorio, que dispongan de instalaciones de agua y saneamiento seguras y adecuadas, personal capacitado y bien remunerado, además de todos los medicamentos esenciales.

La accesibilidad combina lo formal con lo material; en los hechos y el derecho, en lo físico, lo geográfico, lo económico y lo informativo. Se trata de que las personas tengan a su alcance, sin discriminación de ningún tipo, establecimientos, bienes y servicios de salud. Presenta cuatro dimensiones superpuestas: No discriminación, accesibilidad física, económica (asequibilidad) y acceso a la información. Esto quiere decir que todos y muy especialmente los sectores más vulnerables y marginados de la población deberán tener a su alcance geográfico y económico servicios de salud y que cuando haya que realizar un pago, este deberá basarse en el principio de la equidad. Esto también comprende el poder solicitar, recibir y difundir información e ideas acerca de las cuestiones relacionadas con la salud, sin que signifique relajar o menoscabar el derecho a la confidencialidad de los datos personales relativos a la salud.

La aceptabilidad es un criterio cualitativo, vinculado al respeto a la cultura y sensibilidad de las personas y de las comunidades a las que pertenecen; por lo cual ha de cuidarse los requisitos del género y el ciclo de vida. Los establecimientos y servicios deberán concebirse para respetar los principios éticos de la medicina, guardar la confidencialidad y mejorar el estado de salud de las personas.

La calidad está referida a que los establecimientos, bienes, medicamentos, equipo hospitalario y servicios de salud deberán estar en buen estado, ser apropiados y adecuados desde el punto de vista científico y médico; lo que requiere, entre otras cosas, que el personal médico esté capacitado, se cuente con agua limpia potable y que las condiciones sanitarias sean adecuadas.

Desde 1948 las iniciativas, estrategias y compromisos de la comunidad internacional en materia de salud se han venido centrando en la protección efectiva y universalización del derecho. Un ejemplo de ello es la Declaración de Alma Ata, en 1978, que llamó a enfocarse en la reducción de las desigualdades e inequidades en salud, la ampliación de la cobertura y la mejora de los sistemas de salud (OMS, 1978).

Más tarde, en el año 2000, la Asamblea General de las Naciones Unidas aprobó los Objetivos de Desarrollo del Milenio (ODM), tres de los cuales estaban referidos a la salud; en 2010, la Organización Mundial de la Salud instó a los países a mejorar el financiamiento en salud con miras a ampliar la cobertura de la población y la oferta de servicios; en 2014, la Organización Panamericana de la Salud aprobó la Estrategia para el acceso universal a la salud y la cobertura universal de salud, en la que se aboga por servicios integrales de salud, adecuados, oportunos, de calidad; así como por medicamentos de calidad, seguros, eficaces y asequibles. En 2015, los ODM fueron reformulados como Objetivos de Desarrollo Sostenible, en la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible, entre los que destaca el tercero dirigido al logro de la salud y el bienestar (OPS, 2014;. ONU, 2015).

El debate actual reconoce la poca o ninguna factibilidad de garantizar la salud, como tal y menos aún la salud perfecta. Es imposible lograr que alguien no enferme o que su salud no se comprometa, lo que si se puede hacer es crear condiciones que reduzcan las enfermedades prevenibles y, que si la persona se enferma tenga derecho a la asistencia médica; para lograrlo los gobiernos deben dedicar esfuerzos tangibles y realizables para cuidar y proteger el ambiente, prevenir las enfermedades, promover la salud, brindar tratamiento y rehabilitación. En este sentido, el derecho a la salud no puede ser entendido sin el acceso a la asistencia sanitaria, definida por la OPS (2014) como “la capacidad de utilizar servicios de salud integrales, adecuados, oportunos y de calidad, en el momento en que se necesitan” (Mayorga, 1990 y Roemer, 1989).

En el proceso de garantizar la atención de la salud está involucrada la sociedad en general; por un lado, las personas, los pacientes y familiares que requieren la atención médica para sí o para los suyos; por el otro, el Estado que debe disponer de una institucionalidad que responda a las necesidades y derechos de la población, a través de normas, entes, políticas, programas, servicios, equipamiento, suministros médicos, medicamentos adecuados y personal especializado y sensibilizado para brindar “oportunidades iguales para alcanzar el nivel de salud que permita vivir dignamente” (Romero, 2015: pp. 45).

Las oportunidades de las personas de mejorar su calidad de vida, alcanzar un buen estado de salud o recuperarlo se ven afectadas cuando el sistema sanitario no está centrado en la persona como sujeto de derechos y, por lo tanto, se le disminuyen sus opciones. El derecho a la provisión de servicios médicos y a la asistencia sanitaria confiere a una persona la titularidad de una expectativa y crea en la sociedad (Pérez, 2010) la obligación correlativa de activar los mecanismos para actuar de manera preventiva o curativa.

Se actúa preventivamente cuando se promueve la salud y se busca evitar, minimizar o atenuar los factores de riesgo que la pongan en peligro; en cambio, cuando la salud se ha perdido, se abre un proceso en el que la enfermedad está presente y en muchas oportunidades se trata de la vida frente a la muerte, lo que requiere de respuestas oportunas ante el entramado de situaciones que se suscitan, en un ámbito específico y propicio para sanar o rehabilitar al ser humano, como es el hospitalario; en el cual se desenvuelve una relación de mayor sensibilidad que además de las obligaciones y responsabilidades jurídicas, da lugar a deberes éticos que respeten “los intereses de las personas, su integridad y dignidad” (Sarzurí, 2013: pp.3).

La salvaguarda de la integridad de la persona enferma o necesitada de cuidados requiere no solo de igualdad de derechos en el acceso a la asistencia sanitaria y la no discri-

minación; sino también de la protección a la autonomía, intimidad y dignidad del ser humano. Este tema ha sido objeto de regulaciones de carácter legal, sub legal e incluso deontológico. Desde esta última perspectiva la Asamblea Médica Mundial formuló, en 1991, la Declaración de Lisboa sobre los Derechos del Paciente, documento en el cual se formulan consideraciones dirigidas a los profesionales de la salud, sobre los derechos de los pacientes y, se hace énfasis en que su dignidad, intimidad, cultura y valores deben ser preservadas en todo momento, lo que incluye la atención médica y la enseñanza de la medicina (AMM, 1991; Casares, 2001).

III. Estado de la cuestión sobre la atención de salud en Venezuela

El acceso oportuno y la atención de calidad en salud es una preocupación compartida, como bien lo ha indicado la directora de la Organización Panamericana de la Salud: “La salud es un derecho y como tal debemos superar las barreras de acceso a la atención. No es suficiente tener hospitales y centros de salud, estas instituciones deben contar con la combinación adecuada de recursos humanos, infraestructura y equipos, medicamentos y otras tecnologías de salud, para evitar largos tiempos de espera y ofrecer una atención de calidad” (Etienne, 2018).

Según datos del Banco Mundial, citados por la Organización Panamericana de la Salud (OPS, 2019), los países de Latinoamérica y el Caribe gastaron en salud una cuarta parte de lo desembolsado en Europa, ese mismo año; ese gasto total correspondió a un 6,6% del PIB, inferior al 8,8% en los países de la OCDE y varió entre un 1,1% en Venezuela hasta un 11,7% en Cuba y 9,2% en Uruguay. Estas diferencias impactan de forma negativa en la capacidad de los sistemas de salud, de estos países, para proporcionar acceso a servicios de buena calidad a los grupos más vulnerables (OECD y WB, 2020; ONU, 2020).

A partir de 1936, con la muerte de Juan Vicente Gómez, Venezuela experimentó progresivamente un proceso de modernización e industrialización basado en la explotación petrolera, que ameritó la creación de un tejido institucional de avanzada, en el que en materia de sanidad se adoptó una concepción integral de la salud. Esa institucionalidad alcanzó su mayor desarrollo entre los sesenta y los setenta, cuando se amplió la red de centros de salud y se construyeron los grandes hospitales generales que servirían para la atención a la población (Castellanos, 1982).

Aunque entre 1936 y 1980 las asignaciones del Ministerio de Sanidad y Asistencia Social se mantuvieron estables posteriormente vendría una disminución de la inversión pública en salud, que, entre otros aspectos, tuvo una significativa influencia en el crecimiento del sector privado, la privatización de los espacios sanitarios e ineficiencia de las prestaciones de salud, que, en gran medida, hicieron ilusoria la universalidad del derecho garantizado en la Constitución de 1961 (Kornblith y Maingon; Díaz P., 2012).

La Constitución de la República Bolivariana de Venezuela consagra como un derecho fundamental la protección de la salud para lo cual el Estado debe garantizar el acceso a los servicios sanitarios, mediante un sistema público nacional regido por los principios de la gratuidad, equidad, unidad, integralidad y solidaridad, entre otros.

La rectoría de lo que se denomina sistema público de salud venezolano² es competencia

2 Sobre este asunto es pertinente señalar que el Área de Desarrollo y Salud del Cendes-UCV, del que forma parte la autora de este trabajo, sostiene que en Venezuela no se puede hablar de un sistema nacional de salud, ya que en realidad lo que existe es una multiplicidad de órganos y prestadores de servicios,

del Ministerio del Poder Popular para la salud, ente que regula la red de atención primaria, mientras que, el Instituto Venezolano de los Seguros Sociales se ocupa de los trabajadores asegurados (ente perteneciente al Ministerio del Trabajo), y, la Misión Barrio Adentro, de una parte de la atención primaria.

Con posterioridad a 1999, se puso en funcionamiento el Modelo de Atención Integral de Salud, con el objetivo de fortalecer la red ambulatoria, encargada de la atención primaria en salud, la cual se fue debilitando hasta limitarse a lo médico-curativo, que debe atender a una población que, según fuentes oficiales asciende a 32.605.423 habitantes y, que el Banco Mundial calcula en 28,5 millones (INE, 2011; WB, 2017).

Actualmente Venezuela vive una crisis multifactorial y multidimensional en la que se conjugan: inestabilidad política, conflictos sociales, indicadores económicos y fiscales negativos, desplazamiento interno y externo de la población, escasez de alimentos, desmantelamiento de su infraestructura, deficiencias de servicios públicos, altas tasas de criminalidad, pobreza, servicios sanitarios deficientes, por solo mencionar algunos de ellos; lo que ha sido motivo de declaraciones, alertas, advertencias e informes por parte de entes oficiales, organizaciones no gubernamentales y organismos multilaterales.

En 2016 la Asamblea Nacional aprobó un acuerdo declarando la crisis humanitaria en el sector salud. Desde ese mismo año y hasta 2019, 16,4 millones de personas cayeron en pobreza extrema y 18,5 pasaron a pobreza multidimensional, lo cual significa que un 64,8% enfrentó múltiples carencias en los ámbitos de la salud, educación y nivel de vida. En 2018, Acaps, un proveedor internacional de información sobre emergencias y crisis humanitarias, reportó que el país era el único de occidente que padecía una crisis humanitaria debida, no a un desastre natural o un conflicto bélico, sino a las políticas gubernamentales (AN, 2016; ONU, 2018; Acaps, 2018; Cepal, 2018; HumVenezuela, 2020).

En 2019, el Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas señaló la existencia de una crisis política, económica, social y humanitaria en el país y, exhortó al gobierno venezolano a aceptar la asistencia humanitaria, para hacerle frente a la escasez de alimentos, medicamentos y suministros médicos, entre otras carencias señaladas. El Coordinador de Asuntos Humanitarios de las Naciones Unidas declarararía, ese mismo año, ante el Consejo de Seguridad, la existencia de un “problema humanitario muy real en Venezuela” que abarca a más de 7 millones de personas. Ese mismo año, el presidente de la República anunció un acuerdo con la Cruz Roja de Venezuela para permitir que entraran suministros médicos y alimentos por medio de la Ayuda Humanitaria (ONU, 2019a; ONU, 2019b; Lowcock, 2019).

Entre el último trimestre de 2019 y 2020, 14,9 millones de personas presentaban necesidades humanitarias; entre las cuales, 2, 8 millones tenían necesidades en salud que no podían satisfacer, por el limitado acceso a servicios médicos críticos y esenciales, a la falta de mantenimiento de los equipos médicos y líneas vitales, y al desabastecimiento y no distribución continua de medicamentos e insumos médicos (ONU, 2019a; ONU, 2019b; Lowcock, 2019; HUM VENEZUELA, 2020; WTF, 2020).

Diferentes actores han venido cuestionando la situación hospitalaria del país y la realización del derecho a la salud desde la primera mitad de este siglo. En el año 2001, la Uni-

públicos y privados, que se manejan de manera inconexa y fragmentada, sin la unicidad de criterios que debe existir para hablar de un sistema, en tanto un cuerpo orgánico y estructurado.

dad de Gestión de Tecnologías en Salud de la Universidad Simón Bolívar presentó una evaluación realizada a la infraestructura de sistemas de 22 hospitales, dependientes del Ministerio de Salud y Desarrollo Social, que para ese momento representaban el 12,3% del total nacional. Los resultados arrojaron que esa infraestructura no estaba acorde con las exigencias nacionales e internacionales y que la eficiencia de sus sistemas eléctrico, de ascensores y de aire acondicionado estaba seriamente comprometida; para ese momento no estaban operativos los de protección contra descarga eléctrica, el de llamada de enfermeras, señalización, alarmas y altoparlante y la mayoría carecía de personal de mantenimiento preparado, lo que afectaba negativamente la capacidad resolutive de estas instituciones (Mijares et al, 2001)

En 2009, el cuestionamiento vino del entonces presidente de la República, Hugo Chávez: "...tenemos una emergencia: la salud...." (EU, 2009). Ese mismo año, el Vicepresidente anunció la intervención del Hospital Periférico de Coche, en Caracas, por irregularidades en lo relativo a infraestructura, dotación de equipos y de personal (CO, 2009).

Entre 2014 y 2016, la cobertura de seguridad social se redujo 36 %, bajando de 22 % a 14 %, y la de otros seguros públicos cayó 67 % y, para 2017 el porcentaje de población sin seguro médico alcanzó 68 %. Para el año 2015, 23,8 millones de personas dependían del sistema sanitario público venezolano para atender sus necesidades de salud, 14,8 de ellas fueron privadas de servicios; 18,4 millones de personas con enfermedades se encontraban en gran vulnerabilidad; 7,9 millones con problemas de salud graves (24,4% crónicos y 11,4% agudos), sin que las instituciones sanitarias públicas, conformadas por 240 hospitales, 587 ambulatorios urbanos I y 4.314 ambulatorios rurales I y II adscritos al Ministerio del Poder Popular para la Salud; y, 35 hospitales, 57 ambulatorios y farmacias, que distribuyen medicamentos de alto costo del Instituto Venezolano de los Seguros Sociales les dieran respuesta a esas carencias (Codevida y Provea, 2015; MPPS, 2016; Encovi, 2017; Quiroz, 2018).

Entre 2017 y 2019, se produjo el cierre o inoperatividad de 80% de la atención primaria, 60% de la atención ambulatoria especializada y 69,5% de la hospitalaria pública. En 40 hospitales, tipo III y IV³, de los 24 estados del país, adscritos al Ministerio del Poder Popular para la Salud, el Instituto Venezolano de los Seguros Sociales, Sanidad Militar y gobernaciones, entre ellos el Hospital Dr. Miguel Pérez Carreño, donde se realizó el trabajo de campo de esta investigación, el 51% de sus salas de cirugía o pabellones y el 38,3% de la actividad quirúrgica estaba inoperativa; el 85% de los equipos médicos estaba fuera de servicio (95% de los equipos de tomografía y resonancia magnética); al igual que el 51, 35% de sus servicios de Rayos X, el 42% los servicios de ecosonogramas. Se reportó igualmente, un 88% de escasez de medicamentos, 79% en materiales médico quirúrgicos y 84% en catéteres y sondas (HUM Venezuela, 2020; AN y TV, 2018; Oletta y Walter, 2018; ENH, 2018 y 2019).

Se alertó sobre un 95% de fallas severas o paralización de las capacidades para realizar exámenes de laboratorio. Los materiales e insumos necesarios para la realización de pruebas básicas o especiales y actos quirúrgicos indicados a los pacientes no estaban siendo adquiridos en los lapsos oportunos y había insuficiencia de reactivos, pruebas

3 Hasta 2020, el sistema hospitalario venezolano se clasificaba en hospitales tipos I, II, III, y IV (GO N°32.650), ahora denominados hospitales generales y especializados (GO N° 41.796), a efectos de este trabajo se mantendrá la primera denominación, vigente para el momento en que se realizó el trabajo de campo.

diagnósticas y materiales para laboratorio clínico y bancos de sangre; lo que impedía descartar enfermedades en las donaciones de sangre, anatomía patológica (Ceballos, 2018).

En los dos primeros meses de 2018, en el Hospital Raúl Leoni, del estado Bolívar, centro de referencia para los estados Monagas, Anzoátegui y Delta Amacuro, los médicos denunciaron la muerte de más de 100 pacientes por causas atribuibles a la falta de insumos; escasez de antibióticos, cierre de los quirófanos, carencia de reactivos de laboratorio y de sustancias hemoderivadas, necesarias. Contaban con solo un quirófano en ejercicio de 8 disponibles. En el Hospital Universitario de Pediatría Dr. Agustín Zubillaga de Barquisimeto, su director reconoció que, pese a los esfuerzos gubernamentales, tienen dificultad para obtener medicamentos y material médico quirúrgico “y que algunos antibióticos tienen un costo por el orden de Bs. 5.000.000,00, lo cual limita su disponibilidad” (TV, 2018; ENH, 2018 y 2019).

Según diversas fuentes, entre ellas la presidenta del Colegio de Médicos del estado Zulia, el Hospital Universitario de Maracaibo tiene dificultades con el servicio de agua y la energía eléctrica. La mora quirúrgica llega a seis meses, ya que solo pueden realizar pocas cirugías semanales, debido a falta de esos servicios públicos y la contaminación de quirófanos; los pacientes deben llevar todos los medicamentos e implementos para tratarse en el hospital. No cuenta con tomógrafo, resonador, laboratorio, ni ascensores; en el primer semestre de 2019, murió una paciente renal al desplomarse uno de los dos ascensores que estaban en funcionamiento, para ese momento y estos pacientes se han quejado porque sus familiares tienen que subirlos, con sus sillas de ruedas, ocho pisos para asistir a sus consultas (EC, 2019 y LV, 2021; PRL, 2021; HRW, 2020).

Venezuela está entre los últimos lugares del Índice de Seguridad Sanitaria Global (posición 180 de 195 países). Entre noviembre y diciembre de 2019, un equipo de Human Rights Watch y la Universidad Johns Hopkins realizó entrevistas telefónicas detalladas a profesionales de la salud en 14 hospitales públicos, que salvo uno, brindaban atención de alta complejidad en Caracas y cinco estados (Anzoátegui, Barinas, Bolívar, Lara y Zulia). Se desprende del estudio que, algunos de esos hospitales, no ha contado con servicio de agua, durante semanas e incluso meses, por lo que, pacientes y personal de la salud se ven obligados a llevar agua para su consumo, lavarse las manos (“los médicos, antes y después de procedimientos, o para limpiar insumos quirúrgicos”) e incluso, para descargar los inodoros (HRW, 2020).

En términos de capacidad operativa real, los centros de salud perdieron 46,7% de las camas y 80,8% de las de cuidado intensivo. Sobre esta materia, el presidente de la República declaró, en abril de 2020, que Venezuela contaba 27.780 camas hospitalarias, lo que significa que hay 0,96 camas por cada 1.000 venezolanos, frente a las 15 que recomienda la Organización Mundial de la Salud y las 1,3 x 1.000 con las que contaba entre 2005 y 2008 (Codevida y Provea, 2015; El Diario, 2020).

Es a estos establecimientos públicos de salud a donde acuden las personas, en búsqueda de tratamiento y atención para recuperar la salud perdida.

IV. Aspectos metodológicos

Los resultados presentados en estas páginas son producto de una investigación cualitativa basada en un estudio de caso en el que se examinaron, durante doce días del mes de diciembre de 2019, las vivencias de ocho pacientes hospitalizadas, en el Servicio de

Neurología del Hospital Dr. Miguel Pérez Carreño, con el objeto de aproximarse a la realización efectiva del derecho a la salud, en esos espacios.

El Hospital donde se realizó el trabajo de campo, inaugurado oficialmente el 27 de enero de 1970, con la apertura de las consultas externa. Está adscrito al Instituto Venezolano de los Seguros Sociales, ente que en algún momento se caracterizó por contar con la red hospitalaria más “altamente tecnificada del país” (OCDS, 2007:126). Ofrece asistencia médica y postgrados en el 52% de las 56 especialidades reconocidas por la Federación Médica Venezolana; desde 1972, sus postgrados están reconocidos por la Universidad Central de Venezuela (Rodríguez, 2005).

Para el año 2010, el entonces presidente del Instituto Venezolano de los Seguros Sociales al inaugurar el Servicio de Cirugía II del hospital, declaró que este servicio contaba con 44 camas, áreas especiales para curas, equipadas con 10 cupos de vigilancia monitoreada, para “brindar una mejor atención a los pacientes que abandonan la sala de cirugía y permanecen en período de observación”. Declaró igualmente, el mencionado funcionario, que en ese establecimiento de salud eran atendidas más de 350 emergencias diarias y se realizaban en promedio alrededor de 3000 intervenciones quirúrgicas mensuales; contaba con 400 camas operativas con la asistencia de 20 enfermeras y médicos residentes (CO, 2010).

En 2018 El Hospital Dr. Miguel Pérez Carreño contaba con la mayor cobertura por camas hospitalarias de emergencias y la mayor proporción de médicos por cada 10 mil habitantes como centro de influencia en el área en la que está ubicado. La proporción de profesionales de enfermería se consideró moderada “para ser un centro de atención de emergencias de alta complejidad” (Cerrada, 2018:13).

Se eligió este hospital para el trabajo de campo, por razones de conveniencia y oportunidad; por una parte, su ubicación en una zona de alta vulnerabilidad social y económica, en el sur de la ciudad de Caracas, municipio Libertador del Distrito Capital, su carácter docente y de referencia nacional, con múltiples especialidades médicas, entre las cuales la de neurocirugía cuenta con un significativo reconocimiento en el país, le dio un matiz particular, desde la perspectiva académica; por la otra, inclinó la balanza el conocimiento previo, tanto de uno de los jefes del servicio, como de una pacientes hospitalizada, para ese momento, lo cual facilitaba el acceso a las salas en las que se centró la investigación.

El diseño metodológico combinó lo documental y de campo. Se utilizaron las estrategias propias de la investigación documental para tener una base referencial para el análisis, en términos de conceptos e ideas claves que sirvieran para apuntalar la recolección de datos y profundizar los resultados. La recopilación de los datos fue hecha de manera sistemática y en modo alguno intrusiva, de forma directa, a través de ocho de sus protagonistas. La interacción entre la investigadora y los informantes se realizó en el Servicio de neurocirugía donde estaban hospitalizadas. Las técnicas básicas utilizadas fueron la observación participante, entrevistas abiertas y análisis de contenido.

Mediante la observación participante se registraron y valoraron datos sobre el entorno hospitalario: condiciones medio ambientales, oportunidad de las revistas médicas, mecanismos y formas de tratamiento de la enfermedad e interacción de pacientes y cuidadores, entre sí y con el personal de salud, entre otras. La observación se focalizó,

únicamente, en tres salas asociadas al servicio de neurocirugía del hospital, ubicadas en la planta baja y en los pisos 3 y 9 del hospital. En una de las salas estaban hospitalizados unos 30 pacientes; en otra, había catorce personas, entre pacientes y cuidadores y en la tercera, seis pacientes, con sus respectivos acompañantes.

La población de estudio estuvo compuesta solo por mujeres, debido a que la presencia de la entrevistadora en las salas de hospitalización masculina no era permitida fuera de los horarios de visita. Para el momento de la entrevista tres de las pacientes habían sido intervenidas quirúrgicamente, con tiempos de espera u hospitalización que iba de una semana a siete meses.

Para seleccionar a los informantes se tomó en cuenta, que estuvieran hospitalizadas en el servicio de neurocirugía, tuviesen más de 18 años, tuvieran capacidad para dar su consentimiento y que sus condiciones de salud representaran un alto riesgo, por lo que ameritaran tratamiento quirúrgico, y que, además, tuvieran disponibilidad de tiempo y disposición a brindar información significativa para la investigación. Las entrevistas se realizaron, en cada caso, en una única sesión. En los casos en que las condiciones de salud de las pacientes no permitieron la interacción se entrevistó a sus cuidadores, familiares o acompañantes, uno de los cuales fue un hombre. Solo una de estas pacientes vive en la capital de la República, el resto habita en el interior del país, en lugares tan distantes como el oriente y el sur (estados Monagas y Bolívar) o el occidente (estados Trujillo, Lara y Zulia).

Al tratarse de un estudio cualitativo, en el que lo importante no es el tamaño de la muestra, sino la posibilidad de acercarse al fenómeno con profundidad y responder a las preguntas de la investigación, para decidir la cantidad de informantes se tomó en cuenta el criterio de saturación. Cuando la inclusión de nuevos datos no dio lugar a una mayor comprensión de lo estudiado se decidió no continuar con las entrevistas.

A cada informante se le hizo saber el contexto general de la investigación en curso, así como el propósito de la entrevista. Al inicio del encuentro se les garantizó la confidencialidad y anonimato de sus declaraciones. Para cumplir con la promesa hecha, a cada entrevista se le asignó un código que permitió, al presentar y analizar los resultados, salvaguardar la identidad de los declarantes.

Se utilizó una guía de entrevista abierta, en la que, básicamente, se exploraron contenidos que giraban alrededor de sus vivencias y oportunidades reales para el ejercicio efectivo del derecho a la salud, una vez que les fue diagnosticada su enfermedad y tuvieron que ser hospitalizadas. Más allá de su lugar de residencia, se abordaron temas relativos a su patología, experiencia hospitalaria (condiciones y tiempo de hospitalización, momento de la intervención quirúrgica, oportunidad para realizarse exámenes y tratamientos médicos prescritos y administrados, condiciones ambientales). Las respuestas de los informantes fueron completamente libres y evocaron sus sentimientos y vivencias, personales y cognitivas.

La información obtenida de las interacciones con las pacientes y sus cuidadores fue analizada codificada y ordenada conforme a los presupuestos que, según el PIDESC y la Observación general N° 14, definen el contenido normativo del Derecho a la salud y fijan los elementos esenciales para evaluar su cumplimiento: calidad, accesibilidad, aceptabilidad, disponibilidad, ya expuestos en la segunda sección de este trabajo. Se compararon las diversas afirmaciones hechas, los comportamientos y aspectos observados, a los

efectos de encontrar semejanzas y diferencias. El procesamiento de los resultados de las entrevistas fue esencialmente cualitativo.

El análisis de contenido, técnica de interpretación de textos, permitió una aproximación a esos códigos inéditos o latentes y no siempre explícitos en el lenguaje. La información resultante, de la transcripción de las entrevistas y de lo observado, permitió, no solo una aproximación a la realidad personal de cada informante, sino también al fenómeno de la concreción real de sus derechos humanos, especialmente, del derecho a la salud, ante su situación de vulnerabilidad, debido a situaciones que ponen en riesgo bienes mayores como la vida y la salud, y en la que, la poca capacidad resolutoria del servicio de atención hospitalaria en el que se encontraban, se traduce en una falta de oportunidades que niega el derecho, sin que las personas tengan posibilidades de hacerlo efectivo.

V. Las pacientes del servicio de neurocirugía cuentan sus historias

Los testimonios de los entrevistados permiten evaluar el grado de disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y calidad del servicio donde se realizó la investigación; y aportan información sobre el respeto a derechos como la vida, integridad, la salud, la no discriminación y la dignidad humana, como se verá de seguidas.

1. Disponibilidad y accesibilidad

En Venezuela, la población acude a la red pública de servicios de salud, en búsqueda de tratamiento y atención para recuperar la salud perdida, muchos de ellos deben trasladarse, por sus propios medios, hasta la capital de la República. Excepto una de las entrevistadas, todos los demás informantes recorrieron entre de cien y seiscientos kilómetros para ser atendidos.

Vivo en Carora. Me diagnosticaron un aneurisma cerebral, como allá no había posibilidad de una operación, mi doctor llamó a un compañero suyo que trabaja aquí. Pagamos una ambulancia con supervisión médica para ver hasta aquí, me hospitalizaron hace dos meses y me afeitaron para operarme. Desde entonces estoy en esta habitación, sin asepsia alguna, maltratada y nada que me operan. Siempre hay una excusa: no hay luz, los quirófanos se contaminaron, hubo una emergencia (Informante 1.Paciente).

Lo expresado por la Informante 1, quien habita a más de cuatrocientos kilómetros de la capital de la República, no es una situación aislada. Al déficit de instituciones públicas de salud hay que sumarle la crisis de los servicios públicos que se vive en el territorio nacional. Así, un paciente debe ir a varios centros de salud, públicos o privados, en búsqueda de atención y puede dejar de ser atendido por interrupciones de energía eléctrica o carencia de agua potable.

Vivo a unos 120 kilómetros de Maracaibo. Amanecí paralizada del cuello para abajo, me llevaron a una clínica privada, allí me ordenaron una tomografía y una radiografía, pero en todo el estado Zulia solo hay un tomógrafo y es privado. Cuando llegamos no había luz y, entre eso y la cantidad de gente que había, me tocó esperar más de 12 horas. Después me llevaron al hospital universitario, pero se negaron a recibirme porque había tuberculosis y estaba contaminado. "Se va a fuñir más de lo que está, señora, me dijo el doctor de emergencia cuando me vio, váyase para otra parte; aparte de que allí tampoco había para hacerme los exámenes. "Si se puede ir para Caracas, váyase, allá no hay más conocimiento, pero sí, recursos", me dijo el especialista (Informante 4.Paciente).

De acuerdo con lo señalado por la Informante 4, quien habita en una localidad que dista a unos 150 kilómetros de la capital del estado Zulia y a más de seiscientos de Caracas, pese a contar con medios económicos para acudir a la medicina privada, no pudo ser atendida en su localidad geográfica, por los cortes de servicio eléctrico de la región que le impidieron realizarse los exámenes médicos solicitados, y cuando acudió al principal centro de salud pública de su región, no fue admitida, debido a las condiciones en las que ese centro se encontraba.

Mi familia me trajo en avión para Caracas. Un familiar habló con un neurocirujano que trabaja aquí, cuando me examinó, dijo que tenía que operarme, pero que en una clínica eran miles de miles de miles de dólares. Me ingresaron por emergencia, allí pasamos como dos o tres días esperando un cupo en quirófano. El mismo día de la operación, mientras me subían a pabellón pidieron sutura Vicryl, Pega Loka, Gerdex, agua oxigenada, esteroides en ampollas, Gel foam y hasta que mi familia no trajo eso, no me operaron (Informante 4. Paciente).

Otra de las pacientes tuvo que recorrer casi ochocientos kilómetros para ser admitida en el hospital, lo que, sin embargo, no garantizó su atención oportuna:

Somos de Ciudad Bolívar, me vine a cuidar a una amiga que tiene un aneurisma, se suponían que la iban a operar aquí, pero en dos meses no lo hicieron. Ella se fue deteriorando sin que la trataran, nunca hubo medicamentos, ni comida. Hoy está agonizando, en la UCI, la han dejado morir y ya no queda nada por hacer. Un día nos decían que no había quirófano disponible; otro día que se había ido la luz y al siguiente que no había personal, o que no había anestesia. Estoy cansada de tanto maltrato, de tanto dolor (Informante 5. Cuidadora).

Los testimonios dan cuenta de dificultades de accesibilidad física y económica a los servicios de salud y en el acceso a la información. Los medicamentos y materiales quirúrgicos no son asequibles y aun así los pacientes deben proveerse de ellos, sin garantía alguna de que sean operados oportunamente, con los riesgos que pudieran desprenderse de ello:

Hace siete meses que llegué del estado Trujillo por un tumor en la cabeza, desde entonces estoy así, con la cabeza afeitada, esperando que me operen. Me pidieron gasas, antisépticos, hilo; hasta la sierra la compré. Cada día me dicen algo diferente: el hospital no tiene UCI⁴, el tomógrafo está dañado, los aires acondicionados no funcionan, los ascensores tampoco. Ahora estoy peor que cuando llegué: ya no veo y apenas puedo caminar (Informante 2. Paciente).

La alusión a esas carencias, que obligan a realizar gastos onerosos es una constante en los testimonios recogidos:

Vivo en los Valles del Tuy, me hospitalizaron hace seis meses, por un tumor en la zona temporal. Desde entonces estoy aquí, dejé a mis dos niños pequeños con la familia de mi esposo y me vine con mi mamá. No me han operado porque el tomógrafo está dañado y la UCI no funciona. Hace quince días me volvieron a hacer los preoperatorios, dijeron que estuviera preparada, que en cualquier momento me operaban, no pasó nada. Esta

4 Unidad de Cuidados intensivos

mañana vino un doctor, me ordenó los mismos exámenes porque esos otros ya no servían. Como en el hospital no hay reactivos tuve que pedir prestados quinientos mil bolívares para hacérmelos en un laboratorio privado; para mañana, mi familia me hubiera traído la plata, pero el doctor dijo que no se podía esperar, que iba a perder el cupo en el quirófano. Aquí me tomaron la muestra y mi mamá la llevó en un taxi. Dos horas después llegó otro doctor y me dijo que siguen sin UCI y sin tomógrafo, que no era verdad que iban a operarme (Informante 3. Paciente).

El estado de la infraestructura, la carencia de materiales quirúrgicos y medicamentos, repercute de manera directa en las oportunidades de los pacientes para recibir tratamientos oportunos y especializados; luego, quienes pueden acceder a los establecimientos y servicios públicos de salud han de sufrir por las deficientes condiciones en las que se encuentran.

2. Calidad y aceptabilidad

Mientras se hizo el trabajo de campo los ascensores del hospital estuvieron fuera de servicio; los cuidadores, médicos y personal auxiliar trasladaban a los pacientes con movilidad reducida por las escaleras, de un piso a otro; bien para hacerles exámenes o trasladarles de una sala a otra, en pisos distintos, los que podían movilizarse por su propia cuenta lo hacían sin supervisión alguna. En ninguno de estos espacios se contaba con paraban o separador que permitiera guardar el pudor, la intimidad y la confidencialidad necesaria a los pacientes, al administrarles los tratamientos o hacerles la higiene.

El personal de limpieza cumplió con regularidad sus funciones, limitándose a los pasillos externos; el aseo interno de cada sala y de los baños anexos, es responsabilidad de pacientes y acompañantes. En una de las salas, ubicada en la planta baja, a cuyas afueras había una tubería de aguas negras rota, las moscas pululaban, llegando a posarse sobre los pacientes que no tenían cuidador:

Ingresé por emergencia, allí me tuvieron dos días, cuando sacaban a mi hija de la sala se me paraban las moscas encima, como no puedo moverme no podía espantarlas, le pedía que no me dejaran sola, entonces rogamos y como no resultó, pagamos para que la dejaran entrar y acompañarme a ratos (Informante 4. Paciente).

Para el momento de la observación el servicio de agua corriente estaba disponible solo dos horas, de 5:00 am a 7:00 am; lapso que era aprovechado para usar el baño, en la higiene personal y como lavadero y fregadero. Los acompañantes se organizaban para limpiar la habitación, con los productos que llevaban, donde, además de dormir en el suelo o en sillas de plástico, cocinaban.

En su gran mayoría, pacientes y acompañantes preparan, allí mismo, los alimentos que van consumir. Para la comida que ofrece el hospital al paciente, este debe llevar un recipiente plástico para que le sirvan, ya que no se les suministran platos ni cubiertos; en los casos en los que se les sirvió fruta, lechosa, por ejemplo, o una arepa (tortilla de harina que constituye el tradicional alimento de los venezolanos) se les entregaba directamente en la mano o se les dejaba sobre la mesa, junto a la cama.

En las tres salas observadas, los pacientes deben llevar lencería, alimentos, medicamentos, material médico quirúrgico que se les requiere y realizarse por su cuenta, aquellos

exámenes médicos que se les prescribieran. La Administración de los tratamientos y toma de los signos vitales básicos como (temperatura y tensión arterial) estuvo bajo la absoluta responsabilidad del paciente o de su acompañante. Hubo a quienes no se les administró ningún medicamento, pese a estarle prescrito y advertirlo el cuidador.

Nosotras venimos de Maturín. Mi mamá se cayó y tiene un coágulo en la cabeza, estamos esperando a que la operen, como mi hermano trabaja en PDVSA,⁵ logramos que nos atendieran. Nos dijeron que teníamos que afeitarnos nosotras mismas, porque el hospital no tiene personal que se encargue de eso; entonces, le pagamos veinte mil bolívares a un muchacho que anda por la Emergencia para que lo hiciera. No, él no trabaja aquí, es el mismo a quien se le paga que nos deje entrar a atenderla, cuando los vigilantes de la milicia nos lo prohíben (Informante 6. Cuidadora).

Escasez de personal, falta de recursos y precariedad de la infraestructura inciden en esa ausencia de condiciones mínimas para la atención adecuada:

Después de la operación me llevaron al piso 3. La sala estaba llena de gente, entre familiares y pacientes, hacía mucho calor. No sé cuánto tiempo estuve allí, a lo mejor dos días, pero el personal del hospital no limpió nunca, los pacientes que podían se ponían a eso o sino los familiares. Después de la operación duré más de 24 horas sin que me aplicaran tratamiento, mi hija llamó al cirujano y le preguntó; fue cuando un residente me subió por las escaleras, en silla de ruedas, hasta el piso 9 (Informante 4. Paciente).

El acceso a la atención sanitaria conlleva el derecho a que al paciente se le garanticen los medicamentos necesarios para su salud, se le realicen los exámenes básicos y que sean atendidos dentro de un plazo adecuado a las características de su proceso patológico y conforme a criterios éticos y de equidad. No obstante, los pacientes deben resolver con sus propios recursos la realización de los exámenes médicos que lo ameriten.

Mi hija de 46 años lleva dos meses hospitalizada, luego de operada sufrió una infección de esas que llaman nosocomiales; eso, entre otras complicaciones, la ha convertido en una paciente inmunodeprimida. Ayer dejaron de darle los medicamentos. Me ofrecí a comprarlos, pero el médico no quiso darme un recípe, señaló que esto es el IVSS⁶ y no se piden medicamentos ni insumos a los pacientes. Una enfermera me comentó que no le han puesto las medicinas porque no hay quien los suba, los nueve pisos, porque los ascensores no sirven. Eso de los ascensores no se entiende, unos dicen que están dañados, otros que solo hay una persona para operarlos y cuando termina su jornada lo apaga hasta el día siguiente. Será por eso que un viernes en la noche no funcionan y el sábado en la mañana, sí (Informante 7. Cuidadora).

Sobre esas carencias dejó saber el Informante 8:

Somos de los Valles del Tuy. Mi mamá tiene varias vértebras rotas, no puede moverse, apenas habla y depende para todo de mí. Ya tenemos dos meses en el hospital, duermo aquí, al lado de su cama, en el suelo, encima de esta goma espuma. Le han salido escaras, porque es difícil asearla con la poca agua que llega o podemos comprar. Ayer en la revista en el médico dijo que su hemoglobina estaba en 6 y no podía ser operada, estaba muy

5 Petróleos de Venezuela. La empresa estatal encargada de la explotación y comercialización del petróleo en el país.

6 Instituto Venezolano de Seguro Social

débil. Le pusieron una transfusión de sangre, duró cinco horas con la misma bolsa puesta, hasta que fui a buscar a la enfermera y le dije que algo estaba mal. Era que la aguja se había tapado y la sangre no bajaba, como nadie viene a supervisar, uno tiene que estar pendiente y llamar para ver qué pasa. Cuando la enfermera estaba cambiando la aguja se chispeo el uniforme con sangre, se puso furiosa y exigió que le compráramos ACE⁷ para lavarlo. (Informante 8.Cuidador).

En cada sala la seguridad es responsabilidad de pacientes y cuidadores, quienes deben velar para que no les sustraigan sus pertenencias; en una de estas, se escuchó a una de las enfermeras recomendar el cuidado debido, debido a que en el piso superior habían robado la noche anterior. Las puertas de las salas observadas carecían de pestillo y en algunos casos de vidrios.

VI. Entre los hechos y la norma: realización efectiva del derecho

Las dificultades de acceso a establecimientos, bienes y servicios de salud o a seguir tratamientos en la red pública de servicios de salud, que abarca el 90% de los centros sanitarios, se han ido agudizando progresivamente, a lo largo y ancho del país, lo cual ha sido reportado por especialistas y organizaciones de derechos humanos (FMV, 2008; Provea, 2013; Convite, 2017; MS y OVS, 2016; Provea y Codevida, 2016; ENH, 2018 y 2019).

De las observaciones y testimonios recogidos se desprende una constante que da cuenta del incumplimiento estatal a la garantía del derecho a la salud. Los informantes no tuvieron acceso a establecimientos, bienes, servicios y programas de salud, en sus lugares de origen, debido a deficiencias y mal estado de la infraestructura, carencias de suministros o irregularidades en la prestación de servicios públicos como agua potable y electricidad (“tenemos el conocimiento, no las condiciones”).

Por las razones aludidas y otras, los informantes debieron recorrer grandes distancias para recibir atención médica, en el servicio de neurocirugía del Hospital Dr. Miguel Pérez Carreño, donde además, su admisión estuvo condicionada por una referencia circunstancial de ellos o de sus médicos tratantes. Producido el acceso, no recibieron atención oportuna ni aceptable, enfrentaron obstáculos para realizarse exámenes, recibir tratamientos o ser operados lo que en muchas ocasiones contribuyó a que se deteriorase aún más su cuadro de salud, “ahora casi no veo”, diría una de las entrevistadas; o “se fue deteriorando poco a poco, sin que la operaran, hoy está en la UCI, muriéndose”, mencionó una cuidadora.

En alguno de los casos el mal estado de la infraestructura - el 55% de los hospitales no cuenta con plantas eléctricas, en el 63% de ellos hay interrupciones frecuentes de energía eléctrica; el 80% opera en infraestructuras deterioradas y el 70% no tiene suministro regular de agua (HUM Venezuela, 2020)- incidió en la carencia de mínimos necesarios, como un ascensor (“el residente me subió hasta el piso nueve, en la silla de ruedas”) o impidió la dispensa oportuna del tratamiento (“no suben las medicinas porque no hay ascensor”).

En la mayoría de los casos, la ausencia de un equipamiento básico como un paraban imposibilitó la confidencialidad del acto médico o la realización de la higiene de las pa-

⁷ Marca de un detergente en polvo, muy conocido en el país.

cientes, en condiciones dignas. Estas situaciones, además de violar principios éticos de la medicina, dejan al azar y a la buena voluntad la mejora del estado de salud de las personas, lo que concuerda con lo que Freeman (2006) denomina formas soterradas e incluso explícitas de exclusión.

La no disponibilidad o insuficiencia de bienes, insumos, tratamientos y medicamentos, que abarca el 100 % de los laboratorios del sector público, los cuales no pueden hacer pruebas de rutina ni de emergencia, debido a un 90 % de escasez de reactivos, repuestos para equipos, insumos y materiales básicos como tubos de ensayo, inyectoras, algodón, alcohol, guantes y recolectores de muestras (Codevida y Provea, 2015; Quiroz, 2018), llevó a estos informantes a comprar lo requerido o a realizarse exámenes, en el sector privado, para poder continuar sus tratamientos (“me hice los exámenes fuera del hospital porque el laboratorio no funciona”) o ser intervenidos quirúrgicamente (“compré hasta la sierra”), o sencillamente, permanecer en lista de espera (“tengo siete meses hospitalizada, esperando para que me operen”).

Erogaciones como las señaladas, en un contexto de hiperinflación como el venezolano, en el que al menos 11,3 millones no tienen medios económicos para gastos de enfermedad (Encovi, 2017) contribuyó al empobrecimiento de los informantes y les, negó la garantía de asequibilidad, propia del derecho a la salud; además de constituir una privatización de los servicios públicos de salud.

Hubo casos en los que la adquisición del insumo o medicamento, la realización del examen no garantizó su administración, que quedó sujeta a hechos tan aleatorios como que los ascensores funcionasen, se reparara la Unidad de cuidados intensivos o hubiese quirófanos disponibles, lo que prolongó en el tiempo la realización de una intervención quirúrgica o la administración del tratamiento; también se dio el caso de que, aun cuando la paciente necesitaba el medicamento y el hospital no lo proporcionó, la orden médica para comprarlos les fue negada debido a prohibiciones administrativas (“El doctor no me dio el recípe porque en el IVSS no se pide nada a los pacientes”), lo que disminuyó sus posibilidades de curación o atención.

Conforme disponen el PIDESC y la Observación General 14 la garantía de asequibilidad de servicios, bienes de salud públicos e insumos médicos tiene por objetivo evitar inequidades en el pago de los servicios de atención en salud y, en los casos en que estos deban pagarse, esas contraprestaciones deben basarse en el principio de la equidad, para que estén al alcance de todas las personas; y que no recaiga sobre los hogares más pobres una carga desproporcionada, en razón de estos gastos; no obstante, según se desprende de los testimonios recibidos, estos pacientes han debido hacer gastos onerosos, en cuanto a exámenes o insumos (“tuve que pedir prestado”), para ser intervenidos quirúrgicamente y que en algunos casos, no llevaron al resultado esperado (“no era verdad que iban a operarme”).

Según los reportes y estudios en la materia (Hernández y Ortiz, 2011; Provea, 2013; D'Elía, 2014), la escasez de recursos humanos para garantizar la atención en salud alcanza más del 50% de los médicos y el 37% de los enfermeros, quienes se han marchado del país; así, cuando la “la aguja se tapó”, luego de cinco horas de estar en curso una transfusión de sangre, fue el hijo de la paciente quien se dio cuenta y buscó al personal para que viniera a revisar.

En 2017, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos reiteró al Estado venezolano la necesidad de que garantizara la disponibilidad y calidad de los servicios de salud, con personal médico capacitado, medicamentos y equipo hospitalario adecuado (CIDH, 2017). Señaló igualmente la Comisión, que la falta de condiciones para la atención mínima adecuada en centros públicos de salud, la pérdida de personal, la precariedad de la infraestructura y equipamiento médico, el desabastecimiento de medicinas, insumos y materiales médicos contribuía a la exclusión y discriminación de la población.

Además de que el recurso humano es escaso, en algunos casos, requiere de las herramientas y recursos necesarios para prestar un servicio de calidad, que brinde atención segura y cumpla con protocolos de seguridad clínica actualizados, en el que se conjuguen técnica, conocimiento y respeto a la dignidad e integridad del paciente: (“La enfermera nos dijo que tendríamos que lavarle el uniforme o comprarle el “ACE”).

Conforme a lo observado y a las respuestas obtenidas, los informantes no recibieron atención oportuna ni aceptable, el trato que se les dispensó no fue digno ni respetuoso, ni recibieron información oportuna ni cierta sobre sus posibilidades lo que en muchas ocasiones contribuyó a que se deteriorase aún más su cuadro de salud. A esto hay que agregar que estos pacientes y sus familiares no recibieron información suficiente, clara, oportuna y veraz sobre su enfermedad, su pronóstico o posibilidades de ser intervenidos quirúrgicamente, lo que les generó mayor incertidumbre y angustia (“Ha pasado tantas veces, que ya estoy acostumbrada”, diría una paciente cuando se le informó por tercera vez que no sería operada).

El derecho a la salud conlleva en sí el disfrute de toda una gama de facilidades, bienes, servicios y condiciones necesarios para posibilitar el pleno ejercicio de las capacidades (Delgado, 2017), en tanto mecanismo para prolongar la vida y mejorar su calidad, lo que no está ocurriendo en el servicio en el cual se realizó la investigación.

VII. Conclusiones

Los resultados de la investigación presentada, en la que se entrevistó a ocho pacientes hospitalizadas (o a sus acompañantes, según fuere el caso), en el servicio de neurocirugía del Hospital Dr. Miguel Pérez Carreño, no pueden ser generalizados a otros contextos, ni a todos los pacientes hospitalizados en Venezuela, a cuyos efectos haría falta realizar estudios de mayor alcance y profundidad; no obstante, la particularización o focalización hecha no impide que estos resultados sean perfectamente válidos y arrojen “una luz”, sobre lo que les ocurre a pacientes hospitalizados en servicios públicos de salud, los cuales pudieran ser útiles para compararlos, en términos de la realización efectiva del derecho a la salud.

Los discursos de los informantes abren espacio para evaluar, de forma acotada, el cumplimiento del derecho a la salud, conforme a las categorías reconocidas por el derecho internacional; aportan información sobre la ética y sensibilidad del personal sanitario que les atiende y sobre todo, de la insuficiencia de las respuestas estatales para mejorar el estado de salud de esas personas.

Los testimonios recogidos y la observación realizada dan contenido humano al incumplimiento a la obligación de garantía y realización efectiva del derecho, más allá de los datos reportados por organizaciones no gubernamentales, nacionales e internacionales, y de organismos multilaterales del sistema de Naciones Unidas, así como por especialistas en

la materia. El Estado venezolano no está garantizando la disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y calidad de los servicios públicos de atención de salud, al no satisfacer los niveles esenciales de atención en salud y eso menoscaba la dignidad de las personas, con el sufrimiento físico, emocional y social que eso conlleva.

Las condiciones de no disponibilidad, accesibilidad limitada, insuficiencia y baja calidad de centros, establecimientos, bienes, servicios, programas públicos de salud en el país; así como la escasez de medicamentos, insumos y materiales médico quirúrgico se materializan y contextualizan en las vivencias de seres humanos concretos.

El derecho a la salud está consagrado en la Constitución, se le menciona en los planes y programas; sin embargo, para las personas entrevistadas, en el servicio y período indicado, todo parece indicar que este se hace nugatorio. La investigación realizada evidencia una conculcación de derechos cardinales como la vida, la integridad, la no discriminación, la salud y dignidad humana, que pareciera ser normalizada, por quienes la sufren y la procuran, en desmedro de la dignidad humana.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Acaps. (2018). Humanitarian overview an analysis of key crises into 2018. The slow erosion of democratic institutions. The institutional crisis. Disponible en: https://www.acaps.org/sites/acaps/files/products/files/acaps_humanitarian_overview_analysis_of_key_crisis_into_2018.pdf.
- Asamblea Médica Mundial (AMM). (1981). Declaración de Lisboa sobre los Derechos del Paciente. Adoptada por la 34ª Asamblea Médica Mundial, Lisboa, Portugal, septiembre/octubre. Disponible en: <https://www.wma.net/es/policies-post/declaracion-de-lisboa-de-la-amm-sobre-los-derechos-del-paciente/>.
- Casares Fernández-Alvés, Miguel. (2001). Derechos de los pacientes, Tribuna Médica. septiembre
- Castellanos, Pedro L. (1982). Notas sobre el Estado y la salud en Venezuela", Cuadernos de la sociedad venezolana de planificación, N°156 -158. 69 -152.
- Ceballos, Freddy. (2018) Declaraciones. Disponible en: <http://www.el-nacional.com/noticias> y <http://talcualdigital.com/index>.
- Cepal. (2018) Actualización de proyecciones de crecimiento de América Latina y el Caribe en 2018. Disponible en: <https://www.cepal.org/es/comunicados/cepal-mantiene-sus-estimaciones-la-actividad-economica-america-latina-caribe-crecera-22>
- Cerrada Torres, Saul. (2018). Capacidad de respuesta hospitalaria a emergencias médicas. Caso de estudio: Suroeste de Distrito Capital, Venezuela, Terra Nueva Etapa, vol. XXXIV, núm. 55, 219-255. Disponible en: <https://www.redalyc.org/jatsRepo/721/72156172016/html/index.html>
- Coalición de Organizaciones por el Derecho a la Salud y a la Vida (CODEVIDA), y el Programa Venezolano de Educación-Acción en Derechos Humanos (Provea). (2015). Informe Conjunto de Organizaciones de Defensa del Derecho a la Salud al Comité de Derechos Económicos y Sociales de las Naciones Unidas, con motivo del Examen del 3er Informe Periódico del Estado Venezolano. Disponible en: <https://www.google.com/search?q=cod>

- evidencia+Informe+Conjunto+de+Organizaciones+de+https://tbinternet.ohchr.org/Treaties/CESCR/Shared%20Documents/VEN/INT_CESCR_CSS_VEN_20407_S.pdf.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH). (2017). Institucionalidad Democrática, Estado de Derecho y Derechos Humanos en Venezuela. Informe de país. disponible en: cidh.org
 - Convite. 2017. Monitoreo del derecho a la salud en Venezuela. Boletín N°3. Noviembre. Disponible en: https://issuu.com/conviteac/docs/derecho_a_la_salud._2ndo_bolet_n
 - D'Elía, J. (2014). "Situación de la salud en Venezuela", Revista SIC, 769.
 - Delgado Blanco, Andy. (2017) Ciudadanía y derecho a la salud. Publicado en la Revista Cuestiones Políticas del Instituto de Estudios Políticos y Derecho Público "Dr. Humberto J. La Roche" de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad del Zulia Vol 33. N° 58, enero- junio de 2017. pp. 107-124. Disponible en: <http://produccioncientificaluz.org/index.php/cuestiones/issue/view/2615/showToc>
 - Diario Correo del Orinoco (CO). (2009). Noticia de prensa: Gobierno Nacional intervino el Hospital Periférico de Coche. Disponible en: <http://www.correodelorinoco.gob.ve/caracas/gobierno-nacional-intervino-hospital-periferico-coche>
 - Diario Correo del Orinoco. (2010). Noticia de prensa: Gobierno Bolivariano inaugura servicio de cirugía II del Hospital Miguel Pérez Carreño. Disponible en: <http://www.correodelorinoco.gob.ve/gobierno-bolivariano-inaugura-servicio-cirurgia-ii-hospital-miguel-perez-carreno/>.
 - Diario el Carabobeño (EC) (2019). Noticia de prensa: Autoridad del Zulia promete atender problema de ascensores del HUM. Disponible en:
 - Diario El Universal (EU). (2009). Noticia de prensa: Declarémonos en emergencia todos. Disponible en: (<http://www.eluniversal.com/2009/09/24/pol>)
 - Diario La Verdad (LV). (2021). Noticia de prensa: Prometen atender compleja situación en el HUM. Disponible en: <http://www.laverdad.com/zulia/180878-prometen-atender-compleja-situacion-de-los-ascensores-en-el-hum.html>
 - Díaz P., Jorge. (2012). La Institucionalidad de la Salud en Venezuela: Una enfermedad de la razón. Ponencia presentada en el Encuentro de organizaciones sociales realizada en Caracas, en el año 2012.
 - El Diario. 2020. Nota de prensa: ¿Cuál es la verdadera capacidad hospitalaria de Venezuela? Disponible en: <https://eldiario.com/2020/07/23/cual-es-la-verdadera-capacidad-hospitalaria-de-venezuela>
 - Etienne, Carrisa. (2018). OPS pide eliminar el pago directo que hacen las personas para acceder a la atención de salud, Disponible en: <https://www.telesurtv.net/news/avances-america-latina-cobertura-sanitaria-salud-publica--20180406-0057.html> y <https://www.edicionmedica.ec/secciones/gestion/ops-pide-eliminar-el-pago-directo-que-hacen-las-personas-para-acceder-a-la-atencion--91996>
 - Federación Médica Venezolana (FMV). (2008). Diagnóstico del sector salud en Venezuela: estudios de las enfermedades emergentes y reemergentes, ponencia central presentada en la LXIII Reunión Ordinaria de la Asamblea, realizada en Punto Fijo –estado Falcón del 27 al 31 de octubre.p.144.
 - Freeman, Lynn.(2006). Mortalidad materna y reducción de la pobreza: un enfoque basado en derechos, Conferencia Ifhro-Edhucasalud 2006: Exclusión y Derecho a la salud. Perú. www.repositoriocdpd.
 - Hernández T, y Ortiz, Y. (2011). La migración de médicos en Venezuela, en: Rev. Panam Salud Pública. 30 (2):177-81. Disponible en: <https://iris.paho.org/handle/10665.2/9466>. <https://www.el-carabobeno.com/autoridad-del-zulia-promete-atender-problema-de-as>

censores-del-hum.

- Humans Rights Watch. (2020). Venezuela necesita ayuda humanitaria urgente para combatir la Covid-19. Disponible en: <https://www.hrw.org/es/news/2020/05/26/venezuela-necesita-ayuda-humanitaria-urgente-para-combatir-la-covid-19>
- HumVenezuela. (2020). Informe de Seguimiento de HumVenezuela publicado en ocasión del lanzamiento de esta plataforma dirigida a informar sobre la Emergencia Humanitaria Compleja (EHC) en Venezuela. Disponible en: <https://humvenezuela.com>
- Kornblith, Miriam y Thaís Maingon. 1985. Estado y Gasto Público en Venezuela. 1936-1980. Caracas. Ediciones de la Biblioteca de la Universidad Central de Venezuela.
- Lowcock, Mark. (2019). Asistencia humanitaria en Venezuela. Disponible en: <https://www.aa.com.tr/es/mundo/experto-de-onu-afirma-que-en-venezuela-se-deben-separar-objetivos-pol%C3%ADticos-y-humanitarios/1448473>
- Mayorga L., Roberto. (1990). Naturaleza Jurídica de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Santiago de Chile. Editorial Jurídica de Chile. 2a. Edición.
- Médicos por la salud y Observatorio Venezolano por la salud. (2016). Encuesta nacional de hospitales (ENH). Disponible en: <https://www.ovsalud.org/publicaciones/salud/encuesta-nacional-de-hospitales-2016/>. Consultado el 11 de junio de 2018.
- Médicos por la salud. (2018). Encuesta Nacional de Hospitales (ENH) 2018. Disponible en: (2018)https://2479be6a-2e67-48df-9858-103ea763ef46.filesusr.com/ugd/0f3ae5_3276afefd2674842b2b5b208ec952108.pdf
- Médicos por la salud. 2019. Encuesta Nacional de Hospitales (ENH) 2019. Disponible en: <https://www.encuestanacionaldehospitales.com/anteriores>
- Mijares R, Lara L, Silva R, Berutti L, Pineda M, Lugo R (2001). La Infraestructura de los Hospitales Venezolanos. Segundo Congreso Latinoamericano de Ingeniería Biomédica. Habana (Cuba). Disponible en: https://www.researchgate.net/publication/237594972_LA_INFRAESTRUCTURA_DE_LOS_HOSPITALES_VENEZOLANOS
- Ministerio del Poder Popular para la Salud. (2016). Memoria y Cuenta 2015. Caracas.
- Naciones Unidas (2019a) En Venezuela, se deben separar los objetivos políticos de los humanitarios. Disponible en: <http://onu.org.ve/en-venezuela-se-deben-separar-los-objetivos-politicos-de-los-humanitarios/>
- Naciones Unidas (2020). Informe: El impacto del COVID-19 en América Latina y el Caribe, julio. Disponible en: https://www.un.org/sites/un2.un.org/files/sg_policy_brief_covid_lac_spanish.pdf
- Naciones Unidas. (1948). Declaración Universal de los Derechos Humanos. Disponible en: <https://www.un.org/es/about-us/universal-declaration-of-human->
- Naciones Unidas. Comité de derechos económicos, sociales y culturales. (2000). Cuestiones sustantivas que se plantean en la aplicación del Pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales. El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud. Observación General 14. Recuperado de: <http://www.acnur.org/fileadmin/Documentos>.
- Naciones Unidas. Consejo de Derechos Humanos.(2018). Resolución Promoción y protección de los derechos humanos en la República Bolivariana de Venezuela. Disponible en: <https://reliefweb.int/report/venezuela-bolivarian-republic/promoci-n-y-protecci-n-de-los-derechos-humanos-en-la-rep-blica>
- Naciones Unidas. Oficina de Naciones Unidas para la Coordinación de Asuntos Humanitarios (OCHA). (2019b). Plan de respuesta humanitaria. Venezuela. Disponible en: <https://www.examenonuvenezuela.com/respuesta-humanitaria/plan-de-respuesta-humanitaria-para-venezuela-2019-es-fundamental-centrar-la-atencion-en-satisfacer-las-necesidades-de-los-venezolanos>.
- Naciones Unidas. Programa Mundial de Alimentos ((WFP). (2020). Venezuela — Eva-

luación de seguridad alimentaria: Principales hallazgos | Datos recolectados de julio a septiembre de 2019. Disponible en: <https://reliefweb.int/report/venezuela-bolivarian-republic/wfp-venezuela-evaluaci-n-de-seguridad-alimentaria-principales>

- Naciones Unidas. (2015). Transformar nuestro mundo: la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible. Nueva York: NU; Disponible en: http://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/70/1&referer=https://www.google.com/&Lang=S
- Observatorio Comunitario por el Derecho a la Salud (OCDS). 2007. Informe sobre el derecho a la salud en Venezuela 2007. Caracas. Editorial Convite, A.C
- OECD/The World Bank. (2020). Panorama de la Salud: Latinoamérica y el Caribe 2020, OECD Publishing, Paris. Disponible en: <https://doi.org/10.1787/740f9640-es>
- Oletta, José y Carlos Walter. (2018) ¿Qué sucede con el Programa Nacional de Cáncer en Venezuela? Mención especial a la operatividad de los equipos de radioterapia y medicina nuclear, de la red pública de centros oncológicos (MPPS-IVSS). Disponible en: <https://www.ovsalud.org/publicaciones/salud/que-sucede-con-el-programa-nacional-de-cancer-envenezuela/>.
- Organización Mundial de la Salud (OMS). (1978). Declaración de Alma-Ata. Conferencia Internacional sobre Atención Primaria de Salud, del 6 al 12 de septiembre de 1978; Alma Ata, URSS. Ginebra. Disponible en: <http://apps.who.int/iris/bitstream/10665/39244/1/9243541358.pdf>
- Organización Panamericana de la Salud (OPS). (2014). Estrategia para el acceso universal a la salud y la cobertura universal de salud. 53. o Consejo Directivo, 66.a sesión del Comité Regional de la OMS para las Américas, Washington, D.C., del 29 de septiembre al 3 de octubre del 2014 (documento CD53/5, Rev. 2). Disponible en: http://www.paho.org/hq/index.php?option=com_docman&task=doc_download&gid=27273&Itemid=270&lang=es.
- Organización Panamericana de la Salud (OPS). (2019). Sociedades justas. Equidad en la salud y vida dignas. Informe de la Comisión de la Organización Panamericana De la Salud sobre Equidad y Desigualdades en Salud en Las Américas Washington, D.C. Disponible en: <https://iris.paho.org/handle/10665.2/51615>
- Pérez A., Mariana (Coord.). (2010). Cinco miradas sobre el derecho a la salud. Estudios de caso en México, El Salvador y Nicaragua. Fundar. Centro de Análisis e investigación. AC. México. Disponible en: <http://fundar.org.mx/> Consultado el 16 de junio de 2011.
- Prensa Aula Abierta (2019) Crisis eléctrica apaga las universidades venezolanas durante el 2019. Disponible en: <http://aulaabiirtavenezuela.org/index.php/2019/08/06/crisis-electrica-apaga-las-universidades-venezolanas-durante-el-2019/>
- Programa de Román Lozinski (PRL) (2021). Colapso en el Hospital Universitario de Maracaibo: sin tomógrafo, laboratorio, ni ascensores. Declaraciones del 10 d- 05-2021. Disponible en: <https://mundour.com/index.php/2021/05/10/romanlozinski-colapso-en-el-hospital-universitario-de-maracaibo-sin-tomografo-laboratorio-ni-ascensores/>
- Programa Venezolano de Educación-Acción en Derechos Humanos (PROVEA). Informe Anual 2013: Situación de los derechos humanos en Venezuela. 2013. Disponible en: <https://provea.org/publicaciones/informes-anales/informe-anual-enero-diciembre-2013/>
- Quiroz, Cristyn. (2018). La emergencia humanitaria compleja de Venezuela (II). Revista Sic. Disponible en: <https://revistasic.gumilla.org/2019/la-emergencia-humanitaria-compleja-de-venezuela-ii/>
- República Bolivariana de Venezuela. Instituto Nacional de Estadísticas (INE). (2011) Datos demográficos: Proyecciones de población. Disponible en: http://www.ine.gov.ve/index.php?option=com_content&view=category&id=98&Itemid=51
- República Bolivariana de Venezuela. Ministerio del Poder Popular para la salud. (2020). Gaceta Oficial (GO) N° 41.796 de fecha 9 de enero de 2020. Resolución N° 001 de fecha

8 de enero de 2020. Normas que Establecen la Clasificación de los Espacios o Establecimientos de Salud de la Red de Atención Integral del Sistema Público Nacional de Salud. Disponible en: <https://pandectasdigital.blogspot.com/2020/02/normas-que-establecen-la-clasificacion.html>

- República de Venezuela. Asamblea Nacional de la República Bolivariana de Venezuela (AN) y Transparencia Venezuela (TV). (2018). Informe conjunto del estado de salud nacional en Venezuela. Disponible en: <https://transparencia.org.ve/wp-content/uploads/2018/08/Informe-conjunto-del-estado-de-salud-nacional.pdf>

- República de Venezuela. Asamblea Nacional de la República Bolivariana de Venezuela (AN). (2016). Acuerdo mediante el cual se declara crisis Humanitaria en la salud de Venezuela, en vista de la grave escasez de medicamentos, insumos médicos y deterioro de la infraestructura sanitaria. Disponible en: <https://www.asambleanacionalvenezuela.org/actos/detalle/acuerdo-mediante-el-cual-se-declara-crisis-humanitaria-en-la-salud-de-venezuela-en-vista-de-la-grave-escasez-de-medicamentos-insumos-medicos-y-deterioro-de-la-infraestructura-sanitaria-58>

- República de Venezuela. Presidencia de la República. (1983) Gaceta Oficial (GO) No 32.650. Decreto N°1.798. Normas sobre clasificación de establecimientos de atención médica del sub-sector salud en Venezuela. Disponible en: <http://maiquiflores.over-blog.es/article-normas-sobre-clasificacion-de-establecimientos-de-atencion-medica-del-sub-sector-salud-37528888.html>

- Rodríguez, Johanna. (2005). Dr. Miguel Pérez Carreño. Un innovador de la cirugía, Vitae Academia Biomédica Digital. N° 22 (enero-marzo). Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6477568>

- Roemer, Ruth. (1989). El derecho a la atención de la salud, en: Hernán Fuenzalida-Puelma, y Susan Scholle Connor (Editores). El Derecho a la salud en las Américas. Estudio Constitucional Comparado. Washington. Publicación Científica N° 509. Organización Panamericana de la Salud. 16-22.

- Romero de Simondi, Olga. (2015). Derechos humanos y responsabilidad social en el acceso a la salud. Derechos y responsabilidades del enfermo. Trabajo de Tesis para optar al título de Magíster en Bioética. Facultad de ciencias médicas. Universidad Nacional de Córdoba.

Sarzuri H., Leticia. (2013). Derechos de los pacientes en la atención clínica, Revista de Actualización Clínica. Volumen 32. 622-1626. Disponible en: http://www.revistasbolivianas.org.bo/scielo.php?pid=S2304-37682013000500005&script=sci_arttext

- Sociedad Venezolana de Salud Pública (SVSP). Red Defendamos la Epidemiología Nacional (RDEN). (2018). La eliminación del Centro Venezolano de Clasificación de enfermedades (CEVECE) y Centro Cooperador de la OPS-OMS, daña gravemente a la Salud Pública Venezolana, debilita al Ministerio del Poder Popular para la Salud y reduce la capacidad institucional para atender eficientemente, la compleja carga de enfermedades que sufre la población. Disponible en: <http://alianzasalud.org/7-de-agosto-de-2018-sociedad-venezolana-de-salud-publica-red-defendamos-la-epidemiologia-nacional-la-eliminacion-del-centro-venezolano-de-clasificacion-de-enfermedades-cevece-y-centro-cooperador/>

- Transparencia Venezuela (TV). Observatorio Misiones (2018). Registro visual de hospitales. Disponible en: <https://transparencia.org.ve/project/registro-de-hospitales/registro-visual-de-hospitales/>

- UCAB-USB-UCV (2017) Encuesta de condiciones de Vida. (Encovi). (2017). Disponible en: <https://www.proyectoencovi.com/encovi-2017>

- World Bank (2017) 2.1 World Development Indicator: Population dynamics. World Bank Group (en línea). Disponible en: <http://wdi.worldbank.org/table/2>.

A DESESTATIZAÇÃO DO SUS E A TRANSFERÊNCIA DA PROTEÇÃO SOCIAL GARANTIDA CONSTITUCIONALMENTE AO SETOR PRIVADO

THE DESESTATIZATION OF SUS AND THE TRANSFER OF CONSTITUTIONALLY GUARANTEED SOCIAL PROTECTION TO THE PRIVATE SECTOR

Pedro Ivo Biancardi Barboza¹

DOI: [https://doi.org/10.37767/2591-3476\(2021\)04](https://doi.org/10.37767/2591-3476(2021)04)

Fecha de envío: 19.07.2021

Fecha de aceptación: 16.09.2021

RESUMEN:

Este artigo objetiva analisar a figura do Estado prestador de serviços e a complementação dos serviços de saúde pelos entes privados. Por meio da pesquisa teórica, bibliográfica e documental empírica, busca-se analisar a proteção social e sua dependência da atuação estatal, considerando as mudanças ocorridas no desenvolvimento dos serviços de saúde mediante as contratualizações, tendo como problema central a dificuldade para se materializar o acesso universal e integral à saúde.

Ainda que o debate suscite sucessivas investigações, é possível verificar que modelos de maiores performances em termos de saúde são aqueles que consagram a universalização da saúde pública e nos quais a proteção social exerce papel crucial, o que demonstra que a saúde deve se expressar enquanto questão de Estado em seu aspecto estrutural, porém por meio de uma melhor governança sanitária entre público e privado na definição de prioridades e na prestação de serviços de saúde

ABSTRACT

This article aims to analyze the figure of the State providing services and the complementation of health services by private entities. Through theoretical, bibliographical and empirical documentary research, we seek to analyze social protection and its dependence on state action, considering the changes that have occurred in the development of health services through contracts, with the main problem being the difficulty to materialize access universal and integral to health.

Although the debate prompts successive investigations, it is possible to verify that models

¹ Doutorando em Saúde Global e Sustentabilidade pela Universidade de São Paulo, Mestre em Ciências da Saúde pelo Instituto de Assistência Médica ao Servidor Público Estadual. E-mail: peivo_barboza@usp.com. ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0002-6932-368X>.

with the greatest performances in terms of health are those that enshrine the universalization of public health and in which social protection plays a crucial role, which demonstrates that health must be expressed as an issue structural aspect, however through better health governance between public and private in the definition of priorities and the provision of health services.

PALABRAS CLAVE: direito à saúde; Sistema universal de saúde; Administração Pública; Contratos.

KEY WORDS: Right to health; Universal health system; Public administration; Contracts.

I. Introdução

O contexto trazido pelo neoliberalismo, com as transformações para uma Administração Gerencial, implicou mudanças na natureza da gestão, com a premissa de que a lógica de mercado poderia diminuir os gastos públicos, aumentando a eficiência (Louvison, 2019:2). Observa-se que a maior desestatização da gestão e as parcerias com o setor privado e com o terceiro setor vêm invertendo aquilo que é universal ou complementar na assistência à saúde garantida por prestações positivas pelo Estado, tornando a fronteira entre o público e privado no Sistema Único de Saúde (SUS) num espaço acirrado, com implicações ao funcionamento do sistema e à efetividade do direito à saúde garantido constitucionalmente.

Segundo Yarid (2009:47), apesar da antinomia Estado/mercado, é possível notar que os dilemas da saúde possuem um ponto central, qual seja, a capacidade de efetivamente enfrentar a desigualdade e exclusão sociais, com a prevalência do interesse público na condução política do Estado e com a introdução de mecanismos reais de controle social sobre os serviços de saúde estatais ou privados. Lembremo-nos que o Estado atua sem o fito de lucro no âmbito público.

Desse modo, pretendemos com este artigo analisar a figura do Estado prestador de serviços e a complementação dos serviços de saúde pelos entes privados.

Primeiramente, iremos contextualizar a proteção à saúde na ordem constitucional brasileira, que positivou os direitos sociais e, por via de consequência, o direito à saúde, mediante prestações positivas a serem oferecidas pelo Estado. Para tanto, nos utilizamos da pesquisa bibliográfica e teórica a fim verificar o papel do Estado e da Administração Pública na efetivação do direito fundamental à saúde, positivado na Constituição Federal desde 1988, bem como nas mudanças da provisão dos serviços de saúde que pode se dar por entes privados aproveitando-se da dualidade constitucional da prestação.

A seguir, trataremos da subsidiariedade da provisão de serviços de saúde pelos entes privados e do terceiro setor, a partir daquilo que chamamos de contratualizações (Oliveira, 2008:43-44). Nesse sentido, realizamos pesquisa documental empírica por intermédio de consulta aos registros contratuais oficiais existentes nos Portais da Transparência sobre a prestação de serviços de saúde. Consultamos também o Global Health Expenditure Database (GHED), da Organização Mundial da Saúde (OMS), para verificar, de forma comparativa, o investimento público na prestação privada em saúde no Brasil e em países que possuem sistema universal de saúde, para verificar a despesa total com saúde

pública e o gasto per capita em saúde.

Após, procuramos traçar as implicações dessas alterações na forma de prestação dos serviços de saúde em termos de eficiência, e analisar a permeabilidade entre o Estado e os atores sociais no cumprimento do direito à saúde, tendo por base o caráter dual constitucional do sistema de saúde brasileiro.

Por fim, apresentamos nossas conclusões sobre subsidiariedade do privado nos serviços de saúde em detrimento da prestação direta estatal.

II. A constitucionalização do direito à saúde na Constituição Federal brasileira

De acordo com Barroso (2005:11), o neoconstitucionalismo ou novo direito constitucional voltado para resultados trouxe um conjunto amplo de transformações no Estado e no direito constitucional para incluir força normativa da Constituição, por meio da expansão da jurisdição constitucional e do desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional. Desse conjunto de fenômenos resultou um processo extenso e profundo de constitucionalização do Direito.

Para o citado autor, a constitucionalização do Direito proporcionou um efeito expansivo das normas constitucionais, cujo conteúdo material e também axiológico passou a ser irradiado com força normativa por todo o sistema jurídico, dotadas de imperatividade, aptas a permitir a deflagração de mecanismos próprios de coação e de cumprimento forçado em caso de sua inobservância..

Por sua vez, a positivação dos direitos sociais no âmbito da Constituição brasileira demonstrou a preocupação com o desenvolvimento da sociedade e com a valorização dos indivíduos socialmente inferiorizados, tornando a postura do Estado mais intervencionista, como agente do desenvolvimento e da justiça social (Sundfeld, 2010:55).

Consagra-se uma maior intervenção do Poder Estatal para reparar as condições materiais de existência dos contingentes populacionais mediante políticas públicas e fez emergir essa classe de “direitos”, cuja tutela parecia não existir e que experimentou incontestável expansão e até mesmo institucionalização.

Conforme Silva (2010:286), essa afirmação dos direitos sociais, enquanto dimensão dos direitos fundamentais do homem, configuram prestações positivas pelo Estado, direta ou indiretamente, enunciadas em normas constitucionais com vistas a igualização de situações desiguais. Vem consubstanciado em normas programáticas pela Constituição Federal, as quais estabelecem programas a serem alcançados pelos governos com vistas à realização de objetivos de justiça social e a consecução do bem-estar social geral e o desenvolvimento da personalidade humana.

E, a partir do paradigma neoconstitucionalista, que consagra o prestígio adquirido pelos princípios dentro da dinâmica do Estado Democrático de Direito e a construção de um referencial teórico capaz de afirmar a eficácia positiva desse tipo normativo, ultrapassou-se a “programaticidade” das normas de direitos sociais e afirmou-se também sua juridicidade.²

2 Sobre o assunto, ver: Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil) (2005). Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 240, p. 1-42. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43618..>

O direito a saúde passa ser considerado “direito de todos e dever do Estado”, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos, e acesso universal, gratuito e igualitário às ações e serviços de saúde, nos termos previstos nos artigos 196 a 200 da Constituição Federal.

Tais obrigações advêm de sua natureza, já que o direito à saúde, como um direito individual e pessoal, é considerado fundamental e também social, podendo ser aplicado, pelo Judiciário, nos termos dos arts. 5º, inciso XXXV, e 196 da Constituição Federal.

Disso decorre que, como direito fundamental, atribui ao Estado o encargo de atuar para a garantia de sua promoção, proteção e recuperação, o que requer uma Administração Pública organizada para a prestação de ações e serviços de saúde, assim como para regulamentação, fiscalização e controle das atividades no âmbito sanitário, pouco importando se executadas diretamente ou pela iniciativa privada.

III. A subsidiariedade do privado na prestação de serviços de saúde

O sistema público universal brasileiro integra cuidados individuais e ações coletivas de prevenção e promoção, com enfoque populacional que exige políticas transversais intersetoriais para enfrentar os determinantes sociais da saúde pelo Estado. Adota assim uma concepção de cidadania plena (Giovannella et al., 2018:1775), com predomínio da administração e prestação públicas de melhor qualidade, menores custos e maior eficiência, e de sua maior intervenção como provedor e financiador de serviços por meio da arrecadação fiscal ou de contribuições sociais (Scheffer e Aith, 2016:356).

O Sistema Único de Saúde (SUS) está organizado numa rede de ações e serviços públicos de saúde interfederativa, regionalizada e hierarquizada, constituída por serviços da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, em cumprimento ao princípio da descentralização. É também regido pelos princípios da universalidade, da igualdade e do atendimento integral, e guiado pelas diretrizes constitucionais da descentralização (política e administrativa), da integralidade de atendimento, que possui natureza híbrida de princípio e uma diretriz do SUS (Aith et al. 2014:12) (12) conforme previsto tanto na Constituição Federal como na Lei n. 8.080, de 19 de setembro de 1990³, e da participação da comunidade na sua gestão.

Tem, ainda, com um dos vetores que o conformam e o impulsionam a equidade, ou seja, o tratamento diferente aos desiguais, oferecendo mais a quem precisa mais.

Para Ocké-Reis e Sophia (2009:74), o SUS proporcionou, assim, um fortalecimento da esfera pública, o acesso da população aos serviços médico-assistenciais e a melhoria das condições de saúde. Considerando que a assistência à saúde é um dever do Estado e um direito do cidadão conforme a Constituição, combina programas seletivos capazes de atender os grupos vulneráveis de forma universal. Diferentemente do que ocorre com a ordem econômica na Constituição Federal brasileira, em que o caráter de subsidiariedade do Estado fica mais claro na prestação direta de atividades econômicas, a situação se inverte na questão social, pois a Constituição é clara ao responsabilizar o Estado como um ator importante – e talvez principal, na educação, saúde e assistência social, a ordem social tratada a partir do artigo 193 da Constituição Federal objetiva o bem-estar e a justiça social, deixando claro o caráter social da Constituição Federal (Violin, 2015:209-210).

3 Brasil. Lei n. 8.080, de 19 de setembro de 1990. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 20 set. 1990, p. 018055. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8080.htm.

Mas o sério problema no acesso à saúde acabou por culminar com a superposição de vantagens ou mesmo de desvantagens das políticas públicas de Estado sobre as mesmas categorias de indivíduos. Tal realidade reflete-se na insatisfação dos cidadãos com a prestação de serviços públicos na área da saúde, claramente demonstrada pela quantidade de ações judiciais demandando serviços de saúde no Brasil, despeito da igualdade e equidade no tratamento objeto do artigo 198 da Constituição Federal.

Não restam dúvidas de que novos paradigmas para a gestão pública de serviços de saúde precisam existir. Não se deve descartar aspectos importantes do mundo empresarial que podem inovar a Administração Pública, desde que princípios públicos como a participação comunitária, a transparência administrativa, a impessoalidade, a intersectorialidade sejam a eles associados, “amarrando” as políticas públicas e a capacidade de planejamento de ações que levem em conta as diferentes dimensões da vida social (Santos, 2010:84).

Para atingir os objetivos estampados no capítulo da saúde, a Constituição Federal deu amparo também à participação das instituições privadas em caráter complementar no Sistema Único de Saúde (SUS), o que acabou por fomentar a maior desestatização da gestão e as parcerias com o setor privado e com o terceiro setor. Isso ocasionou, porém, uma inversão daquilo que é universal ou complementar na assistência à saúde prevista como um direito fundamental e garantida por prestações positivas pelo Estado.

Consagra-se um caráter dual ao sistema de saúde brasileiro, ou seja, a política de saúde incorpora formalmente a assistência privada não só de maneira complementar, há uma distinção entre uma esfera pública de prestação de serviços de saúde (o SUS), prevista no artigo 198 da Constituição Federal, e uma esfera livre à iniciativa privada para prestação de tais serviços, pela dicção dos artigos 197, 198, §1º, e 199, §1º, todos da Constituição Federal. Ou seja, não mais considera a prestação desses serviços como prerrogativa exclusiva estatal, já que o mesmo arcabouço jurídico do sistema público e universal de saúde preserva a liberdade da iniciativa privada.

Fomentam-se então as contratualizações e a Administração Pública dão maior abertura à consensualidade como um efetivo instrumento de realização das finalidades públicas, na busca de resultados concretos satisfatórios ao desenvolvimento econômico-social (Palma, 2015:126). Nesse novo modo de agir administrativo, o parceiro privado deve participar com o ente administrativo da construção da decisão administrativa e o controle exercido sendo o controle exercido pelo primeiro somente resultados.

Por essa razão, os acordos são desejáveis, daí porque surgiram novas formas de pactuação com os órgãos da Administração Pública e com a iniciativa privada, oxigenando a capacidade de gestão e implementação de políticas públicas do Estado.

Com isso, o conceito de administração por objetivos passa a ser mais bem atendido com a aplicação de novas técnicas de descentralização e de delegação, que contribui para a existência de regramentos mais flexíveis e adequados aos fenômenos setoriais a que se dirigem. Não mais basta que o Estado se submeta ao Direito conformado pelas leis, que é seu próprio produto: é necessário que estas leis se submetam ao Direito, que é produto da sociedade.

Nesse cenário é que surgem os contratos de gestão, acordos administrativos organizatórios ou colaborativos, os primeiros firmados na qualidade de instrumentos de coordenação para interligação de diferentes órgãos e entidades da própria Administração Pública, e os segundos firmados com o particular, constituindo a chamada relação público-privada (Oliveira 2008:266).

Recurso de índole consensual a ser aplicado no âmbito das relações administrativas, os contratos de gestão tiveram como objetivo incrementar o desempenho dos órgãos e entidades, com finalidade de assegurar uma atuação que lhes confira maior autonomia de gestão e também instituir na Administração Pública a programação prévia de suas atividades, com a estipulação de mecanismos de controle dos resultados eventualmente aferidos.

De acordo com Binenbojm (2008), criaram-se filhotes híbridos oriundos da dicotomia entre gestão pública e gestão privada (pública ou publicizada), multiplicando as modalidades participativas seja entre instâncias de governo entre si, seja com entidades privadas ou do terceiro setor, que passam a ser sócias na promoção do desenvolvimento econômico e social, por meio da descentralização de serviços a organizações mais flexíveis (o que se vê também no campo da saúde). Atualmente, o Brasil conta doze tipos de pessoas jurídicas prestadoras de serviços públicos de saúde no campo assistencial⁴ por meio de contratos de gestão.

Todavia, percebemos uma maior prevalência das organizações sociais, "*peças jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, cujas atividades sejam dirigidas ao ensino, à pesquisa científica, ao desenvolvimento tecnológico, à proteção e preservação do meio ambiente, à cultura e à saúde*", conforme art. 1º da Lei n. 9.637, de 15 de maio de 1998⁵.

Tal modalidade, também adstrita aos ditames da Lei de Responsabilidade Fiscal (LRF), constitui-se numa forma de flexibilização assumida pela Administração Pública, com grande adesão dos gestores estaduais e municipais de saúde em todo o país. Tal adoção encontra amparo no Acórdão exarado pelo Supremo Tribunal Federal no âmbito da ADI 1923/DF⁶.

Ademais, o Acórdão 2444/16-TCU⁷, do Tribunal de Contas da União (TCU), fortaleceu a contratação por meio de OSs., em especial por conta do limite de pessoal, pois entendeu que somente o gasto com terceirização de mão de obra que se referir a substituição de servidores e empregados públicos deve fazer parte do cálculo dos limites de despesa com pessoal prevista no art. 18, § 1º, da LRF. Assim, no caso das OSs., observamos que possuem limites de contratação de pessoal maiores do que os estabelecidos na LRF (70%

4 São elas: AUT – Autarquia, FEDP - Fundação Pública/Fundação Estatal de Direito Público, SEM - Sociedade de Economia Mista, EP - Empresa Pública, CP - Consórcio Público, FPA – Fundação Privada de Apoio, SSA - Serviço Social Autônomo, OS - Organização Social, OSCIP - Organização Social Civil de Interesse Público, PPP – Parceria Público-Privada, CHPUBL - Chamada Pública, EFB - Entidade Filantrópica ou Beneficente.

5 Brasil. Lei n. 9.637, de 15 de maio de 1998. Dispõe sobre a qualificação de entidades como organizações sociais, a criação do Programa Nacional de Publicização, a extinção dos órgãos e entidades que menciona e a absorção de suas atividades por organizações sociais, e dá outras providências. Diário Oficial da União. Brasília, DF, 18 mai. 1998, p. 8, Seção 1, retificado em 25 mai. 1998, p. 1, Seção 1. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19637.htm.

6 Brasil. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 1923. Ministro Relator: Ayres Brito. Ata nº 193/2015. Brasília, DF, 17 dez. 2015, nº 254, p. 30-31. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=1739668>. Acesso em: 23 set. 2020.

7 BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão 2444/2016 – TCU. Plenário. TC-23.410/2016-7. Solicitação do Congresso Nacional. Rel. Bruno Dantas. Ata nº 36, de 21 de setembro de 2016. Data da Sessão: 21/09/2016. Diário Oficial da União. Brasília, DF, 30 set. 2016, Seção 1, p. 150. Disponível em: http://www.in.gov.br/materia/-/asset_publisher/Kujrw0TZC2Mb/content/id/24209460/do1-2016-09-30-ata-n-36-de-21-de-setembro-de-2016-24208568. Acesso em: 24 jun. 2020.

ou 80% das despesas de custeio, conforme sejam, unidade hospitalar ou ambulatorial, respectivamente), já que somente o gasto com terceirização de mão de obra que se referir a substituição de servidores e empregados públicos deve fazer parte do cálculo dos limites de despesa com pessoal previsto no art. 18, § 1º, da LRF, o que não se aplica às OSs.

Mas, em que pese o caráter dual do sistema trazido pelos arts. 197 e seguintes da Constituição Federal (Menicucci, 2007:75-76), a incorporação de princípios do setor privado no setor público, hoje fortemente induzido por metas produtivistas, gerou uma mercantilização explícita da saúde, além de apontar para um efeito reducionista na produção do cuidado em redes. Sem contar o fato de que não possuímos avaliações comparativas ou comprovações científicas de que tais mudanças tenham trazido menor custo e maior efetividade ao sistema de saúde brasileiro.

A rigor, essa privatização tem sido também responsável por um quadro de desfinanciamento crônico do SUS, que tem dificultado o asseguramento do direito à saúde pelo Estado e o cumprimento das regras de custeio, estimulando a consolidação da lógica mercantil e de interesses capitalistas no setor da saúde, as quais contaminam o SUS e ameaçam sua base de sustentação política.

A realidade brasileira aponta para constantes restrições do gasto público, dos gastos catastróficos com bens e serviços de saúde e dos desembolsos diretos, conforme disposto na EC nº 86/15⁸ e na EC nº 95/16⁹, torna-se cada vez maior redução do papel do governo na criação de mecanismos voltados para a proteção financeira das famílias e dos trabalhadores, com risco de empobrecimento dos indivíduos e desvirtuamento da integralidade da atenção conforme suas necessidades e independentemente de mérito ou renda.

De outro lado, não possuímos uma noção de governança, primordial para essa passagem de um modelo centrado no Estado para um modelo colaborativo. Com efeito, a governança sanitária deve ser entendida sob o espeque das configurações do mix público-privado da provisão de serviços, em geral expressados pelo modo como processos de reforma do Estado e do sistema de saúde promoveram a redistribuição de funções entre entes governamentais e privados no território brasileiro (Lima et al. 2019:1).

Ou seja, a governança sanitária deve ser coproduzida por uma ampla gama de participantes ao nível estatal (ministérios, parlamentos, agências, organismos e comissões) e social (empresas, cidadãos, grupos comunitários, as mídias global e social em rede e fundações) (Kickbusch e Gleicher, 2012:3), e deve estabelecer um *modus operandi* nas políticas governamentais que envolvam questões ligadas ao formato político-institucional do processo decisório, a definição do 'mix' apropriado de financiamento de políticas, ao alcance geral dos programas, a aspectos gerenciais e administrativos do Estado e padrões de articulação e cooperação entre atores sociais e políticos (Buss et al., 2012:1480).

Tais fatos podem jogar por terra a própria noção de saúde enquanto direito fundamental, inerente à condição de cidadania.

8 Brasil. Emenda Constitucional nº 86, de 17 de março de 2015. Altera os arts. 165, 166 e 198 da Constituição Federal, para tornar obrigatória a execução da programação orçamentária que especifica. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 18 mar. 2015, Seção 1, p 1. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constitucao/Emendas/Emc/emc86.htm.

9 BRASIL. Emenda Constitucional nº 95, de 15 de dezembro de 2016. Altera o Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, para instituir o Novo Regime Fiscal, e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 16 dez. 2016, Seção 1, p 2. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constitucao/Emendas/Emc/emc95.htm.

IV. As implicações da permeabilidade público e privado e o direito à saúde

Essa privatização e o “abandono” do ideal de um sistema público oriundos da permeabilidade entre atores societais e Estado tem sido motivo de constantes debates sob a ótica do caráter dual da prestação de serviços de saúde no Brasil.

Para a corrente estatista, o domínio privado ocupa funções de Estado, subtrai a natureza pública do SUS e nega o direito social de assistência à saúde, assegurado pela Constituição de 1988 (Ocké-Reis e Sophia, 2009:72), sendo, assim, necessária uma mediação política para frear a mercantilização do sistema de saúde brasileiro¹⁰. Segundo seus defensores, a atuação da Administração Pública, em especial por meio de relações de cooperação com entes do terceiro setor e privados que “acomodam” a dicotomia público/privado, busca somente fugir matriz jurídico-administrativa constitucional, que consagra a necessidade de licitação e de concurso público, bem como limitações à contratação de pessoal impostas pela Lei de Responsabilidade Fiscal (LRF).

Em sentido oposto, a corrente privatista defende diferentes formas participativas que ligam os poderes públicos com o setor privado e associações da sociedade civil, dada maior autonomia em face do Estado para perseguir suas finalidades específicas. O privado aliviaria o público de uma carga desnecessária, pois é mais eficiente, possui processos de trabalho melhor estruturados, melhores instrumentos de avaliação e maior capacidade e velocidade para fomentar inovação.

Fato é que o direito a saúde, como direito à cidadania, exige que as políticas econômicas e sociais contem com uma maior intervenção do Estado, como provedor e financiador de serviços, por meio da arrecadação fiscal ou de contribuições sociais. Porém, o sistema foi afetado pela forma publicista de cunho neoliberal¹¹, que restringiu o rol de atividades estatais e redefiniu o papel do Estado, cuja atuação passou a ser subsidiária aproveitando-se da sistemática constitucional que traz a participação privada de forma complementar no SUS, reduzindo os recursos destinados ao setor da saúde.

Mas, mesmo que os contratos de gestão tenham ampliado de forma expressiva o acesso dos cidadãos brasileiros ao SUS, por levar a assistência a locais onde as pessoas não contavam com nenhum serviço de saúde com maior eficiência, produtividade e menor custo para os cofres públicos, não encontramos qualquer avaliação relativa ao custo e efetividade que demonstre que os hospitais e ambulatórios administrados por exemplo pelas OSs. apresentam, de forma geral, melhor produtividade do que os hospitais geridos pela Administração Pública Direta.

As informações dos Portais da Transparência disponíveis demonstram apenas dados de repasses financeiros, conforme pesquisa realizada neste trabalho. O Poder Público adota somente o critério financeiro para verificar os impactos da descentralização de serviços de saúde, vemos que participação do ente público no custeio e investimento para manutenção dos serviços prestados no período entre 2015 e 2019 é alta, com altos repasses

10 Para Ocké-Reis (2010, p. 102), a mercantilização do SUS consiste no descaso administrativo do ressarcimento, da generalização ilegal do copagamento, da existência de tabelas de pagamento descolada dos custos, da destinação de leitos públicos para o mercado, da apropriação particular dos hospitais universitários e da desigualdade no acesso ao SUS pela clientela da medicina privada, em contexto de medicalização da sociedade e do consumismo desenfreado de bens, serviços e tecnologias.

11 Ver: Brasil. Emenda Constitucional nº 19, de 04 de junho de 1998. Modifica o regime e dispõe sobre princípios e normas da Administração Pública, servidores e agentes políticos, controle de despesas e finanças públicas e custeio de atividades a cargo do Distrito Federal, e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 5 jun. 1998, Seção 1, p. 1. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc/emc19.htm.

para entidades privadas, conforme valores pagos pelo estado de São Paulo, adotado como exemplo, por instrumento jurídico e por tipo jurídico dos entes contratados:

Instrumento	2015	2016	2017	2018	2019	TOTAL
Contratos de Gestão – Entidades Privadas	2.712.300,00	2.892.000,00	3.333.700,00	3.557.500,00	3.846.800,00	16.342.300,00
Contratos de Gestão - Autarquias	162.000,00	173.900,00	192.400,00	231.700,00	249.600,00	835.700,00
Contratos de Gestão – Consórcios Públicos	86.400,00	92.400,00	92.200,00	100.600,00	97.300,00	468.900,00
Contratos de Gestão – Fundações	758.100,00	1.018.600,00	1.061.100,00	1.018.000,00	1.079.900,00	4.935.700,00
Contratos de Gestão – Santas Casas	110.500,00	151.800,00	182.500,00	205.000,00	296.700,00	946.500,00

Tabela 1. Valores pagos para Gestão de Hospitais e Serviços de Saúde por Instrumento Jurídico – Custeio e Investimento - Contratos de Gestão

Fonte: Portal Financeiro do Gestor – GCOF/SES – 13 abr.2020. Disponível em: <http://www.portalfinanceirodogestor.saude.sp.gov.br/>. Adaptada pelo autor.

Nota: *Foram considerados apenas os valores efetivamente pagos

Em relação aos hospitais e ambulatórios sob o domínio público em São Paulo, temos:

Despesas				
Ano	Pessoal	Custeio	Investimento	Total
2015	2.041.462.749,00	789.809.288,00	2.777.828,00	2.811.804.535,00
2016	1.869.492.967,00	926.912.086,00	0	2.796.405.052,00
2017	1.931.914.550,00	1.068.219.032,00	5.970.134,00	3.006.103.717,00
2018	1.929.358.005,00	921.013.414,00	1.121.406,00	2.850.371.419,00
2019	618.030.604,00	338.126.226,00	2.289.204,00	958.446.029,00

Tabela 2. Administração Direta SES (CAIS, Hospitais, Institutos e Centros de Referência)

Fonte: Portal Financeiro do Gestor – GCOF/SES – 13 abr.2020. Disponível em: <http://www.portalfinanceirodogestor.saude.sp.gov.br/>. Adaptada pelo autor.

Apesar dos altos custos de manutenção da prestação pública, há uma carência de análise e de medidas de desempenho organizacional entre o modelo de prestação privado,

financiado por repasses de recursos públicos, e o modelo público, fato essencial para orientar e propor alterações que resultem numa melhor eficiência.

É preciso analisar se essas formas de privatização e expansão do setor privado de saúde, respaldada pelo próprio Estado brasileiro e seus níveis de governo, não se configuram num processo maior, que vem na tendência internacional de desmonte dos sistemas de proteção social, com utilização dos contratos de gestão saúde pública tão somente como um recurso administrativo mais flexível posto à disposição da Administração Pública em razão da não submissão ao regime jurídico de direito, que impõe “travas” legais para contratação e gestão dos recursos humanos e financeiros. Tal fato, por si só, não pode servir como justificativa para a utilização do modelo de gestão de serviços de saúde por meio da descentralização, em particular às entidades do terceiro setor como as OSs.

Daí porque mostra-se relevante o estabelecimento de uma agenda de estudos sobre os impactos das mudanças estratégicas do papel a ser desempenhado pelo Estado na efetivação do direito à saúde e sobre a eficiência dos modelos de prestação de serviços existentes.

A ausência de informações relativas ao desempenho organizacional das parcerias com entidades privadas alimenta a tese de que a contratação com entidades privadas e do terceiro setor se dão para possibilitar a fuga dos preceitos constitucionais da licitação e do concurso público que balizam a Administração Pública e não estas entidades, reforçando a crítica quanto a uma aplicação indiscriminada do direito privado como forma de escapar dos controles de Direito Administrativo (Alcântara, 2009:52), e da restrição da proteção social garantida constitucionalmente por meio do aumento dos processos de privatização.

Por sua vez, de acordo com o Global Health Expenditure Database (GHED), da Organização Mundial da Saúde (OMS), quando comparamos o financiamento governamental em saúde e as despesas per capita do Brasil em saúde em relação a outras nações que possuem um sistema universal de saúde no período de 2011 a 2017, vemos que o Brasil possui gasto em saúde pública inferior a Canadá, Reino Unido, Suécia, Dinamarca, Portugal, resultado do desfinanciamento crônico do SUS:

Países	2011	2012	2013	2014	2015	2016	2017
Brasil	456	412	434	445	333	342	389
Canadá	3.990	4.031	3.983	3.785	3.387	3.339	3.505
Cuba	616	518	618	773	881	872	883
Dinamarca	5.252	5.042	5.255	5.372	4.604	4.682	4.874
Portugal	1.493	1.257	1.310	1.312	1.140	1.194	1.264
Espanha	2.135	1.868	1.867	1.881	1.675	1.700	1.770
Suécia	5.363	5.244	5.606	5.526	4.686	4.759	4.942
Reino Unido	2.951	2.952	3.363	3.682	3.460	3.160	3.064

Tabela 3. Despesas governamentais em saúde per capita em US\$ - países com sistema universal de saúde

Fonte: Organização Mundial de Saúde - 25 jun. 2020. Disponível em: <https://apps.who.int/nha/database/Select/Indicators/en>.

Mesmo no caso da Espanha, que possui um sistema dual que admite a participação pública e privada, o investimento público é maior do que o privado, contrariamente ao caso brasileiro.

Ainda, o financiamento governamental entre os países que possuem sistema universal de saúde e o gasto com saúde privada no mesmo período de 2011 a 2017, pudemos perceber que a porcentagem do gasto público com as despesas em saúde no Brasil variou de 45% (quarenta e cinco por cento) para 42% (quarenta e dois por cento)¹²

Porém, o recente cenário enfrentado pelas nações do mundo e pelo Brasil com a COVID-19 serviu para demonstrar que a prestação dos serviços públicos de saúde pelo privado jamais será capaz de dar conta de um atendimento médico da forma como exigido, pelo fato de não ser organizada de maneira estrutural e permanente como o SUS.

Esta emergência internacional mostrou que a saúde não deve ser vista como um antônimo de doença, em que a oferta e o acesso a serviços médicos e hospitalares por si só bastariam para garanti-la: deve ser compreendida também em seu contexto econômico e social, reconhecendo que existem outros fatores que condicionam o Estado de Bem Estar e de saúde dos indivíduos.

Carecemos, na verdade, de uma melhor governança sanitária entre público e privado, por meio de um melhor entrelaçamento entre os governos e atores sociais que possibilitem guiar as comunidades, países ou grupos de países na busca da saúde como um elemento essencial de bem-estar, utilizando abordagens que envolvam todo o governo e toda a sociedade (Kickbusch e Gleicher, 2012:1), por meio de processos que propiciem melhores decisões em relação a políticas públicas no território nacional brasileiro (Lima et. al., 2019:2).

Como assenta Oliveira (2015:82), o estabelecimento de relações eficientes dos atores e agentes públicos com o mercado e com a sociedade é essencial para a boa prestação dos serviços referências de saúde, de modo a sedimentar uma governança sanitária que possibilite que o complexo e policêntrico sistema de saúde brasileiro consiga alcançar níveis ótimos de realização das ações e prestações dos serviços a ele imanentes, conquistando a efetividade do direito à saúde.

Reconhecemos assim a necessidade do fortalecimento da figura do Estado prestador de serviços e fomentador de pesquisas e também uma melhor governança sanitária, e não simplesmente de um modelo que somente estimula, ajuda e subsidia a iniciativa privada e relega a ele um papel de mero “regulador” e de árbitro ativo das relações sociais.

V. Conclusão

Como Estado de bem estar social, o Brasil caracteriza-se como “Estado de direito inclusivo”, donde o ente estatal assume obrigações perante os cidadãos e procura dialogar com os anseios dos mais diferentes conjuntos de atores sociais. Nesse contexto, os direitos sociais insculpidos na Constituição Federal representam compromissos da comunidade e não trunfos, normas de ação e não de controle, ainda que se admita que tais direitos possam estar sujeitos a um juízo de ponderação em virtude da escassez de recursos do Estado (Coutinho, 2014:87-88).

12 Ver: Organização Mundial de Saúde. Disponível em: <https://apps.who.int/nha/database/Select/Indicators/en>.

De acordo com Marques Neto (2005:112), cabe ao Estado, na esfera de pública de prestação de serviços públicos de saúde, garantir-lhes a existência e provê-los, seja mediante execução direta ou mediante participação complementar da iniciativa privada. Daí porque o fomento estatal a entidades privadas sem fins lucrativos para prestarem serviços de relevância pública (setor público não estatal) é constitucionalmente permitido e incentivado, mediante um modelo descentralizado baseado nos contratos de gestão.

Mas observa-se na prática que a redefinição do papel do Estado está a menos relacionada à dimensão de organização do Estado e da Administração Pública em si e mais à desvinculação receitas para o setor da saúde. Ao que nos parece, a gestão por meio de contratualizações com entes privados está longe de avançar para um sistema de saúde tal como está descrito e previsto na Constituição de 1988, com acesso universal, atendimento integral e, especialmente, com políticas de prevenção de agravos e promoção da saúde (Pilotto e Junqueira, 2017:557). A relação entre a proteção social e pobreza é evidente, realçando o papel de destaque exercido pelos sistemas públicos e universais de saúde no amparo aos pobres e alívio de suas péssimas condições de existência. Ainda é possível verificar que modelos de maiores performances em termos de saúde são aqueles que consagram a universalização da saúde pública e nos quais a proteção social exerce papel crucial, conferindo-lhes legitimidade para atuar frente à atenção básica de saúde, à vigilância sanitária, aos hospitais públicos e nas pesquisas científicas desenvolvidas pelas universidades, na maioria também públicas (Sousa et al., 2020:66). Para Barbosa (1996:91), demonstram o quanto é fundamental que a saúde se expresse enquanto questão de Estado em seu aspecto estrutural e que isto se manifeste pela maior capacidade de intervenção/regulação estatal e pela definição das prioridades sanitárias e das condições para viabilizá-las.

Este aspecto foi bem ilustrado pelas recentes crises e emergências mundiais, que escancararam a fragilidade de um sistema neoliberal, no qual estão ausentes a garantia de qualidade de vida da população e dos direitos básicos que deveriam pautar qualquer Estado de Direito (Machado e Casanova, 2020:150). O cenário delas decorrente corroborou a importância do SUS, sua necessidade de ser universal e igualitário, demonstrando o papel do federalismo cooperativo na área social em detrimento da quebra do pacto social.

Doutro giro, há necessidade de estabelecermos uma melhor governança sanitária, por meio de um processo de escolha do(s) melhor(es) modelo(s) de gestão para a execução das ações e da prestação dos serviços que seja(m) adequado(s) e motivado(s), com a necessária conjugação dos recursos materiais e humanos dos órgãos públicos coordenadores do sistema com aqueles recursos e potenciais existentes no mercado e na sociedade civil, em uma visão colaborativa e parceirizada (Oliveira, 2015:82). Ao que parece, o debate sobre a melhor forma de implementação do SUS e sobre qual deve ser o modelo de gestão a ser utilizado ainda suscita sucessivas investigações, demonstrando que o problema da saúde pública no Brasil está longe de ser resolvido.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Aith, F.M.A (2014). Direito à saúde e democracia sanitária: experiências brasileiras. *Revista de Direito Sanitário*. São Paulo v.15 n.3, p. 85-90, 2014. Disponível em: <http://www.revistas.usp.br/rdisan/article/view/97328>.
- Barbosa. P.R. (1996). Gestão de Hospitais Públicos: maior autonomia gerencial, melhor performance organizacional com apoio em contratos de gestão. *Revista do Serviço Público*, Brasília, n. 120, v.2, p. 67-97. Disponível em: <https://revista.enap.gov.br/index.php/RSP/issue/view/83>.
- Barroso, L.R. (2005). Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 240, p. 1-42. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43618>.
- Binenbojm. G. (2008). A constitucionalização do direito administrativo no Brasil: um inventário de avanços e retrocessos. *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE)*, Salvador, Instituto de Direito Público, n. 13, p. 1-44. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/codrevista.asp?cod=262>
- Brasil. Lei Complementar n. 101, de 4 de maio de 2000. Estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 05 mai.2000, Seção 1, p. 1. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp101.htm.
- Brasil. Emenda Constitucional nº 19, de 04 de junho de 1998. Modifica o regime e dispõe sobre princípios e normas da Administração Pública, servidores e agentes políticos, controle de despesas e finanças públicas e custeio de atividades a cargo do Distrito Federal, e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 5 jun. 1998, Seção 1, p. 1. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc/emc19.htm
- Brasil. Emenda Constitucional nº 86, de 17 de março de 2015. Altera os arts. 165, 166 e 198 da Constituição Federal, para tornar obrigatória a execução da programação orçamentária que especifica. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 18 mar. 2015, Seção 1, p 1. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc86.htm. Acesso em: 09 jun.2020.
- Brasil. Emenda Constitucional nº 95, de 15 de dezembro de 2016. Altera o Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, para instituir o Novo Regime Fiscal, e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 16 dez. 2016, Seção 1, p 2. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc95.htm.
- Brasil. Lei n. 8.080, de 19 de setembro de 1990. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 20 set. 1990, p. 018055. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8080.htm.
- Brasil. Lei n. 9.637, de 15 de maio de 1998. Dispõe sobre a qualificação de entidades como organizações sociais, a criação do Programa Nacional de Publicização, a extinção dos órgãos e entidades que menciona e a absorção de suas atividades por organizações sociais, e dá outras providências. *Diário Oficial da União*. Brasília, DF, 20 mai.1998, p. 8, Seção 1, retificado em 25 mai. 1998, p. 1, Seção 1. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9637.htm.
- Buss. P.M. et al. Governança em saúde e ambiente para o desenvolvimento sustentável. *Ciência & Saúde Coletiva*, vol. 17, n.6, p. 1479-1491. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/csc/a/G34H9bB9CN6bSYtVZ45S7Rp/?lang=pt>.
- Coutinho. L. P. (2014). Os direitos sociais como compromissos. e-Pública, Lisboa,

- v. 1, n. 3, p. 86-98. Disponível em http://www.scielo.mec.pt/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2183-184X2014000300006&lng=pt&nrm=iso.
- Giovanella et al (2018). Sistema universal de saúde e cobertura universal: desvendando pressupostos e estratégias. *Ciências da Saúde Coletiva*, Rio de Janeiro, v. 23, n. 6, p. 1763-1776. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-81232018000601763&lng=en&nrm=iso.
 - Kickbusch. I. Gleicher. D. Governance for health in the 21st century. Denmark: World Health Organization, 2012. Disponível: <http://www.euro.who.int/en/what-we-publish/abstracts/governance-for-health-in-the-21st-century>.
 - Lima. L.D. et al. Arranjos regionais de governança do Sistema Único de Saúde: diversidade de prestadores e desigualdade espacial na provisão de serviços. *Cadernos de Saúde Pública*, v. 35, supl. 2. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/csp/a/Hgmr8CynXVf6f8J5PBs3XFz/?lang=pt>.
 - Louvison, M.C.P (2019). Regionalização dos sistemas de saúde como resposta às desigualdades territoriais: um debate necessário. *Caderno de Saúde Pública*, Rio de Janeiro, v. 35, supl. 2, p. 1-3 Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-311X2019000800404&lng=en&nrm=iso.
 - Machado. F.A.M. Casanova K.T.C. (2020). Neoliberalismo em tempo de Covid-19. In: *Capitalismo e a Covid-19: um debate urgente*. Castro. D. Dal Seno. Pochman. M. (Orgs.). São Paulo, p. 149-156. Disponível em: <http://abet-trabalho.org.br/wp-content/uploads/2020/05/LIVRO.CapitalismoxCovid19.pdf>.
 - Marques Neto. F.de A.M. (2005). Público e Privado no Setor da Saúde. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, n. 9, p. 105-151.
 - Menicucci. T. M. G. Público e privado na política de assistência à saúde no Brasil: atores, processos e trajetória. Rio de Janeiro: Fiocruz, 2007.
 - Ocké-Reis. C. Carvalho S. D. (2009). Uma crítica à privatização do sistema de saúde brasileiro: pela constituição de um modelo de proteção social público de atenção à saúde. *Revista Saúde em Debate*, Rio de Janeiro, vol. 33, n. 81, p. 72-79. Disponível em: http://docvirt.com/asp/acervo_cebes.asp?Bib=SAUDEDEBATE&PASTA=V.33%2C+N.81+-+jan&pesq=&x=55&y=0
 - Oliveira. G. J. (2015). Efetivação do Direito à Saúde: ampliação do debate e renovação da agenda. *Revista de Direito Sanitário*, São Paulo, v. 16, vol. 1, p. 76-82. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rdisan/article/view/100024>.
 - Oliveira. G. J. (2008). *Contrato de Gestão*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais.
 - Palma. J. B. (2015). *Sanção e acordo na Administração Pública*. São Paulo: Malheiros.
 - Pilotto. B. S. Junqueira. V. (2017). Organizações Sociais do setor de saúde no estado de São Paulo: avanços e limites do controle externo. *Serviço Social e Sociedade*, São Paulo, n. 130, p. 547-563. Disponível em http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0101-66282017000300547&lng=pt&nrm=iso.
 - Santos. L. (2010). Administração pública e a gestão da saúde. In: Santos. N. R. Amarante. P. D. de C. (Orgs.). *Gestão Pública e Relação Público Privado na Saúde*. São Paulo: Centro Brasileiro de Estudos de Saúde (CEBES), p. 68-100.
 - São Paulo. Secretaria Estadual de Saúde. Portal Financeiro do Gestor – CGOF/SES. Disponível em <http://www.portalfinanceirodogestor.saude.sp.gov.br/>.
 - Scheffer. M. Aith. (2016). *Sistema de Saúde Brasileiro*. In: *Clínica Médica*, vol. 1. São Paulo: Manole.
 - Silva. J.A. (2010). *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 33ª edição, revista e atualizada. São Paulo: Editora Malheiros.
 - Sousa. A. F.J.P. Briones. F.M.A. Macambira. J. (2020). *Saúde Pública e sua importância*

na luta contra a pobreza e a exclusão social. In: Capitalismo e a Covid-19: um debate urgente. D. Dal Seno. Pochman. M. (Orgs.). São Paulo, p. 65-73. Disponível em: <http://abet-trabalho.org.br/wp-content/uploads/2020/05/LIVRO.CapitalismoxCovid19.pdf>.

• Sundfeld. C.A. (2010). Fundamentos de Direito Público. 5ª. edição, 3ª tiragem. São Paulo. Editora Malheiros.

• Yarid. A. T. (2009). Algumas reflexões sobre as políticas de saúde no Brasil. In: Livianu. R. (Org.). Justiça, Cidadania e Democracia. Rio de Janeiro: Centro Edelstein de Pesquisa Social. Disponível em: <http://books.scielo.org/>.

• Who – World Health Organization. Global Health Expenditure Database. Disponível em: <https://apps.who.int/nha/database/ViewData/Indicators/en>

O DIREITO À SAÚDE DOS DEPENDENTES DE TABACO NO BRASIL: UMA ANÁLISE A PARTIR DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA BRASILEIRO

THE RIGHT TO HEALTH OF TOBACCO-DEPENDENTS IN BRAZIL: AN ANALYSIS FROM THE JURISPRUDENCE OF THE BRAZILIAN SUPERIOR COURT OF JUSTICE

Fernanda Nunes Barbosa¹

DOI: [https://doi.org/10.37767/2591-3476\(2021\)05](https://doi.org/10.37767/2591-3476(2021)05)

Fecha de envío: 27.07.2021

Fecha de aceptación: 23.09.2021

RESUMEN:

O presente artigo analisa o direito fundamental e humano à saúde no Brasil a partir da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, referente à responsabilidade civil dos agentes produtores de tabaco pelos danos causados a seus consumidores. Como objetivos específicos, examina-se a importância da Convenção Quadro para o Controle do Tabaco no âmbito internacional e interno, bem como o impacto que as decisões pretorianas geram na efetivação do direito à saúde, em especial à dos mais vulneráveis. Como conclusão, aponta-se que, embora o Brasil disponha de uma ampla proteção normativa multinível, a ausência de uma responsabilização civil da indústria pelos danos causados aos consumidores e aos cofres públicos do Estado brasileiro até os dias de hoje pode ser vista como um obstáculo à plena efetivação do direito à saúde sob a perspectiva das doenças relacionadas ao tabaco.

RESUMEN

El presente artículo tiene como objeto analizar el derecho fundamental y humano a la salud basado en la jurisprudencia de la Corte Superior de Justicia acerca de la responsabilidad civil de los productores de tabaco, por los daños causados a sus consumidores. Como objetivos específicos, se examina la importancia del Convenio Marco para el Control del Tabaco a nivel

¹ Doutora em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Mestre em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS). Professora da Graduação em Direito e do Mestrado em Direitos Humanos da UniRitter. Editora da Série Pautas em Direito/Editora Arquipélago. Parceira e Consultora da ONG ACT Promoção da Saúde. Advogada. E-mail: fernanda@tjn.br. ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0002-6268-1396>

internacional y nacional, así como el impacto directo que generan las decisiones pretorianas en la salud, especialmente de los más vulnerables. En conclusión, puesto que, si bien Brasil tiene una amplia protección regulatoria multinivel, la ausencia de la responsabilidad civil de la industria por los daños causados a los consumidores y las arcas públicas del Estado brasileño hasta hoy pueden traducirse en un obstáculo a la amplia efectivización del derecho a la salud bajo la perspectiva de las enfermedades relacionadas con el tabaco.

PALABRAS CLAVE: Saúde; Tabaco; Responsabilidade Civil; Vulnerabilidade.

KEY WORDS: Salud; Tabaco; Responsabilidad civil; Vulnerabilidad.

I. Introdução.

Segundo a Agência Nacional de Vigilância Sanitária do Brasil (ANVISA), o tabaco é responsável por cerca de seis milhões de mortes em todo o mundo e 200 mil óbitos ao ano no país.² A cada quatro segundos, uma pessoa morre em decorrência do consumo de tabaco no mundo. Nas Américas, uma a cada trinta e quatro segundos, o que representa um total de quase 1 milhão de mortes concentradas na região³.

O tabagismo é considerado uma doença crônica que resulta da dependência à nicotina. Em decisão histórica, a Corte Superior da Província do Québec, no Canadá, em maio de 2015, reconheceu a responsabilidade civil da indústria do tabaco pelo *dano da dependência da nicotina*. Na ocasião, o tribunal canadense concluiu que a dependência da nicotina é causa de responsabilidade civil dos fabricantes de cigarros (PASQUALOTTO, 2018) e um fator de risco para outras 50 doenças, tais como câncer, doenças cardiovasculares, tuberculose, infecções respiratórias, úlcera gastrintestinal, impotência sexual, infertilidade em mulheres e homens, osteoporose e catarata.⁴ Além disso, o tabagismo é considerado, pela Organização Mundial da Saúde (OMS), como a principal causa de morte evitável no mundo⁵ e fator de risco para a Covid-19⁶.

A partir do reconhecimento da importância de se adotar medidas de controle do tabaco a fim de conter a expansão da chamada epidemia do tabagismo, foi desenvolvido, sob os auspícios da OMS, o primeiro tratado de saúde pública global, a Convenção Quadro para o Controle do Tabaco (CQCT). Até o presente momento, 182 países já o assinaram e ratificaram, inclusive o Brasil⁷, sendo 30 deles nas Américas.

No próprio Preâmbulo do tratado vem expresso o reconhecimento de que “os cigarros e outros produtos contendo tabaco são elaborados de maneira sofisticada de modo a criar e a manter a dependência”, bem como “que a dependência do tabaco é classificada separadamente como uma enfermidade pelas principais classificações internacionais de doenças”⁸.

2 Disponível em: <https://www.gov.br/anvisa/pt-br/assuntos/tabaco/danos-a-saude>. Acesso em 23 de julho de 2021

3 Disponível em: http://iris.paho.org/xmlui/bitstream/handle/123456789/28380/9789275318867_spa.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em 23 de julho de 2021

4 Disponível em: <https://www.gov.br/anvisa/pt-br/assuntos/tabaco/danos-a-saude>. Acesso em 23 de julho de 2021

5 Disponível em: <http://www.who.int/en/news-room/fact-sheets/detail/tobacco> Acesso em: 10 de maio de 2019.

6 Disponível em: <https://www.inca.gov.br/perguntas-frequentes/tabagismo-e-coronavirus-covid-19>. Acesso em 10 de agosto de 2020.

7 Disponível em: <https://www.who.int/fctc/cop/en/>. Acesso em 01 de junho de 2019.

8 Convenção Quadro para o Controle do Tabaco: Texto oficial, Instituto Nacional do Câncer, Rio de Janeiro, 2011.

O Relatório da OMS sobre a Epidemia Global de Tabaco 2019⁹ aponta que o Brasil é o segundo país do mundo, ficando atrás apenas da Turquia, a cumprir as seis medidas MPOWER¹⁰ de controle do tabaco. Nesse sentido, segundo a chefe do Secretariado da Convenção-Quadro para Controle do Tabaco da OMS (CQCT/OMS), Vera da Costa e Silva, "a experiência brasileira tem muito a auxiliar na implementação da estratégia global de fortalecimento e aceleração da implementação da Convenção-Quadro"¹¹. Mas a pergunta que se coloca no breve espaço deste texto é a seguinte: por que, no Brasil, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (STJ) não reconhece a responsabilidade civil das empresas de tabaco pelos danos provocados por seus produtos a consumidores e ao próprio Estado, nem mesmo quando se encontram presentes vulnerabilidades específicas de alguns consumidores¹²? Por que a distribuição dos encargos sociais advindos dos danos relacionados ao tabaco é feita de maneira a sempre beneficiar o agente causador do dano e não a pessoa humana e a própria saúde pública nacional?

II. O direito à saúde no Brasil

Conforme aponta o saudoso jurista italiano Stefano Rodotà, a modernidade ocidental veio a organizar-se em torno aos homens que nascem *todos livres e iguais*, mas sua liberdade e igualdade não foram reconfiguradas quando a fraternidade se uniu para constituir a histórica tríade dos princípios. Ela somente foi potencialmente integrada a partir do segundo pós guerra, com a revolução da *dignidade* (RODOTÀ, 2014).

A relevância da fraternidade, não mais apenas como princípio moral, mas como forte referência jurídica, passa a encontrar, a partir de então, uma direta e compartilhada expressão no princípio da solidariedade, destinado a guiar tanto a ação pública como a ação privada. Assim, da solidariedade emerge a dignidade da pessoa humana, que não pode ser associada a situações em que esta dependa da benevolência de outrem, confinada na dependência. Descobrimos, portanto, uma mais distante fundação dos direitos sociais, bem antes da primeira individualização como categoria autônoma nos anos 1950 (RODOTÀ, 2014).

Com efeito, um dos direitos sociais mais caros ao ser humano é justamente o direito de acesso à saúde, que é, a um só tempo, direito individual de segunda dimensão e direito coletivo de terceira dimensão (SARLERT, 2016), porquanto de direito do consumidor se trata, em especial numa sociedade capitalista como a contemporânea, em que as relações estão mais e mais monetarizadas e atravessadas por interesses econômicos. A nível mundial, a Organização Mundial da Saúde descreveu, dentre os Objetivos de Desenvolvimento Sustentável no que toca à saúde e bem-estar, a necessidade de "atingir a cobertura universal de saúde, incluindo a proteção do risco financeiro, o acesso a serviços de saúde essenciais de qualidade e o acesso a medicamentos e vacinas essenciais seguros, eficazes, de qualidade e a preço acessíveis para todos."¹³ Depreende-se, por-

9 Disponível em: <https://actbr.org.br/oms-epidemia-tabaco-2019>. Acesso em 23 de julho de 2021.

10 A sigla, em Inglês, representa as seguintes medidas: M (Monitorar o consumo e a aplicação de políticas públicas) P (Proteger a população da exposição à fumaça do cigarro) O (Oferecer ajuda para abandonar o fumo) W (Advertir sobre os perigos do tabaco) E (Fazer cumprir as proibições à publicidade) R (Aumentar os impostos). Disponível em: http://iris.paho.org/xmlui/bitstream/handle/123456789/28380/9789275318867_spa.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em 23 de julho de 2021.

11 Disponível em: <http://www.ensp.fiocruz.br/portal-ensp/informe/site/materia/detalhe/46829>. Acesso em 13 de outubro de 2019.

12 Genérica seria aquela relacionada a um status coletivo/de grupo, tal como o ser consumidor, já que todo fumante, assim como também os chamados fumantes passivos, são consumidores (ainda que por equiparação) do produto cigarro. Específicas seriam as vulnerabilidades próprias do fumante que, não necessariamente, estariam presentes em todos os consumidores do produto, tais como: vulnerabilidade etária (idade de início do consumo); de gênero; econômica; intelectual; psicológica; etc.

13 Disponível em: <https://brasil.un.org/pt-br/sdgs/3>. Acesso em 10 de julho de 2021.

tanto, que a saúde também é, em nível mundial, reconhecida como um dos direitos que ainda carecem de efetividade satisfatória.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos, em seu artigo 25, elenca que toda pessoa terá direito a um nível de vida suficiente que assegure a si e a sua família saúde e bem-estar. O Protocolo Adicional à Convenção Americana Sobre Direitos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, chamado Protocolo de San Salvador, que ingressou na ordem nacional brasileira por meio do Decreto nº 3.321, de 30 de dezembro de 1999, elenca em seu artigo 10 que toda pessoa tem direito à saúde, entendida esta como a fruição do mais alto nível de bem-estar físico, mental e social. No panorama nacional, a Constituição Federal brasileira, em seu artigo 196, preconiza a saúde como direito de todos e dever do Estado após apontá-la, em seu art. 6º¹⁴, como um dos direitos sociais que compõem o quadro dos Direitos e Garantias Fundamentais do Brasil.

O que é fundamental destacar neste contexto é que, por direito à saúde entende-se não só a necessidade de assegurar ao indivíduo que se mantenha com vida, mas sim garantir-lhe o acesso a todo o conjunto de políticas públicas ou a meios privados de promoção da saúde, na forma do artigo 199 da Constituição Federal brasileira de 1988, bem como o alcance do necessário para a manutenção de seu bem-estar, tanto de ordem física como mental.

Com efeito, o estudo da efetivação do direito fundamental e humano à saúde perpassa pela análise dos princípios de ordem internacional e nacional atinentes à matéria, bem como pelas disposições de ordem civil e consumerista interna dentro da esfera de proteção (e promoção) do vulnerável nas relações econômicas. Para além da efetivação global do direito à saúde (seja por parte do Estado, seja do sistema privado), é preciso que o produtor, in loco, seja responsável diretamente pelos danos que os produtos que coloca em circulação causem à coletividade, mormente quando auferem lucros bilionários, como é o caso da indústria do cigarro¹⁵.

II. O direito à saúde dos dependentes de tabaco e as externalidades negativas do produtor

Conforme acima referido, o Brasil dispõe de uma ampla proteção normativa multinível no que tange ao direito à saúde. Todavia, a ausência de uma responsabilização civil da indústria pelos danos causados aos consumidores e aos cofres públicos do Estado brasileiro (ou seja, ao Sistema Único de Saúde brasileiro, o chamado SUS) até os dias de hoje pode ser vista ainda como um obstáculo a ser suplantado para uma plena efetivação do direito à saúde sob a perspectiva das doenças relacionadas ao tabaco.

Neste item, duas situações precisam ser apontadas: uma de caráter individual; outra de caráter coletivo. Em ambas, o direito à saúde pode ser visto tanto sob um viés preventivo como sob um viés ressarcitório e compensatório, considerando-se os danos causados a cada vítima que demonstre o preenchimento dos pressupostos da responsabilidade civil, bem como os danos causados à saúde pública (mais propriamente ao SUS), a chamada externalidade negativa ou custo social do comportamento da empresa.

14 "Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição."

15 Ela movimentou uma economia de bilhões de dólares por ano, sendo maior que o PIB de diversos países (somados), como o vizinho Uruguai e a longínqua Albânia, conforme apurada pesquisa que constou do voto do Desembargador Relator Eugênio Facchini Neto na Apelação Cível nº 70059502898, proveniente do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul/BRASIL e publicada no DJ de 22/01/2019. Confira-se em: www.tjrs.jus.br.

No caso dos danos causados pelo tabaco à saúde de todos os brasileiros, uma Ação Civil Pública da Advocacia Geral da União foi ajuizada pedindo o ressarcimento aos cofres públicos mais dano moral coletivo pelas externalidades negativas contra as principais produtoras de tabaco no país, com o objeto de proteger "o direito fundamental à saúde pública por meio do ressarcimento dos danos, passados e presentes, causados pelo cigarro ao Sistema Único de Saúde – SUS, especificamente relacionados aos gastos incorridos pela União para o custeio do tratamento de doenças comprovadamente atribuíveis ao consumo de cigarros"¹⁶. Como fundamentos de direito positivo foram suscitados, além do Código Civil brasileiro e do Código de Defesa do Consumidor, os já mencionados arts. 196 e 198 da Constituição Federal e a Convenção Quadro para o Controle do Tabaco (CQCT), requerendo-se a implementação de seu art. 19, que prescreve: "1. Para fins de controle do tabaco, as Partes considerarão a adoção de medidas legislativas ou a promoção de suas leis vigentes, para tratar da responsabilidade penal e civil, inclusive, conforme proceda, da compensação. [...]"

Vale referir que nos Estados Unidos, as fabricantes já ressarcem os cofres públicos, o que agora se pleiteia também no Brasil. O célebre acordo (Master Settlement Agreement - MSA) foi celebrado nos Estados Unidos para encerrar as demandas promovidas por mais de quarenta Estados norte-americanos contra as principais indústrias fumageiras. Quatro Estados fizeram acordos separados (Mississippi, Florida, Texas e Minnesota), recebendo um total de 35 bilhões de dólares de ressarcimento, ao passo que os outros 46 Estados fizeram um acordo conjunto com as sete indústrias do fumo, para obter destas o ressarcimento dos gastos públicos com doenças relacionadas ao tabaco. Como parte do acordo, as indústrias concordaram em abandonar algumas práticas de marketing de cigarro, admitiram dissolver algumas entidades financiadas por elas para criar dúvidas sobre descobertas científicas sérias relacionadas ao consumo de cigarros, bem como a pagar, de forma perpétua aos Estados, um valor anual ressarcitório de despesas com doenças relacionadas ao tabaco. Nos primeiros 25 anos seria paga – como vem sendo – a quantia de 246 bilhões de dólares a título de indenização, findos os quais seguiriam pagando 10 bilhões de dólares ao ano. No ano de 1988, o Congresso norte-americano majorou esse valor para 516 bilhões de dólares (FACCHINI, 2018).

No plano individual, verificamos duas situações no Brasil: o reconhecimento por muitos tribunais estaduais da existência de responsabilidade civil da indústria pelas doenças e mortes relacionadas ao consumo de cigarro, como no emblemático caso Catarina Oneide, e o desacolhimento destes mesmos pleitos no âmbito da Corte Superior (STJ), responsável pelo julgamento, em última instância, das ações indenizatórias, harmonizando a interpretação da legislação federal no Brasil.

Um dos casos de maior repercussão no Brasil pode ser considerado o de Catarina Oneide, julgado pelo Tribunal de Justiça do estado do Rio Grande do Sul em dezembro de 2018¹⁷. Além da demonstração dos pressupostos da responsabilidade civil no caso (conduta, nexo causal, risco da atividade e defeito do produto, e dano), o caso também exemplifica uma questão que é central na defesa do consumidor, a saber, o tema das vulnerabilidades: nessa hipótese concreta havia tanto vulnerabilidade etária, como as vulnerabilidades econômica e social, pois o falecido era pessoa de baixa instrução, e o

16 Brasil. TRF 4ª Região. Ação Civil Pública nº 5030568-38.2019.4.04.7100. Inicial disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-mai-21/agu-ressarcimento-gastos-saude-fabricantes-cigarro>. Acesso em 10 de junho de 2021.

17 Brasil. TJRS. Apelação Cível nº 70059502898, Rel. Des. Eugênio Facchini Neto, DJ de 22/01/2019.

consumo do produto iniciara ainda nos anos 1960, quando ele contava com vinte anos de idade (menor e relativamente incapaz pelos parâmetros do Código Civil brasileiro então vigente), somado ao fato de que a informação sobre os malefícios do cigarro era nula na época. Muito pelo contrário, a propaganda do produto era totalmente permitida e absolutamente presente na vida de adultos, jovens e crianças.

O caso mostra-se paradigmático porque, embora pela primeira vez em um processo cível de que se tem notícia o próprio atestado de óbito tenha apontado a *vinculação* entre a doença que acometeu fatalmente a vítima (doença pulmonar obstrutiva crônica grave - DPOC) e o fato de o falecido ter fumado por mais de 30 anos, a condenação da indústria foi negada pela Instância Superior de Julgamento (STJ), utilizando-se dos mesmos argumentos usados em outros casos (desde 2011). Ou seja, as vulnerabilidades concretas (específicas) do consumidor em questão não foram levadas em conta, nem tampouco o nexos causal específico atestado no próprio documento de óbito da vítima.

O principal argumento utilizado para se afastar a responsabilidade civil em casos similares, a saber, a ausência de nexos causal entre o consumo do produto e o óbito, foi afastado pela ciência médica, explicitamente, nesse caso concreto, estabelecendo-se como a verdade dos autos. No julgamento pelo tribunal estadual, a narrativa de ausência de nexos causal foi textualmente rejeitada para se reconhecer o que o Código Civil brasileiro expressamente permite, em seu art. 945¹⁸, que é a chamada culpa ou fato concorrente da vítima. O nexos etiológico entre o consumo do produto e a doença que levou o consumidor a óbito foi afirmado na instância ordinária, mas ainda assim, o Superior Tribunal de Justiça, ao julgar o Recurso Especial interposto pela indústria, aplicou ao caso os mesmos parâmetros e citou os mesmos precedentes invocados desde, pelo menos, 2011, a despeito da distinção entre os casos, tanto no aspecto de considerar-se as vulnerabilidades concretas da vítima (vulnerabilidade etária, em razão da idade de início do consumo, e vulnerabilidade econômica), como em termos de prova do nexos causal em concreto.

III. A jurisprudência do STJ sobre a responsabilidade civil da indústria do cigarro

Em pesquisa realizada junto ao site do Superior Tribunal de Justiça brasileiro, abarcando desde 01 de janeiro de 2011 até 31 de dezembro de 2020, verificou-se que mais de quatro dezenas de ações versaram sobre o tema da responsabilidade civil da indústria do tabaco na mais alta Corte do país competente para o julgamento de questões infraconstitucionais, como é o tema da responsabilidade civil por danos.

Ocorre que de todas as decisões em nenhum dos casos houve a condenação da indústria tabagista pela Corte Superior. Nas únicas 02 ações em que a vítima ou seus familiares foram vitoriosos no STJ (em decisões monocráticas e não colegiadas, registre-se), questões de mérito não foram objeto de análise. Em uma delas a Corte deu ganho de causa à vítima apenas para afirmar que não havia sido implementado o prazo prescricional na hipótese (Resp. nº 1.268.309/RS). Na outra (REsp. nº 1.096.400/RS), o julgador monocrático entendeu que não poderia reexaminar o caso por imposição do óbice sumular nº 07, que proíbe o revolvimento de matéria fático-probatória pelo STJ.

Nos casos em que se enfrentou o tema da responsabilidade civil pelos danos causados individualmente às vítimas do cigarro, a argumentação para negar o pleito dos consu-

18 "Art. 945. Se a vítima tiver concorrido culposamente para o evento danoso, a sua indenização será fixada tendo-se em conta a gravidade de sua culpa em confronto com a do autor do dano."

midores girou em torno de: i. ausência denexo causal (não poderia havernexo causal presumido); ii. livre arbítrio da vítima; iii. licitude da atividade, que ilidiria o nexo causal; iv. o cigarro ser produto de periculosidade inerente e não produto defeituoso; v. existência de precedentes no sentido da negativa do dever de indenizar; vi. impossibilidade de reconhecimento de responsabilidade objetiva por risco integral; vii. ausência de violação ao dever de informar e à boa-fé objetiva; viii. prescrição do direito, com base no artigo 27 do Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90).

A partir desses números, volta-se para a questão inicial aqui proposta e pergunta-se: por que, no Brasil, as empresas de tabaco não são responsabilizadas pelos danos que seus produtos causam à saúde (já que o são em outros países), nem mesmo quando se encontram presentes vulnerabilidades específicas de alguns consumidores, como as vulnerabilidades etária e econômica? Por que a distribuição dos encargos sociais advindos dos danos relacionados ao tabaco é feita de maneira a sempre beneficiar o agente causador do dano, atribuindo às próprias vítimas (e ao Estado) as externalidades negativas da sua produção, com prevalência dos aspectos econômicos sobre o direito à saúde?

Infelizmente, no Brasil, a narrativa da indústria e de seus defensores, que é uma narrativa que exclui importantes dados científicos e que ignora as circunstâncias próprias de cada caso (vida) concreto ainda é vitoriosa.

Conforme bem aponta Fernando Aith, "a doença, como todo evento relevante relacionado com a existência humana, exige uma explicação" (AITH, 2017: 43). Ocorre que essa explicação, no caso das doenças tabaco relacionadas, tem sido dada excluindo importantes dados científicos, bem como ignorando as circunstâncias próprias de cada caso concreto em prol de uma narrativa única e abstrata. Exemplo disso vislumbra-se em várias decisões e textos acadêmicos, como no voto do Ministro Relator do Recurso Especial nº 1.843.850/RS¹⁹, que refere o termo "hábito de fumar" para descrever o comportamento da vítima ao invés de "dependência do cigarro", o que desqualifica, pela linguagem, tudo que já foi dito pelas ciências da saúde sobre o mecanismo de dependência desenvolvido nos consumidores de produtos de tabaco.

Assim, verifica-se que ainda falta no debate acerca da responsabilidade civil por danos à saúde relacionados ao consumo de tabaco no Brasil: i. uma atenção especial às circunstâncias do caso concreto; ii. um maior apoio da ciência médica no debate que envolve o estabelecimento do nexo causal, ainda que se possa reconhecê-lo, em hipóteses concretas, apenas parcialmente; iii. o reconhecimento de que a saúde (e, portanto, também a doença) de qualquer pessoa, necessariamente irá depender de variáveis próprias do sujeito e que qualquer abordagem de responsabilidade civil nessa matéria precisará levar em conta o tema da concausa preexistente.

Com efeito, alguns chamam de destino, sorte ou azar que determinadas pessoas fiquem doentes e outras não. O fato é que a herança genética de cada um também desempenha seu papel, constituindo antecedente ao próprio desencadear do nexo causal (CAVALIERI FILHO, 2020). Assim, as predisposições patológicas agravantes do resultado não afastam a responsabilidade do agente, embora possam levar a uma diminuição do quantum indenizatório. Entender de modo diverso corresponderia a assumir uma postura

19 Brasil. STJ. Recurso Especial nº 1.843.850/RS. Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze. J. 02/04/2020. DJe 15/04/2020.

de culpabilização integral da própria vítima, em direção oposta ao que hoje se afirma no chamado Direito de Danos. Em tais casos, portanto, o agente deverá responder pelo resultado, independentemente de ter ou não conhecimento da concausa antecedente que o agravou. Então, pergunta-se: Por que seria diferente nos casos de responsabilidade civil por danos à saúde relacionados ao consumo do cigarro?

IV. Saúde para quem?

Quando o tema da saúde é tratado na perspectiva do consumo de produtos nocivos como o tabaco é importante destacar que, além dos jovens, as classes sociais com renda mais baixa e com menos instrução são as mais afetadas. A tabulação por classificação de países do Banco Mundial por nível de renda reforça os achados da análise por região da OMS. As maiores reduções no consumo de tabaco, desde que os esforços para conter essa epidemia começaram a ser enviados, foram vistas principalmente em países de alta renda.²⁰

Para 2015–2025, sob o pressuposto de que a intensidade das medidas de controle permaneça inalterada, espera-se uma diminuição líquida de 19,5 milhões de fumantes. Essa redução projetada incluiria a diminuição de 58,8 milhões de fumantes em países de alta e média alta renda e um aumento total de 39,3 milhões de fumantes em países de renda média baixa e baixa²¹.

No cenário atual, de uma pandemia ainda não controlada, dados de pesquisa da Fiocruz informam que 34% dos fumantes brasileiros declararam ter aumentado o número de cigarros consumidos no período de pandemia do Coronavírus. O fato de a nicotina ser altamente viciante gera a tendência de que este consumo mais expressivo permaneça após o surto da Covid-19. Os dados sobre a relação entre cigarro e saúde mental, recolhidos pelo grupo de pesquisa Convid, da Fiocruz, responsável pela análise de dados de 44 mil pessoas em estudo feito em parceria com a Universidade Estadual de Campinas (Unicamp) entre abril e junho de 2020, ainda aponta que o aumento foi maior entre pessoas de menor escolaridade (45,1%) e entre mulheres (38,1%), o que confirma a incidência do consumo do produto em grupos sociais mais vulneráveis.²²

Como referem Lourdes Peroni e Alexandra Timmer ao abordarem os significados da palavra vulnerabilidade, um paradoxo central da vulnerabilidade é que ela é tanto universal como particular. Como seres humanos todos somos vulneráveis, mas experimentamos essa vulnerabilidade de maneira singular em nossos corpos (PERONI; TIMMER, 2013).

Então, como sujeitos vulneráveis que somos, estamos todos, constantemente, sujeitos a sofrermos uma ofensa, um prejuízo (harm); prejuízo esse que vem de diferentes formas, as quais se entrecruzam e se reforçam. Lesões (injuries) podem ser físicas, morais, psicológicas, econômicas e institucionais, só para mencionar algumas. E isso nos dá uma ideia de como a vulnerabilidade é tanto particular como universal. E seguem as autoras: “Nossas ‘diferentes formas de incorporação’ e nossas diferentes posições dentro de ‘redes de relações econômicas e institucionais’ significam que cada um de nós experimenta

20 WHO global report on trends in prevalence of tobacco smoking 2000–2025. Disponível em: <https://www.who.int/tobacco/publications/surveillance/trends-tobacco-smoking-second-edition/en/>. Acesso em 10 de maio de 2020.

21 WHO global report on trends in prevalence of tobacco smoking 2000–2025, second edition. Geneva: World Health Organization; 2018, p. 22.

22 Disponível em: <https://actbr.org.br/post/consumo-de-cigarro-aumentou-para-34-dos-fumantes-brasileiros-durante-a-pandemia-diz-pesquisa-da-fiocruz/18573/>. Acesso em 20 de agosto de 2020.

a vulnerabilidade de forma única. Martha Fineman aponta que a experiência de vulnerabilidade 'é muito influenciada pela qualidade e quantidade de recursos que possuímos ou podemos comandar'.²³

Promover direito à saúde significa, portanto, também atentar para as diferentes vulnerabilidades que acometem os sujeitos, especialmente em países nos quais as desigualdades sociais e econômicas estão presentes de forma mais marcante. O direito à saúde deve atuar como mais uma instância de consolidação dos valores humanitários de uma democracia solidária²⁴, na qual toda forma de discriminação deve ser repelida. Só assim se poderá afirmar a plena efetivação do direito fundamental e humano à saúde.

V. Conclusão

Conforme demonstrado ao longo do texto e afirmado em uma série de documentos internacionais e legislação do Brasil, o país desfruta de uma experiência relativamente exitosa em termos de políticas públicas relativas ao controle do consumo de tabaco.

No entanto, verifica-se que este ônus tem sido atribuído exclusivamente ao Estado brasileiro e às próprias vítimas do produto, que têm arcado com todas as externalidades negativas desta lucrativa indústria. Aliás, a cada ação do Estado para promover a saúde pública e, em decorrência, limitar o consumo de um produto tão letal para quem o consome como para quem o produz, constata-se uma ação contraposta do setor produtivo, como aponta a Organização Pan-Americana de Saúde (OPAS). Conforme relatório da Convenção-Quadro para o Controle do Tabaco (CQCT) da Organização Mundial da Saúde (OMS), a indústria do cigarro tem interferido de forma "cada vez mais perversa" nos esforços de governos para combater a venda e o consumo de cigarros e produtos relacionados ao tabaco.

Por fim, o fato de a comercialização de cigarros constituir atividade lícita não exime as fabricantes de responsabilidade pelos danos causados por seu produto à saúde pública, o que, infelizmente, tem sido afirmado pela jurisprudência da mais alta Corte brasileira para questões não constitucionais. Pensar de forma diversa seria desconsiderar toda a evolução no terreno da responsabilidade civil desde o século XIX, quando atividades lícitas, mas potencialmente causadoras de danos, no pós-Revolução Industrial, passaram a gerar responsabilidade para seus agentes. Assim ocorreu com os empregadores de modo geral, transportadores e, mais recentemente, com os fornecedores. Por que seria diferente justamente quando está em jogo um dos direitos humanos mais importantes como o direito à vida e à saúde?

23 No original: "Our 'different forms of embodiment' and our different positions within 'webs of economic and institutional relationships' mean that each of us experiences vulnerability uniquely. Martha Fineman points out that the experience of vulnerability 'is greatly influenced by the quality and quantity of resources we possess or can command.'" PERONI, Lourdes; TIMMER, Alessandra. Vulnerable groups: the promise of an emerging concept in European Human Rights Convention Law. *International Journal of Constitutional Law*, Oxford, v. 11, n. 4, p. 1056-1085, out. 2013, p. 1058-1059.

24 Conforme art. 3º da Constituição Federal do Brasil de 1988: "Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; II - garantir o desenvolvimento nacional; III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação." (grifo nosso).

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Aith, Fernando Mussa Abujamra (2017). *Direito à Saúde e Democracia Sanitária*. São Paulo: Quartier Latin.
- Brasil. STJ. Recurso Especial nº 1.843.850/RS. Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze. J. 02/04/2020. DJe 15/04/2020.
- Brasil. TJRS. Apelação Cível nº 70059502898, Rel. Des. Eugênio Facchini Neto, DJ de 22/01/2019.
- Brasil. TRF 4ª Região. Ação Civil Pública nº 5030568-38.2019.4.04.7100. Inicial disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-mai-21/agu-ressarcimento-gastos-saude-fabricantes-cigarro>.
- CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*. São Paulo: Atlas, 2020.
- Pasqualotto, Adalberto de Souza (2018). *As lições de Quebec e os caminhos do Brasil*. In: Pasqualotto, Adalberto de Souza; Facchini Neto, Eugênio; Barbosa, Fernanda Nunes (Org.). *Direito e Saúde: o caso do tabaco*. Belo Horizonte: Letramento, p. 197-242.
- Peroni, Lourdes; Timmer, Alessandra (2013). *Vulnerable groups: the promise of an emerging concept in European Human Rights Convention Law*. *International Journal of Constitutional Law*, Oxford, v. 11, n. 4, p. 1056-1085.
- Rodotà, Stefano (2014). *Solidarietà: un'utopia necessaria*. Bari: Laterza.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *Mark Tushnet e as assim chamadas Dimensões (“Gerações”) de Direitos Humanos e Fundamentais*. *Revista Estudos Institucionais*, v. 2, n. 2, 2016.

Sites

www.who.org
www.anvisa.gov.br
www.paho.org
www.inca.gov.br
www.actbr.org.br
www.ensp.fiocruz.br
www.conjur.com.br
www.ohchr.org
www.cidh.org
www.planalto.gov.br
www.tobaccofreekids.org
www.folha.uol.com.br
www.stj.jus.br
www.tjrs.jus.br
www.drugabuse.gov
www.unifesp.br
www.nacoesunidas.org

EL ACCESO A LAS VACUNAS CONTRA EL COVID-19 Y LOS DERECHOS HUMANOS

ACCESS TO COVID-19 VACCINES AND HUMAN RIGHTS

Barrera Vitali, Ana Carla¹ - Vaggione, Gaetano²

DOI: [https://doi.org/10.37767/2591-3476\(2021\)06](https://doi.org/10.37767/2591-3476(2021)06)

Fecha de envío: 01.08.2021

Fecha de aceptación: 04.10.2021

RESUMEN:

Debido a la pandemia de la COVID19, nuevas preguntas se originan sobre las vacunas, a la vez que ha evidenciado con total claridad los problemas estructurales respecto a las desigualdades e inequidades existentes entre los diferentes países. Los organismos internacionales y los propios Estados han intentado dar respuesta a través de diferentes instrumentos de la OMS, ONU y OEA, por ejemplo. Sin embargo, éstos no han podido garantizar una respuesta internacional en términos de equidad.

El presente artículo propone hacer una revisión de los principales instrumentos de organismos internacionales, observando diferencias e inequidades en la ejecución de las estrategias de vacunación en los Estados de la región. Se concluye que, en general, las respuestas de los Estados no se han adecuado a lo recomendado por organismos internacionales de salud pública. Además, se analizan las diferencias de acceso a las vacunas por parte de los Estados. Los países de mayores ingresos, con capacidad de adquirir más vacunas que los de ingresos medios y bajos, logran buenas tasas de vacunación, pero a costa de los Estados que no pueden acceder a ellas. En cuanto a las recomendaciones de los organismos internacionales, los Estados son libres de tomarlas en cuenta a la hora de diagramar políticas públicas, pero no se observa un compromiso por parte de la mayoría de los mismos de respetar estos principios propuestos en cuanto a la distribución internacional, pero sí en programas de vacunación locales.

ABSTRACT

Due to the COVID19 pandemic, new questions arise about vaccines, at the same time that the structural problems regarding the inequalities and inequities existing between the different countries have been clearly evidenced. International organizations and the States themselves

1 Estudiante avanzada de la carrera de Abogacía, Universidad Siglo 21. Integrante del equipo de Salud de Fundeps. ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0002-1869-3285>. Correo electrónico: anacarlalabarrera@fundeps.org

2 Estudiante avanzado de la carrera de Medicina, Universidad Nacional de Córdoba. Integrante del equipo de Salud de Fundeps. ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0002-8032-8908>. Correo electrónico: gaetanovaggione@fundeps.org

have tried to respond through different instruments of the WHO, UN and OAS, for example. However, they have not been able to guarantee an international response in terms of equity.

This article proposes to review the main instruments of international organizations, observing differences and inequities in the implementation of vaccination strategies in the States of the region. It is concluded that, in general, the response of the States has not been adequate to what is recommended by international public health organizations. In addition, the differences in access to vaccines by the States are analyzed. Higher-income countries, with the capacity to purchase more vaccines than low- and middle-income countries, achieve good vaccination rates but at the expense of states that cannot access them. Regarding the recommendations of international organizations, the States are free to take them into account when drawing up public policies, but there is no commitment on the part of the majority of them to respect these proposed principles regarding distribution. international, but in local vaccination programs.

PALABRAS CLAVE: Derechos Humanos - Derecho a la salud - Vacunación - Covid-19 - Equidad.

KEY WORDS: Human rights - Right to health - Vaccination - Covid-19 - Equity.

I. Introducción.

Desde diciembre de 2019 el mundo se encuentra atravesando una pandemia que logró sacar a la luz grandes problemas estructurales respecto a las desigualdades e inequidades existentes entre los diferentes países. En nuestra región, la inequidad es una característica que va aumentando constantemente alimentada por las crisis económicas y las desigualdades de género y étnicas existentes. Pero, sin dudas, la principal diferencia en el acceso a la salud y, en particular, a las vacunas está marcada por la inequidad en la distribución de los ingresos que genera otras desigualdades como consecuencia y que hemos podido observar con el avance de la pandemia del Covid-19.

El derecho a la salud es un derecho fundamental y está contemplado en la Declaración Universal de los Derechos Humanos (DUDH) en el marco de la ONU, en su artículo 25 apartado 1 También, en el marco de la OEA, en el Protocolo de San Salvador, está consagrado específicamente el derecho a la salud en su Artículo 10, donde se reconoce al derecho en sí y además, estipula que son los Estados quienes deben garantizar el acceso al derecho a la salud y que para lograrlo, deben adoptar medidas a tal fin.

Actualmente, en el marco de la respuesta a la pandemia de la COVID-19, las vacunas captan toda nuestra atención. En tiempo récord, la humanidad ha conseguido desarrollar una respuesta a esta problemática, reduciendo un tiempo que suele requerir muchos años a una ambiciosa meta de 6 a 18 meses.

Esta motivación para el desarrollo científico fue lograda, e incluso superó las expectativas iniciales. Sin embargo, al abrir el espacio que conforman las diversas estrategias para abordar la pandemia, se le suma la complejidad que significa realizar campañas de vacunación masivas a nivel global. Es necesario entender, tanto a nivel de la sociedad como del funcionamiento de los sistemas de salud, que estas vacunas son herramientas que responden a un sólo enfoque de la realidad que supone que el manejo debe enfocarse desde la teoría

del germen³, cuando en realidad en la actualidad es necesario incorporar esta herramienta al actual modelo de determinación social de la salud⁴ (Breilh, 2013: 13 - 17).

¿Pero qué sucede si los países más pobres, con economías más inestables y pocos recursos, no pueden efectivamente garantizar el derecho al acceso a la salud y el acceso a las vacunas de su población? ¿Qué sucede si los Estados que mayores recursos tienen, acaparan los insumos para hacer frente a la pandemia dejando atrás a otros países? ¿Qué sucede si esa inequidad en la distribución se convierte en una barrera global en el acceso al único elemento de lucha disponible en este momento para combatir la pandemia? ¿Qué sucede con las obligaciones internacionales que tienen los Estados para garantizar el derecho a la salud y a la vida como una comunidad internacional?

En el siguiente artículo se enumeraron las recomendaciones internacionales para las estrategias locales de vacunación. Luego, se exploraron las problemáticas en torno a dichas estrategias en la región de Latinoamérica y el Caribe. La finalidad: reflexionar sobre la efectiva aplicación por parte de los Estados de las recomendaciones planteadas a nivel universal e interamericano a la hora de ejecutar la vacunación contra la COVID19, teniendo en cuenta la inequidad presente en esta problemática .

II. Recomendaciones internacionales

1. Planes de vacunación

Según lo recomendado por las comunidades científicas, los Estados deben tener como objetivo lograr la inmunidad de rebaño con las campañas de vacunación. Se estima que, como mínimo, para lograr esta situación se debería vacunar un 60 - 70 % del total de la población, pudiendo llegar a ser mayor este número. A nivel global, para poder alcanzar estos números serían necesarias aproximadamente 10 - 11 mil millones de dosis, pero según relevó CEPI (2020) en una investigación, la capacidad global de producción es de 2 a 4 mil millones de dosis al año, por lo que esta meta parece un poco lejana.

A la hora de hablar del plan de vacunación, creemos que las recomendaciones de la Organización Mundial de la Salud a través de su Grupo Asesor Estratégico de Expertos en Inmunización (OMS, 2020) son la mejor opción a seguir teniendo en cuenta nuestro contexto local. Al momento de hacer nuestro análisis, Argentina se encuentra en un escenario de transmisión comunitaria y es por ello que aplicar los objetivos de esta estrategia logrará disminuir la morbimortalidad de la enfermedad, mantener los servicios esenciales y disminuir la transmisión para reducir el impacto social y económico.

Se plantean 3 etapas en base al suministro de dosis:

- Etapa 1: acceso muy limitado de dosis, para cubrir del 1 al 10 % de la población. Se debe priorizar al personal sanitario en riesgo alto a muy alto de adquirir y transmitir la enfermedad; y personas adultas mayores definidas por riesgo etario (esta decisión depende de la realidad de cada país en particular).
- Etapa 2: acceso limitado de dosis, para cubrir del 11 al 20 % de la población. Se debe cubrir a las personas adultas mayores no cubiertas en la etapa 1; grupos de personas con comorbilidades o estados de salud que los coloquen a un mayor riesgo

3 Teoría del germen: se entiende como esta a la teoría biomédica que supone el modelo de unicausalidad en las enfermedades, cuyo ejemplo máximo son las enfermedades infectocontagiosas. (Breilh, "La determinación social de la salud como herramienta de transformación hacia una nueva salud pública (salud colectiva)", 2013).

4 Breilh entiende como multicausalidad a la teoría biomédica que supone un modelo de múltiples factores causales que influyen a la hora de desarrollar una enfermedad.

de muerte o enfermedad grave; grupos sociodemográficos a mayor riesgo de muerte o enfermedad grave; personal sanitario encargado de la entrega de dosis; personal educativo de alta prioridad.

• Etapa 3: acceso moderado de dosis, para cubrir del 21 al 50 % de la población. Se debe priorizar al resto del personal educativo; otras personas consideradas esenciales fuera del sector sanitario y educativo; personas que están cursando una gestación; personal de salud con riesgo bajo a moderado de adquirir la enfermedad; personal involucrado en la producción de la vacuna y otro personal de laboratorio de alto riesgo; grupos sociales con riesgo elevado de adquirir o transmitir la enfermedad debido a incapacidad de mantener el distanciamiento social.

Es muy importante que los Estados compartan estas u otras indicaciones a la hora de iniciar un plan de vacunación nacional, a fin de aumentar la confianza en las instituciones y en el sistema de salud, garantizando el derecho al acceso a la información y transparencia. Actualmente, en Argentina (al día 20/7/2021) nos encontramos en un gris entre las etapas 1, 2 y 3 de la OMS, donde se están ampliando algunas indicaciones de vacunación y las poblaciones objetivo, todo esto decidido en base a la disponibilidad local de dosis, que varía ampliamente en nuestro país dependiendo de la zona geográfica y del arribo de nuevos lotes de vacunas.

2. ¿Qué recomendó la OMS a los Estados?

Dentro de la publicación de la OMS “SAGE values framework for the allocation and prioritization of COVID-19 vaccination” (2020), se describen los 6 principios y 12 objetivos que subyacen en el desarrollo de programas de vacunación para poder combatir de manera global la pandemia de la COVID-19. En nuestro análisis sobre los programas de vacunación que se ejecutan a nivel local, regional y global encontramos múltiples fallas a la hora de cumplir estas recomendaciones.

En este documento, se establece que:

(...) las decisiones sobre cómo implementar una limitada vacunación para la COVID-19 no debe basarse únicamente en consideraciones de la salud pública. Tampoco deberían ser impulsados por consideraciones económicas por sí solas, a pesar de que el impacto de esta pandemia en las economías de las naciones y la seguridad financiera de las familias ha sido para muchos devastador. (OMS, 2020, pág. 4)

Además, describe cómo esta herramienta funciona tanto como guía para las personas encargadas de diseñar y ejecutar las políticas públicas y sanitarias, y también como herramientas de accountability.

Con el objetivo de realizar una lectura crítica de la realidad de los planes de vacunación a nivel mundial, es que destacamos estos principios y objetivos dentro del documento a fin de analizar si los Estados cumplen o no con las recomendaciones de la Organización Mundial de la Salud.

El principio fundamental es el que hace referencia al bienestar humano (“human well-being”) y sus objetivos tales como la reducción de las muertes y la carga de la enfermedad por la pandemia de la COVID-19; la disminución de la disrupción social y económica mediante contención de la transmisión; lograr reducir la enfermedad severa y la muerte, o una combinación de estas estrategias y proteger el continuo funcionamiento de los servicios esenciales, incluyendo los servicios de salud.

El segundo principio a destacar, es el de respeto igualitario (“equal respect”), cuya finalidad es adoptar los intereses de todos los individuos y grupos con igual consideración mientras las decisiones de asignación y de establecimiento de prioridades están siendo tomadas y ejecutadas. Además, también busca ofrecer una oportunidad significativa de ser vacunados a todos los individuos y grupos que califican bajo criterios de priorización.

Destacamos también el Principio de equidad global (“global equity”), que plantea como objetivos asegurar que la asignación de vacunas tenga en cuenta los riesgos epidémicos especiales y las necesidades de todos los países, particularmente países de ingresos bajos y medios. También busca que todos los países se comprometan a cumplir las necesidades de las personas que viven en países que no pueden garantizar las vacunas para su población, especialmente aquellos de ingresos bajos y medios. Junto con este Principio de equidad global, se encuentra el Principio de equidad nacional (“national equity”), cuyos objetivos son asegurar la priorización dentro de los países para tener en cuenta las vulnerabilidades, riesgos y necesidades de grupos que, por causas de tipo sociales, geográficas o biomédicas, se encuentren propensos a sufrir mayores riesgos de carga de la enfermedad pandémica. Además, tiene como objetivo desarrollar los sistemas de distribución de inmunizaciones y la infraestructura necesaria para asegurar el acceso a las vacunas a poblaciones prioritarias y tomar acciones proactivas para asegurar igual acceso a cualquiera que califique en un grupo prioritario, especialmente las poblaciones socialmente vulnerables.

III. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la vacunación para la COVID-19

El 6 de abril de 2021, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante CIDH) adoptó la Resolución nro. 01/2021 donde se aboca a tratar la situación de las vacunas en el marco de las obligaciones interamericanas de derechos humanos. En dicha resolución, la CIDH, acompaña los pronunciamientos realizados por el Comité DESC y también al llamamiento que el Consejo de Derechos Humanos de la ONU dispuso en la resolución A/HRC/46/L.25/Rev.1 del 17 de marzo de 2021, donde se insta a asegurar el acceso a las vacunas de forma equitativa, asequible, oportuna y universal para que todos los países puedan enfrentarse a la pandemia.

La CIDH busca lograr su objetivo de que todos los países miembros de la OEA asuman sus responsabilidades internacionales respecto a la vacunación y pueda garantizarse efectivamente el derecho a la salud y la vida, y para eso realiza una serie de recomendaciones que se sustentan en los principios de igualdad y no discriminación, dignidad humana, consentimiento informado, transparencia, acceso a la información, cooperación y solidaridad internacional. Principalmente, sostiene que las vacunas deben considerarse un bien de salud pública y que el acceso a las mismas debería ser libre y son los Estados quienes tienen la obligación de garantizar de modo inmediato el acceso universal y equitativo de las mismas a todas las poblaciones. Así, dispone de 6 recomendaciones para los Estados miembros:

1. Acceso a las vacunas, bienes y servicios de salud en atención al principio de igualdad y no discriminación, asegurando la distribución de las vacunas y su acceso equitativo y universal, adoptando medidas que lo garanticen con la implementación de planes nacionales de vacunación.
2. Distribución y priorización de dosis de vacunas para aquellas personas con mayores riesgos de contagio y para quienes experimentan un riesgo mayor para enfrentar a la pandemia. Para establecer los criterios, sugiere utilizar los parámetros estableci-

dos por la SAGE de la OMS (2020).

3. Difusión activa de información adecuada y suficiente sobre las vacunas y contrarrestar la desinformación existente sobre las mismas. Señala que es necesario que los Estados fortalezcan la seguridad de las instituciones de salud pública y el conocimiento de base científica.

4. Garantizar el derecho al consentimiento previo, libre e informado de las personas que reciben las vacunas para que puedan acceder a información de manera oportuna, completa, comprensible, clara, sin tecnicismos, fidedigna, culturalmente apropiada y que tome en cuenta las particularidades y necesidades específicas de quien la recibe.

5. Derecho de acceso a la información, transparencia y combate contra la corrupción para que toda la población pueda acceder a los datos relativos a la compra de vacunas, el estado de los planes de vacunación, dosis disponibles y demás datos vinculados a la vacunación en el país.

6. Por último, insta a que los Estados garanticen que todas las decisiones relativas al desarrollo, la utilización y la distribución de vacunas por parte de las empresas tengan en cuenta los principios transversales de derechos humanos tales como la transparencia, la información, la igualdad y no discriminación, la rendición de cuentas y el respeto a la dignidad humana.

IV. Desigualdades de la pandemia en el contexto internacional

Es conocido el impacto de la pandemia en todas las economías mundiales, pero hay que hacer un análisis crítico de la forma en que impactó más específicamente dentro de cada Estado en particular. Ya las Naciones Unidas en el Informe del Secretario General sobre el “Progreso realizado para lograr los Objetivos del Desarrollo Sostenible”, del Consejo Económico y Social (ONU, 2020), estima que los países vulnerables (ya sea por motivos económicos, geopolíticos o por crisis humanitarias) tendrán a largo plazo consecuencias más complejas de resolver, ya sea por la fragilidad de sus sistemas sanitarios, la poca cobertura de protección social, las limitaciones financieras y económicas o por su dependencia del comercio internacional.

A su vez, según los Indicadores de los ODS de la División Estadística del Departamento de Asuntos Económicos y Sociales de las Naciones Unidas (ONU, n.d.) estos datos se repiten, no sólo afectando a la relación de Estados entre sí, sino también afectando a la realidad interna de cada Estado, aumentando la brecha de distribución de la riqueza entre los sectores sociales más privilegiados y quienes se encuentran en situación de vulnerabilidad. Apoyando esto, un Comunicado de Prensa del Banco Mundial (2020) refiere que el 82% del total de todas las personas que se encontrarán bajo el umbral de la pobreza extrema se ubicarán en países de ingresos bajos y medios.

Hay que destacar que este impacto se maximiza de manera especialmente cruenta en los países de bajos ingresos. Según una publicación de Oxfam (2021) sobre la materia, los países que tenían un nivel de deuda alto o potencialmente podían tenerlo, se ha registrado una reducción del 20% en remesas y una caída del 25% en inversión extranjera y en comercio, que sumada a una caída de precios y a una fuga de capital ha obligado a estos Estados a posponer sus compromisos de deuda, pero posponiendo sólo una pequeña fracción de las obligaciones a cumplir. También se estima que los ingresos fiscales han caído, con una caída del 2,6% del PBI en África subsahariana del 2019 al 2020. Se estima, además, que en América Latina se ha perdido un 59% del total del gasto público de salud en la región.

Estas inequidades no sólo se reflejan en el impacto económico de la pandemia, sino que también se traslada a la posibilidad de fortalecer el sector salud por parte de los Estados. Según un estudio realizado por el World Inequality Lab (2021), los países de ingresos medios y bajos no han podido realizar gastos en salud de más del 6% de su PBI, mientras que los de altos ingresos en promedio han podido destinar hasta el 12%, el doble. Esta diferencia también se observó en las medidas para atacar la pandemia, donde los países de ingresos bajos y medios basaron sus estrategias para enfrentar la pandemia en medidas costo-efectivas (utilizando controles de temperatura, desinfección de manos, distanciamiento social, cierre de sectores y cuarentenas) mientras que los países de altos ingresos pudieron realizar medidas de mayor tecnología y costo (testeos masivos, campañas de información, distanciamiento social y cuarentenas). Lo importante de estas medidas es la capacidad de poder mantener por más tiempo las medidas de control que implican el distanciamiento social y la caída de la actividad económica, ya que los países de altos ingresos tuvieron la posibilidad de realizar un apoyo económico a los negocios y personas que más fueron golpeadas, mientras que los países de ingresos bajos y medios no cuentan con esta espalda financiera, por lo que volver a realizar cuarentenas restringidas se vuelve una herramienta no aplicable en futuros brotes.

Teniendo en cuenta que estas opciones no se vuelven viables, y que el lograr vacunar a un porcentaje determinado de la población implicaría poder retomar de manera progresiva a la actividad económica normal, emerge la situación de que las vacunas se convierten así en un bien escasopreciado que entra en jaque con la idea de equidad internacional para lograr que todos los Estados puedan hacer frente a la COVID19.

V. Inequidad internacional

Ahora bien, ¿qué sucede con las campañas de vacunación a una escala global? Lo primero a destacar, es que más allá de los distintos tipos de vacunas (que se analizarán más adelante), los diversos Estados han afrontado sus planes locales de vacunación de manera muy dispar.

Un fenómeno llamativo, que podría ocasionar consecuencias dramáticas, es la brecha de acceso (“access gap”) a las vacunas entre los países de altos ingresos y los de bajos ingresos. Según los informes realizados por la iniciativa “Launch and Scale Speedometer” del Duke Global Health Innovation Center (2021), los países de altos ingresos se han asegurado 4.713.277.500 dosis, mientras que los de ingresos medio bajos y bajos se han asegurado 732.028.000 y 70.200.000 dosis respectivamente. La iniciativa COVAX⁵ a su vez ha conseguido 1.120.000.000 dosis.

A la hora de analizar la cantidad de dosis adjudicadas por habitante, esta brecha de acceso entre los Estados se vuelve abrumadora. Países de altos ingresos como Canadá, el Reino Unido y Nueva Zelanda se han asegurado 8,67; 7,29 y 6,57 dosis por habitante, respectivamente, mientras que la gran mayoría de los países de ingresos moderados y moderados - bajos no cuentan con la suficiente cantidad de dosis para vacunar a toda su población (a pesar de algunas excepciones a la hora de los contratos de dosis). Por ejemplo, Venezuela a la fecha de este informe (30/07/2021) ha podido asegurar por contrato 22 millones de dosis (10 millones de Gamaleya y 12 millones del Center for Genetic Engineering and Biotechnology) para una población total de 27 millones de personas.

5 Entiéndase que por COVAX nos referimos al mecanismo coordinado por Gavi, la Vaccine Alliance, la CEPI y la OMS que tiene como objetivo lograr la igualdad en la distribución de vacunas para la COVID19.

Esta inequidad no solo prolonga los tiempos de espera y restringe la capacidad de recuperación económica de los países de ingresos moderados y moderados - bajos (países que también han recibido el mayor impacto económico de esta pandemia), sino que también afecta en sus tasas de mortalidad y de supervivencia.

Chinazzi, Davis, Dean, Mu, Pastore y Xiong (2020) analizaron (mediante un modelo global de transmisión de metapoblaciones) 2 escenarios posibles (cooperativo vs no cooperativo⁶) de distribución de 3 mil millones de dosis. Con una vacuna con una eficacia del 80%, se estimó que en el escenario no cooperativo se evitaría aproximadamente un 33% de muertes, mientras que el escenario cooperativo estimó evitar un 61% de muertes.

Es importante destacar que, si bien se pueden evitar casi el doble de muertes con una estrategia cooperativa, la estrategia no cooperativa lograría una ganancia modesta en cuanto a muertes evitadas en los países de altos ingresos. Por ejemplo, en Europa Occidental se estimó una diferencia del 19% de muertes evitadas al pasar de un escenario cooperativo a uno no cooperativo; mientras que en Norteamérica la misma fue del 14%. En contraste con las diferencias obtenidas en otras regiones, en África Occidental se observó una diferencia del 80% de muertes evitadas al pasar de un escenario no cooperativo a uno cooperativo (de 13% al 93%); mientras que en el Sudeste Asiático se observó una diferencia del 57% (de 5% al 62%) de muertes evitadas.

Para responder a esta problemática de manera global y colaborativa, se creó la iniciativa COVAX. Esta plataforma es parte del ACT Accelerator ("Access to COVID-19 Tools") y está coordinada por Gavi, la Vaccine Alliance, la CEPI y la OMS. Cualquier país puede participar de la misma, y se garantiza que contarán con un igual acceso al desarrollo de las vacunas. Se espera que se desarrollen 2 mil millones de dosis para fines del 2021. Es así que esta iniciativa busca suplir la demanda de tanto países de altos ingresos como de bajos ingresos, y cumplimentar sus necesidades de dosis de manera igualitaria hasta cubrir el 20% de la población de cada uno (Berkley, 2020).

Sin embargo, la brecha de acceso a las vacunas no afecta sólo a la cantidad de vacunas que pueden adquirirse por contrato. Se observan brechas significativas entre los países de ingresos altos y los de ingresos medios y medios - bajos en cuanto al precio de dosis por contrato estatal, lo cual aumentaría la brecha de acceso y obligaría a los Estados a explorar nuevas formas de adquirir las dosis necesarias para lograr la inmunidad de rebaño.

Las descripciones de las vacunas aquí mencionadas forman parte del estudio realizado por Funk, Laferriere y Ardakani (2021). El compuesto activo de la vacuna de Pfizer-Biotech y Moderna (BNT162b1, con la diferencia de cantidad de dosis y días entre las 2 colocaciones) se destaca por ser de los primeros en la "carrera" para desarrollar campañas de vacunación para la COVID-19, y por alcanzar niveles de eficacia del 94-95%. Por otro lado, las vacunas que utilizan vectores virales cuentan con eficacias muy variables, con la vacuna de Astra Zeneca Oxford (AZ/Ox) / Covishield del Serum Institute of India con una eficacia del 62,1% ; mientras que la vacuna de Gamaleya tiene una eficacia del 91,6%; J&J o Janssen cuenta por el contrario con una efectividad del 66%. Por último, las vacunas in-

6 En este estudio se entiende por escenario cooperativo en dicho estudio a una distribución por país proporcional a la población total de cada uno, mientras que en el escenario no cooperativo el 66% de las dosis son adquiridas por un pequeño grupo de países de altos ingresos, y el porcentaje sobrante se distribuye de manera equitativa entre el resto de los países.

activadas como la de Sinopharma (Beijing) tiene una efectividad registrada del 79,3%; y la de Bharat Biotech tiene una eficacia estimada mayor al 50% al momento de la realización de la revisión sistemática citada.

Esta revisión también hace una valoración integral de todos los tipos de vacunas, y las organiza teniendo en cuenta su seguridad/reactividad, eficacia, régimen de dosis, estabilidad del producto/almacenamiento/cadena de distribución y precio objetivo/accesibilidad.

Teniendo en cuenta estas variables, las vacunas que mejor cubren los estándares son las que utilizan RNA (es decir, las de Pfizer-Biotech y Moderna), pero en nuestra región tienen dificultades con las cadenas de distribución relacionadas principalmente con la falta de infraestructura regional para poder mantener dichas cadenas, especialmente la de frío. En cuanto a costos, según la UNICEF Supply Division (2021), la vacuna de Pfizer-Biotech se comercializa desde 6,75 dólares en África, llegando a costar 18,90 dólares en Europa y hasta 19,50 en Estados Unidos. En el mismo tipo de vacunas, la de Moderna inicia su precio en 15,00 dólares para los Estados Unidos hasta llegar a los 32,00 o 37,00 dólares para países de altos ingresos.

Por otra parte, la vacuna de AstraZeneca/Ox cuesta desde los 2,06 dólares a India, 3,00 dólares para la Unión Africana y COVAX AMC, 4,00 dólares para Estados Unidos y Latinoamérica, 5,30 dólares para India hasta llegar a los 13,27 dólares para el mercado privado de Bangladesh. La vacuna Gamaleya Sputnik V se vende desde los 3,00 dólares en LATAM, pasando por el precio de 10,00 dólares para venta global, para luego llegar a valer 19,90 en Hungría, y hasta 27,15 en el mercado privado de Pakistán. Por último, en este tipo de vacunas, la producida por J&J (Jenssen) se vende desde 8,50 dólares en Europa hasta los 10,00 dólares en Estados Unidos y África.

En contraste, la vacuna inactivada de Sinopharm (del Beijing Institute of Biological Products) va desde los 18,60 dólares en Senegal, pasando a los 29,75 en China, los 36,00 dólares para Hungría hasta llegar a los 40,00 dólares por dosis para Argentina. Y por último, la vacuna inactivada de Bharat Biotech de India (Covishield) se comercializa desde 4,00 dólares en India hasta 35,00 en el mercado privado de Nepal.

Ahora, entre tanta información y variables, cabe preguntarse cuál vacuna es la “mejor”. Según los “Target Product Profiles for COVID-19 Vaccines” de la Organización Mundial de la Salud (2020), se establecen las características que deberían cumplir las vacunas para poder utilizarse en el marco de la pandemia que estamos transitando, y se plantean características “óptimas” y “críticas o mínimas”. En cuanto a la eficacia, se considera óptimo que cuente con una eficacia mayor al 70% en estudios de población (lo cual debe determinarse con un punto de corte para prevención de enfermedad, de enfermedad severa y reducción de la tasa de transmisión). Sin embargo, como criterios mínimos o críticos este porcentaje de eficacia disminuye hasta lograr superar aproximadamente el 50%. Si analizamos todas las vacunas disponibles en nuestro territorio, es posible observar que todas cumplen con este imperativo mínimo a la hora de utilizarse. Por lo tanto, a la hora de definir que nos inclina a elegir entre una y otra vacuna, lo más decisivo sería la accesibilidad y capacidad de abastecerse para vacunar en el menor período de tiempo a la mayor parte de la población, para lograr tasas de cobertura mayores a las indicadas en este documento, a fin de disminuir la tasa de replicabilidad del Sars-CoV-2 a un valor menor a 1. El precio es también un factor importante, ya que en última instancia puede

definir la postura de negociación de un Estado con una farmacéutica, ya que precios demasiado elevados por dosis pueden ser una barrera al acceso. En resumidas cuentas, la mejor vacuna es la que se encuentra disponible para ser administrada.

VI. Situación regional: ¿cómo avanza la vacunación?

En nuestra región observamos diferencias significativas en el ritmo de vacunación entre los países de altos ingresos y de ingresos medios y medios-bajos. Se pueden observar las diferencias de impacto de las campañas de vacunación, que va de la mano de la inequidad ya descrita entre los Estados en el acceso a las vacunas. Se observa que los Estados con la mayor cantidad de esquemas completos corresponden a países de ingresos altos en relación a los de ingresos medio-bajo, potencialmente aumentando la brecha de impacto de la pandemia sobre los mismos.

País (nivel de ingresos) ⁷	Población total	1eras dosis administradas	Esquemas completos totales	Dosis administradas cada 100 personas	Esquemas completos cada 100 personas	Porcentaje de población cubierta por acuerdos bilaterales y multilaterales (incluyendo COVAX)
Argentina (país de ingresos medio - alto)	45.605.823	22.876.517	5.797.847	62,87	12,71	54,34%
Brasil (país de ingresos medio - alto)	213.993.441	88.891.440	34.400.170	57,61	16,08	151,03%
Chile (país de ingresos altos)	19.212.362	12.622.222	12.091.227	128,6	62,93	222,77%
Colombia (país de ingresos medio - alto)	51.265.841	13.646.720	10.889.063	47,860	21,24	54,13%

⁷- Esta tabla se conformó con la información otorgada por la "COVID-19 Vaccination in the Americas" de la Organización Panamericana de la Salud (2020) y por la "COVID-19 Vaccine Market Dashboard" de UNICEF, para actualizarse a la fecha del 30/07/2021.

Perú (país de ingresos medio - alto)	33.359.416	7.108.859	4.217.276	33,95	12,64	109,48%
Bolivia (país de ingresos medio - bajo)	11.832.936	2.742.827	1.144.931	32,86	9,68	155,08%
Paraguay (país de ingresos medio - alto)	7.219.641	1.769.429	247.305	27,93	3,43	30,47%
Uruguay (país de ingresos altos)	3.485.152	2.510.872	2.112.404	132,7	60,61	53,80%

VII. Conclusiones

Con la actual crisis ocasionada por la pandemia del Covid-19, las situaciones de desigualdades estructurales y las inequidades en la distribución de los recursos se han incrementado y se han evidenciado. Ante un problema global que requiere respuestas multilaterales y coordinadas, es imperativo que, para esta actual pandemia y futuras, los Estados asuman sus responsabilidades y obligaciones internacionales para garantizar y asegurar el acceso a los derechos fundamentales, y en este caso, al derecho a salud y el acceso a las vacunas de forma equitativa, asequible, oportuna y universal para que todos los países puedan enfrentarse a las futuras enfermedades en pie de igualdad.

Resaltando la importancia de lo expuesto por la CIDH (2021) las vacunas deben considerarse un bien de salud pública y que el acceso a las mismas debería ser libre y son los Estados quienes tienen la obligación de garantizar de modo inmediato el acceso universal y equitativo de las mismas a todas las poblaciones.

Es importante destacar el rol que tiene la distribución de vacunas en la principal estrategia que hoy en día existe para enfrentar la pandemia. La acumulación de dosis en los países de mayores ingresos produce un desabastecimiento de vacunas en los países de menores recursos.

El no poder mantener un ritmo de vacunación constante no solamente implica un aumento de mortalidad y transmisibilidad de la población, sino que también son campos de cultivo para el desarrollo de nuevas cepas y variantes, lo cual implica el riesgo de sufrir nuevos brotes epidemiológicos, con el potencial riesgo de una cepa que modifique los componentes antigénicos presentes en las vacunas actuales. Esto sería catastrófico, ya que nuestras vacunas serían (teóricamente) no efectivas contra una cepa de estas características.

Lo más decisivo en cuanto a la problemática sería la accesibilidad y capacidad de abastecerse para vacunar en el menor período de tiempo a la mayor parte de la población, para lograr tasas de cobertura mayores a las indicadas en este documento, a fin de disminuir la tasa de replicabilidad del Sars-CoV-2 a un valor menor a 1.

En resumidas cuentas, la mejor vacuna es la que se encuentra disponible para ser administrada. En este sentido, la falta de cumplimiento de las recomendaciones de organismos internacionales aumentaría la inequidad en los planes de vacunación, generando diferencias entre los países de altos ingresos frente a los de ingresos medios y medios-bajos.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Banco Mundial. (2021). Debido a la pandemia de COVID-19, el número de personas que viven en la pobreza extrema habrá aumentado en 150 millones para 2021. Comunicado de prensa del Banco Mundial, 7-10-2021. Grupo Banco Mundial. Disponible en: <https://www.bancomundial.org/es/news/press-release/2020/10/07/covid-19-to-add-as-many-as-150-million-extreme-poor-by-2021>
- Berkley, S. (2020). COVAX explained. Gavi.Org [blog], 3-9-21. Disponible en: <https://www.gavi.org/vaccineswork/covax-explained>
- Breilh, Jaime. (2013). La determinación social de la salud como herramienta de transformación hacia una nueva salud pública (salud colectiva). Revista Facultad Nacional de Salud Pública, 31(),13-27.[fecha de Consulta 19 de Julio de 2021]. ISSN: 0120-386X. Disponible en: <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=12028727002>
- CEPI Sustainable Manufacturing Team. (2020). CEPI survey assesses potential COVID-19 vaccine manufacturing capacity. Cepi.Net [blog], 5-8-21. Disponible en: https://cepi.net/news_cepi/cepi-survey-assesses-potential-covid-19-vaccine-manufacturing-capacity/
- Chinazzi, M., Davis, J. T., Dean, N. E., Mu, K., Pastore, P. A., & Xiong, X. (2020). Estimating the effect of cooperative versus uncooperative strategies of COVID-19 vaccine allocation: a modeling study. Network Science Institute, Northeastern University. Disponible en: https://www.mobs-lab.org/uploads/6/7/8/7/6787877/global_vax.pdf
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos [CIDH]. (2021) Resolución 01/20221:Las vacunas contra el Covid-19 en el marco de las obligaciones interamericanas de los derechos humanos - Disponible en <https://www.oas.org/es/cidh/decisiones/pdf/Resolucion-1-21-es.pdf>
- Duke University. (2021). Vaccine Purchases. Launchandscalefaster.Org [blog], 1-11-2021. Disponible en: <https://launchandscalefaster.org/covid-19/vaccinepurchases>
- Funk, C. D., Laferrière, C. y Ardakani, A. (2021). Target Product Profile Analysis of COVID-19 Vaccines in Phase III Clinical Trials and Beyond: An Early 2021 Perspective. Viruses, 13(3), 418. Disponible en: <https://doi.org/10.3390/v13030418>
- Hopenhayn, Martín. (2006) - Reunión de expertos sobre población, desigualdades y derechos humanos: Desigualdades Sociales y derechos humanos: Hacia un pacto de protección social (CELADE , División de la Población de la CEPAL). Santiago de Chile: CEPAL. Disponible en <https://www.cepal.org/sites/default/files/events/files/hopenhaynm.pdf>
- Organización de los Estados Americanos. (1988) - Protocolo Adicional a la Convención Americana de Derechos Económicos, Sociales y Culturales "Protocolo de San Salvador". Wash-

- ington: OEA. Disponible en <http://www.oas.org/es/cidh/mandato/Basicos/sansalvador.asp>
- Organización de las Naciones Unidas. (2021). Resolución del Consejo de Derechos Humanos, Asamblea General de las Naciones Unidas; A/HRC/46/L.25/Rev.1 - Asegurar el acceso equitativo, asequible, oportuno y universal de todos los países a las vacunas para hacer frente a la pandemia de enfermedad por coronavirus (COVID-19) Ginebra: ONU . Disponible en: <https://undocs.org/es/A/HRC/46/L.25/Rev.1>
 - Organización de las Naciones Unidas. (2020). Progresos realizados para lograr los Objetivos del Desarrollo Sostenible. Informe del Secretario General, (Informe del Secretario General, Consejo Económico y Social, Asamblea General de las Naciones Unidas; E/2020/57). Nueva York: ONU . Disponible en: <https://unstats.un.org/sdgs/files/report/2020/secretary-general-sdg-report-2020--ES.pdf>
 - Organización de las Naciones Unidas. (2020). Sustainable Development Goals Indicators. Unstats.Un.Org [blog], 2020. Disponible en: <https://unstats.un.org/sdgs/report/2020/goal-10/>
 - Organización Panamericana de la Salud. (2021). COVID-19 vaccine doses administered in the Americas. Ais.Paho.Org [blog], 1-10-2021. Disponible en: https://ais.paho.org/imm/IM_DosisAdmin-Vacunacion.asp
 - Organización de las Naciones Unidas. (1948). La Declaración Universal de los Derechos Humanos (Declaración de la Asamblea General, Naciones Unidas). Nueva York: ONU. Disponible en <https://www.un.org/es/about-us/universal-declaration-of-human-rights>
 - Oxfam. (2021). El Virus de la Desigualdad: Cómo recomponer un mundo devastado por el coronavirus a través de una economía equitativa, justa y sostenible (Oxfam GB, Oxfam Internacional). Oxford: Oxfam. Disponible en: DOI: 10.21201/2020.6409
 - UNICEF. (2021). COVID-19 Vaccine Market Dashboard. Unicef.Org [blog], 22-7.2020. Disponible en: <https://www.unicef.org/supply/covid-19-vaccine-market-dashboard>
 - Voituriez, T. y Chancel L. (2021). Developing countries in times of COVID: Comparing inequality impacts and policy responses. Paris: World Inequality Lab. Disponible en: <https://wid.world/document/developing-countries-in-times-of-covid-comparing-inequality-impacts-and-policy-responses-world-inequality-lab-issue-brief-2021-01/>
 - Organización Mundial de la Salud. (2020). WHO Target Product Profiles for COVID-19 Vaccines (Publicación de la Organización Mundial de la Salud) . Ginebra: OMS. Disponible en: https://www.who.int/blueprint/priority-diseases/key-action/WHO_Target_Product_Profiles_for_COVID-19_web.pdf
 - Organización Mundial de la Salud. (2020). Sage Roadmap for prioritizing uses of Covid-19 vaccines in the context of limited supply (SAGE Working Group, Organización Mundial de la Salud). Ginebra: OMS. Disponible en: https://www.who.int/docs/default-source/immunization/sage/covid/sage-prioritization-roadmap-covid19-vaccines.pdf?Status=Temp&sfvrsn=bf227443_2
 - Organización Mundial de la Salud. (2020) . WHO SAGE values framework for the allocation and prioritization of COVID-19 vaccination (SAGE Working Group, Organización Mundial de la Salud). Ginebra: OMS. Disponible en: <https://apps.who.int/iris/handle/10665/334299>.

3. Comentarios Jurisprudenciales

LA SENTENCIA DE LA CIDH EN EL CASO LHAKA HONHAT (NUESTRA TIERRA) VS. ARGENTINA: LOS DESCA EN EL MARCO DE LOS CONFLICTOS ETNOAMBIENTALES

THE JUDGMENT OF THE IACHR IN THE CASE OF LHAKA HONHAT (OUR LAND) VS. ARGENTINA: ESCER WITHIN THE FRAMEWORK OF ETHNO-ENVIRONMENTAL CONFLICTS

María Laura Foradori¹

DOI: [https://doi.org/10.37767/2591-3476\(2021\)07](https://doi.org/10.37767/2591-3476(2021)07)

Comentario a

Caso Comunidades Indígenas Miembros de la Asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) vs. Argentina – Sentencia de 6 de febrero de 2020

Corte Interamericana de Derechos Humanos

Disponible en

<https://bit.ly/3Bi2VtX>

RESUMEN:

Este trabajo tiene como propósito destacar los principales argumentos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la sentencia del caso “Comunidades Indígenas miembros de la Asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) vs. Argentina”, de febrero del año 2020, donde declara la responsabilidad internacional del Estado Argentino por la violación de distintos derechos de 132 comunidades indígenas. La sentencia es un precedente clave para la justiciabilidad y exigibilidad de los DESCA, destacando la importancia fundamental de la propiedad comunitaria indígena (artículo 21 CADH) para el goce efectivo de los demás derechos analizados (DESCA del artículo 26 CADH): a un ambiente sano, a la alimentación adecuada, al agua y a la identidad cultural; estableciendo su interdependencia y autonomía. Se hará este repaso siguiendo los apartados de la sentencia, y comprendiendo los DESCA en el marco de los conflictos etnoambientales.

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. ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0001-8666-7647>

ABSTRACT

The purpose of this work is to highlight the main arguments of the Inter-American Court of Human Rights in the Judgment of the case “Indigenous Communities members of the Lhaka Honhat (Our Land) Association vs. Argentina”, of February 2020, where it declares the international responsibility of the Argentine State for the violation of different rights of 132 indigenous communities. The Judgment is a key precedent for the justiciability and enforceability of the DESCA, highlighting the fundamental importance of indigenous community property (Article 21 ACHR) for the effective enjoyment of the other rights analyzed (DESCA of Article 26 ACHR): to a healthy environment, to adequate food, water and cultural identity; establishing their interdependence and autonomy. This review will be carried out following the sections of the Judgment, and understanding the ESCR in the framework of ethno-environmental conflicts.

PALABRAS CLAVE: Corte Interamericana de Derechos Humanos; Lhaka Honhat vs. Argentina; DESCA; conflictos etnoambientales; pueblos indígenas.

KEY WORDS: Inter-American Court of Human Rights; Lhaka Honhat vs. Argentina; DESCA; ethno-environmental conflicts; Indigenous villages.

I. Introducción

Los conflictos etnoambientales, aquellos que reúnen las problemáticas ambientales e indígenas, se han multiplicado en los últimos años, afectando de diversas maneras los Derechos Económicos, Sociales, Culturales y Ambientales (DESCA). Las particulares características de estos conflictos conllevan diferentes desafíos para los Estados, tanto respecto a las políticas públicas como a la resolución de los procesos judiciales vinculados con esta problemática. En Argentina, uno de los principales obstáculos para el respeto de los DESCA de las comunidades indígenas es la falta de una reglamentación adecuada de los derechos reconocidos en el artículo 75 inciso 17 de nuestra Constitución Nacional. Para contrarrestar esas deficiencias, ha sido y es de fundamental importancia “la consideración de estos derechos como operativos por la jurisprudencia y la adopción de los estándares internacionales en la materia a la hora de su interpretación y aplicación” (Chiacchiera Castro, 2019: 2).

En ese marco general, aquí se comenta la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Corte, Tribunal o CIDH) en el caso “Comunidades Indígenas miembros de la Asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) vs. Argentina”, del 6 de febrero de 2020, que viene a echar luz sobre la cuestión al analizar de manera holística diferentes DESCA con la especificidad de los pueblos indígenas. En el fallo, la Corte declaró la responsabilidad de la República Argentina por la violación de distintos derechos de 132 comunidades indígenas que habitan en la Provincia de Salta. El Tribunal determinó que el Estado violó los derechos a la propiedad comunitaria y a la identidad cultural, a un medio ambiente sano, a la alimentación adecuada y al agua, por la falta de efectividad de medidas estatales para detener actividades que resultaron lesivas a estos derechos.

El caso es de suma importancia porque es la primera vez que la Corte se pronuncia en

un caso contencioso sobre los derechos a un medio ambiente sano, a la alimentación adecuada, al agua y a la identidad cultural en forma autónoma a partir del artículo 26 de la Convención Americana de Derechos Humanos (en adelante CADH o Convención). Estos DESCAs no sólo son examinados en su interdependencia, sino también, respecto a los pueblos indígenas específicamente. Además de ello, la sentencia es un antecedente clave para los derechos humanos porque ordena diferentes medidas de reparación específicas al Estado en cuanto a sus marcos normativos y políticas públicas.

Recordemos que la CIDH es un tribunal regional que tiene por objetivo aplicar e interpretar la CADH, también llamada Pacto de San José de Costa Rica, que ha sido ratificada por Argentina y tiene jerarquía constitucional conforme al artículo 75 inciso 22 de la Constitución Nacional (reforma de 1994). La Corte tiene tres tipos de funciones: consultiva, la de dictar medidas provisionales y contenciosa, competencia que ha reconocido Argentina.

Se trata de un fallo extenso, de más de 100 páginas, que no ha sido sencillo reducir para presentarlo en este comentario, ya que se expresan consideraciones de la Corte de fundamental importancia. Por ello, en lo que sigue, y teniendo en cuenta la extensión permitida, se hará un repaso del caso, con los hechos y el proceso que ha seguido; para luego detenernos en los argumentos brindados por la Corte al considerar el fondo de la cuestión a decidir, en particular se hará hincapié en el derecho de propiedad comunitaria indígena, el derecho a la información, la participación y acceso a la justicia; y los derechos a un medio ambiente sano, a la alimentación adecuada, al agua y a participar en la vida cultural, destacando su interpretación no restrictiva e interrelación. En el desarrollo de esta reconstrucción de las partes principales del fallo se hará especial referencia a los conflictos etnoambientales, sus características, sus causas y la vinculación con los DESCAs.

II. El caso: un recuento de los hechos y el proceso

El eje del litigio es un reclamo de propiedad de comunidades indígenas sobre tierras ubicadas en la Provincia de Salta – Argentina, en la región del Chaco Salteño (en el límite con Paraguay y Bolivia). Se trata de múltiples comunidades de diferentes pueblos indígenas que habitan una extensión de tierra (ex lotes fiscales 14 y 55) de 643 mil hectáreas aproximadamente. Se estima que en la zona ha habido presencia de comunidades indígenas de modo constante, al menos desde antes de 1629; y además hay personas criollas en esas tierras a partir de inicios del siglo XX.

Este reclamo lleva cerca de 35 años, período en el cual el Estado adoptó diferentes normas y acciones; entre las cuales la CIDH destaca que algunas de ellas, llevadas a cabo en los años 1991, 2012 y 2014, avanzaron en el reconocimiento de la propiedad indígena. A pesar de esos avances, la implementación de diferentes acciones en el territorio indígena no ha cesado. Entre ellas se destaca la presencia de población no indígena en la tierra reclamada, población criolla, que lleva a cabo diversas actividades: cría de ganado, alambrados y tala ilegal. También, sobre dichas tierras se realizan otros proyectos y obras, como ser la construcción de un puente internacional, dos rutas (una nacional y otra provincial), y la exploración de hidrocarburos.

Luego de diferentes acciones administrativas y judiciales en Argentina, el 4 de agosto de 1998 la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Comisión) recibió la petición inicial presentada por Lhaka Honhat, con el patrocinio del Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS) y el Centro por la Justicia y el Derecho Internacional (CEJIL). En el

año 2006 aprobó el Informe de Admisibilidad N°78/06; y en el año 2012 aprobó el Informe de Fondo N°2/12, con conclusiones y recomendaciones para Argentina. La Comisión concluyó que Argentina violó el derecho a la propiedad de las comunidades indígenas que forman parte de la Asociación Lhaka Honhat porque a pesar de las solicitudes presentadas por las comunidades, el Estado no sólo que nunca proveyó acceso efectivo al título de propiedad sobre su territorio ancestral; sino que además omitió emprender acciones efectivas para el control de las intromisiones en ese territorio indígena, como la deforestación, el llevar a cabo obras públicas y otorgar concesiones para la exploración de hidrocarburos sin las consultas previas, libres e informadas, ni los estudios de impacto social y ambiental previos. Además, dictaminó que violó la libertad de pensamiento y expresión y los derechos políticos, de acceso a la información y a participar en los asuntos susceptibles de afectarles. Sostuvo, también, que violó los derechos a las garantías judiciales y a la protección judicial “debido a la falta de provisión de un procedimiento efectivo para acceder a la propiedad del territorio ancestral; así como a las variaciones sucesivas en el procedimiento administrativo aplicable a la reclamación territorial indígena”.

Luego de varias prórrogas otorgadas a Argentina para el cumplimiento de las recomendaciones; en febrero de 2018 la Comisión sometió el caso a la CIDH y le solicitó que concluya y declare la responsabilidad internacional de Argentina por las violaciones establecidas en el Informe de Fondo, y que también ordene medidas de reparación.

Ya en la Corte, en mayo de 2018, el CELS y Lhaka Honhat, presentaron el escrito de solicitudes, argumentos y pruebas, donde coincidieron con las conclusiones de la Comisión, y además, alegaron la violación al derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica, a la libertad de asociación, a la libertad de circulación y de residencia y a los derechos a la identidad cultural, a la alimentación adecuada y a un medio ambiente sano, que adujeron contenidos en el artículo 26 de la Convención. En el mes de septiembre del mismo año, se presentó el escrito de contestación por parte del Estado argentino, donde opuso un argumento que denominó “excepción preliminar”, negando las violaciones alegadas y respondiendo a las solicitudes de reparación. Luego se llevó a cabo una audiencia pública en la sede de la Corte, el Tribunal recibió escritos de Amicus Curiae, también se realizó en el año 2019 una “visita a terreno” o diligencia in situ.

En definitiva, la Corte concluyó que Argentina violó las siguientes disposiciones de la CADH: 1) el artículo 21, que reconoce el derecho de propiedad, en relación con los derechos a las garantías judiciales y a la protección judicial, receptados en los artículos 8.1 y 25.1 y la obligación de adoptar disposiciones de derecho interno mandada en el artículo 2; 2) el artículo 23.1, que reconoce el derecho a la participación; 3) el artículo 26, que recoge los DESCA; y 4) el artículo 8.1, por la demora en la resolución de una causa judicial.

A partir de lo anterior, el Tribunal ordenó al Estado, como medidas de reparación, que con la mayor celeridad posible y en un plazo máximo de seis años: a) Concluya las acciones necesarias a fin de delimitar, demarcar y otorgar un título que reconozca la propiedad de las 132 comunidades indígenas sobre su territorio; b) Remueva del territorio indígena los alambrados y el ganado de pobladores criollos y concrete el traslado de la población criolla fuera de ese territorio.

Además de esas medidas específicas para el caso; la Corte dispuso que su sentencia constituye por sí misma una forma de reparación general, sentando un gran precedente

al ordenar a Argentina las siguientes cuestiones: “i) abstenerse de realizar actos, obras o emprendimientos sobre el territorio indígena o que puedan afectar su existencia, valor, uso o goce, sin la previa provisión de información a las comunidades indígenas víctimas, así como de la realización de consultas previas adecuadas, libres e informadas, de acuerdo a pautas señaladas en la Sentencia; ii) presentar a la Corte un estudio que identifique situaciones críticas de falta de acceso a agua potable o alimentación, formule un plan de acción para atender esas situaciones y comience su implementación; iii) elaborar, en un plazo máximo de un año, un estudio en el que establezca acciones que deben instrumentarse para la conservación de aguas y para evitar y remediar su contaminación; garantizar el acceso permanente a agua potable; evitar que continúe la pérdida o disminución de recursos forestales y procurar su recuperación, y posibilitar el acceso a alimentación nutricional y culturalmente adecuada; iv) crear un fondo de desarrollo comunitario e implementar su ejecución en un plazo no mayor a cuatro años; v) realizar, en un plazo máximo de seis meses, publicaciones de la Sentencia y su resumen oficial, así como actos de difusión de este último documento, inclusive por emisiones de radio, en lenguas indígenas y en español; vi) adoptar, en un plazo razonable, las medidas legislativas y/o de otro carácter que fueren necesarias para dotar de seguridad jurídica al derecho de propiedad comunitaria indígena, previendo procedimientos específicos para tal fin; vii) pagar, en el plazo de seis meses, una suma de dinero, fijada en la Sentencia, por concepto de reintegro de gastos y costas; viii) rendir al Tribunal informes semestrales sobre las medidas de restitución del derecho de propiedad, y ix) informar a la Corte en el plazo de un año sobre las medidas adoptadas para cumplir con todas las medidas ordenadas en la misma.”²

El cumplimiento íntegro de la sentencia será supervisado por la Corte, conforme a los deberes que surgen de la Convención; y dará por concluido el caso una vez que el Estado haya dado cabal cumplimiento a las medidas reparatorias ordenadas.

III. Los argumentos de la Corte: el marco normativo y conceptual de los derechos implicados

A partir de lo anterior, en este apartado, se reconstruyen los argumentos brindados por el Tribunal respecto a los derechos vulnerados, haciendo especial referencia al derecho de propiedad comunitaria indígena, que se considera la base de los demás, al derecho a la información, la participación y el acceso a la justicia, y a los derechos a un medio ambiente sano, a la alimentación adecuada, al agua y a la cultura (DESCA).

Una de las primeras cuestiones que define la CIDH es que se trata de un caso colectivo, identificando como presuntas víctimas a las 132 comunidades indígenas indicadas por los representantes (CELS y Lhaka Honhat). También deja sentado que los lotes 14 y 55 están habitados también por “criollos”, pobladores no indígenas, que no son parte formal del proceso judicial internacional; pero si lo son en un sentido material, por cuanto son parte del conflicto sustantivo relacionado con el uso y propiedad de la tierra. Por ello, tendrá en cuenta su situación en tanto resulta pertinente a efectos de analizar adecuadamente el caso planteado y procurar la efectividad de la decisión que se adopta en la sentencia.

Para organizar este extenso apartado, se seguirá el orden presentado por la Corte en la sentencia, y se irán exponiendo sus argumentos de la mano con el marco normativo de

² Resumen Oficial de la Sentencia emitido por la Corte Interamericana. Pp. 5-6. Disponible en: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/resumen_400_esp.pdf

los derechos en cuestión, además de consideraciones doctrinarias y conceptuales. Por ello, en primer lugar nos referiremos al derecho de propiedad comunitaria indígena y luego haremos hincapié en el análisis e interdependencia de los derechos a un medio ambiente sano, a la alimentación adecuada, al agua y a la identidad cultural; para finalizar, en el próximo apartado, con el análisis de los DESCA en el marco de los conflictos etnoambientales.

IV.1. El derecho de propiedad comunitaria indígena

Lillo Vera (2017) plantea que se debe comprender al territorio como un derecho colectivo de los pueblos indígenas, distinguiéndolo así del derecho a la tierra, que es un derecho individual. En este sentido, el concepto de territorio implica un espacio donde los indígenas ejercen su influencia y autodeterminación, incorporando de esta manera los elementos que conforman el hábitat indígena (suelo, subsuelo, agua, bosque, animales, etc).

El derecho al territorio, es la base de los DESCA; su vulneración afecta al resto de los derechos que se desarrollan a continuación. La protección de la relación especial de los pueblos indígenas con sus territorios, garantiza su propia subsistencia al permitir vivir en un ambiente sano, acceder al agua potable y a los alimentos adecuados. La Corte se ha referido en varias oportunidades al derecho de propiedad comunitaria indígena, y en esta sentencia cita varios precedentes.

En el caso de la “Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua” la Corte estableció que el derecho a la propiedad privada plasmado en el artículo 21 de la CADH comprende, en relación con los pueblos indígenas, la propiedad comunal de sus tierras. En ese caso, explicó que:

“entre las personas indígenas existe una tradición comunitaria sobre una forma comunal de la propiedad colectiva de la tierra, en el sentido de que la pertenencia de ésta no se centra en un individuo sino en el grupo y su comunidad. Los indígenas por el hecho de su propia existencia tienen derecho a vivir libremente en sus propios territorios; la estrecha relación que los indígenas mantienen con la tierra debe de ser reconocida y comprendida como la base fundamental de sus culturas, su vida espiritual, su integridad y su supervivencia económica”³.

Avanzando un poco más en este derecho a la propiedad de la tierra, en el caso “Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay” del año 2005, la Corte amplió lo que entiende por el derecho a la propiedad, al no sólo referirse a sus territorios, sino también a los recursos naturales ligados a su cultura que allí se encuentren y los elementos que se desprendan de ellos. En la sentencia del caso “Pueblo Saramaka Vs. Surinam”, explicó que “el derecho a usar y gozar del territorio carecería de sentido si no estuviera conectado con los recursos naturales que se encuentran dentro del territorio”. Por ello, la titularidad de la tierra está unida a la “necesidad de garantizar la seguridad y la permanencia del control y uso de los recursos naturales [...], lo que a su vez, mantiene el estilo de vida” de las comunidades. Los recursos que están protegidos por el derecho de propiedad comunitaria son los que las comunidades “han usado tradicionalmente y que son necesarios para la propia supervivencia, desarrollo y continuidad de su estilo de vida”. Por eso, la realización, por el Estado o terceros, de actividades que puedan “afectar la integridad de las tierras y recursos naturales” deben seguir ciertas pautas que el Estado debe garan-

3 Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua. Pp. 36 de la sentencia analizada

tizar: la participación efectiva de las comunidades afectadas; su beneficio en términos razonables y la previa realización de estudios de impactos sociales y ambientales⁴.

Luego de expresar la importancia y el significado del derecho al territorio para las comunidades originarias, la Corte cita nuevamente su decisión en el caso "Yake Axa Vs. Paraguay" para dejar claro que la obligación del Estado no se satisface sólo con reconocer el derecho de propiedad comunitaria, sino que debe hacerlo efectivo en la realidad. Conforme a la Corte, para que el Estado asegure la propiedad efectiva de los pueblos indígenas, debe: "a.- deslindar las tierras indígenas de otras y otorgar título colectivo de las tierras a las comunidades; b.- abstenerse de realizar actos que puedan llevar a que los agentes del propio Estado, o terceros que actúen con su aquiescencia o su tolerancia, afecten la existencia, el valor, el uso o el goce de su territorio, y c.- a su vez, garantizar el derecho de los pueblos indígenas de controlar y usar efectivamente su territorio y recursos naturales, así como de ser propietarios de su territorio sin ningún tipo de interferencia externa de terceros"⁵.

En base a dichos precedentes, y después de considerar los argumentos presentados por la Comisión y las partes respecto al reconocimiento y la determinación de la propiedad, la Corte expone que no está en discusión el derecho de propiedad de las comunidades indígenas sobre su territorio ancestral, y que ha sido reconocido en diferentes actos estatales. Lo que si debe analizar y determinar es si el Estado ha brindado seguridad jurídica adecuada al derecho de propiedad comunitaria, permitiendo el libre ejercicio y goce de ese derecho, a través de la adopción de las medidas legislativas y administrativas necesarias.

A partir de lo anterior, expresa que si bien han existido distintos actos estatales relacionados con el reconocimiento de la propiedad, ellos no han sido el resultado del desarrollo de un procedimiento reglado, establecido en forma legal y previa; y advierte sobre la complejidad y dificultades del caso para garantizar el derecho de propiedad cuando también habitan personas criollas las mismas tierras. Por lo que concluye que el derecho de propiedad de las comunidades indígenas sobre su territorio no se encuentra satisfecho.

El marco normativo que en Argentina existe y que se presenta insuficiente para garantizar el derecho a la propiedad indígena está conformado en primer lugar por la Constitución Nacional, que con la reforma de 1994 dotó de jerarquía constitucional a instrumentos internacionales de derechos humanos, entre ellos la CADH, e incorporó el artículo 75 inciso 17, donde entre las atribuciones del Congreso establece: "Reconocer la preexistencia étnica y cultural de los pueblos indígenas argentinos. Garantizar el respeto a su identidad y el derecho a una educación bilingüe e intercultural; reconocer la personería jurídica de sus comunidades, y la posesión y propiedad comunitarias de las tierras que tradicionalmente ocupan; y regular la entrega de otras aptas y suficientes para el desarrollo humano; ninguna de ellas será enajenable, transmisible ni susceptible de gravámenes o embargos. Asegurar su participación en la gestión referida a sus recursos naturales y a los demás intereses que los afecten. Las provincias pueden ejercer concurrentemente estas atribuciones."

Se trata de una cláusula fundamental, que atraviesa a todos los derechos desarrollados en la sentencia, pero se critica la falta de operatividad de la misma y su inclusión entre

4 Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam. Pp. 37 de la sentencia analizada

5 Caso Yake Axa Vs. Paraguay. Pp. 39 de la sentencia analizada.

las facultades del Congreso Nacional, en lugar de hacerlo entre los Principios, Derechos y Garantías (Moreira, 2011).

Otras leyes que hacen referencia a la cuestión del territorio indígena son: la Ley N°23.302 (1985) sobre Política Indígena y apoyo a las Comunidades Aborígenes; la Ley N°24.071 (1992) que aprobó el Convenio N°169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes; la Ley N° 26.160 (2006) de Relevamiento Territorial de Comunidades Indígenas, que fue promulgada para dar respuesta a la situación de emergencia en materia de posesión y propiedad de las tierras que ocupan las comunidades indígenas en Argentina, con el fin de lograr la regularización dominial. Aquí también se destaca el Código Civil y Comercial, Ley N°26.994, que en el artículo 18 establece: "Las comunidades indígenas reconocidas tienen derecho a la posesión y propiedad comunitaria de las tierras que tradicionalmente ocupan y de aquellas otras aptas y suficientes para el desarrollo humano según lo establezca la ley, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 75 inciso 17 de la Constitución Nacional."

Como resultado del análisis efectuado, la Corte entiende que no se ha tutelado de manera efectiva el derecho a la propiedad de las comunidades indígenas; quedando sujetas a diferentes negociaciones y decisiones gubernamentales sobre su propiedad, que, en la práctica no han concretado adecuadamente su derecho. En otras palabras, no hay seguridad jurídica respecto a la propiedad del territorio, ya que Argentina no cuenta con normativa adecuada para garantizar el derecho, además no se ha demarcado y subsiste la permanencia de terceros.

IV.2. Los derechos de acceso a la información y la participación de las comunidades originarias

Como parte del derecho a la propiedad comunitaria, tanto la Comisión como los representantes, sostuvieron que el Estado vulneró los derechos de acceso a la información y a la participación de las comunidades originarias respecto a la realización de obras públicas (puente internacional y rutas) y otorgamiento de concesiones de hidrocarburos en territorio ancestral; incumpliendo con el estudio de impacto ambiental y social que debe garantizarse de forma previa a las actividades señaladas.

La Corte ha indicado que los pueblos indígenas deben ser consultados de forma adecuada en cuestiones atinentes a sus tierras y decisiones que afecten sus derechos. De acuerdo con lo señalado por el Tribunal, respecto a obras o actividades dentro del territorio indígena, el Estado, debe cumplir con tres garantías: 1) "asegurar la participación efectiva de los pueblos o comunidades, de conformidad con sus costumbres y tradiciones, deber que requiere que el Estado acepte y brinde información, y que implica una comunicación constante entre las partes. Las consultas deben realizarse de buena fe, a través de procedimientos culturalmente adecuados y deben tener como fin llegar a un acuerdo." 2) "garantizar que no se emitirá ninguna concesión dentro del territorio a menos y hasta que entidades independientes y técnicamente capaces, bajo la supervisión del Estado, realicen un estudio previo de impacto [...] ambiental." 3) "garantizar que las comunidades indígenas se beneficien razonablemente del plan que se lleve a cabo dentro de su territorio."

En base al análisis que expone, la Corte concluye que Argentina no cumplió su obligación de procurar mecanismos adecuados de consulta libre, previa e informada a las comuni-

dades indígenas afectadas; vulnerando así su derecho de propiedad y a la participación, pero no se pronuncia sobre la posible lesión al derecho a acceder a la información. Si bien en la sentencia se analiza como un tercer eje respecto al fondo: las garantías judiciales y el acceso a la justicia, consideramos que es posible hacer referencia aquí, porque se encuentra íntimamente vinculado con los derechos anteriores.

Respecto a estos derechos de acceso, es fundamental destacar la reciente entrada en vigencia (22/4/2021) del Acuerdo Regional sobre el Acceso a la Información, la Participación Pública y el Acceso a la Justicia en Asuntos Ambientales en América Latina y el Caribe⁶, conocido como Acuerdo de Escazú. Fue ratificado por Argentina a través de la Ley N°27566, y viene a fortalecer los llamados derechos de acceso en cuestiones ambientales: a la información, a la participación y a la justicia. Constituye el primer Tratado de Derechos Humanos de América Latina y el Caribe en materia de protección ambiental, y hace especial énfasis en garantizar la protección de los defensores de derechos humanos en asuntos ambientales y en la igualdad para el acceso a los derechos mencionados.

En el marco de los conflictos etnoambientales, el Acuerdo de Escazú se presenta como un instrumento de fundamental importancia para la defensa del territorio por parte de los pueblos indígenas, ya que en sus batallas son asediados por los grandes poderes e intereses de quienes promueven las actividades extractivas, luchando en condiciones desfavorables. Esto provoca que sus "líderes y lideresas, así como numerosos aliados en estas luchas, sufran agresiones y amenazas que pueden llegar a graves daños físicos o incluso la muerte" (Hualpa, 2020: 17).

Para garantizar esa igualdad de condiciones en el acceso a la información, el artículo 5, hace especial hincapié en las personas o grupos en situación de vulnerabilidad, y los pueblos indígenas y grupos étnicos; estableciendo que los Estados deben facilitar el acceso considerando sus condiciones y especificidades, garantizando que reciban asistencia para formular sus peticiones y obtener respuesta. Respecto a la participación pública en los procesos de toma de decisiones ambientales, el artículo 7 establece que los Estados Parte del Acuerdo deben garantizar en su implementación el respeto de su legislación nacional y de sus obligaciones internacionales relativas a los derechos de los pueblos indígenas y comunidades locales.

El derecho a la consulta previa indígena tiene ciertas características determinadas por instrumentos internacionales⁷. Entre esos elementos esenciales se destacan: carácter previo, buena fe y finalidad de llegar a un acuerdo, procedimiento culturalmente adecuado y accesible, informada previamente, y el consentimiento debe ser libre, previo e informado⁸.

Como se expresó en la introducción, estos conflictos etnoambientales presentan un gran desafío para el acceso a la justicia, que no está libre de diversos obstáculos, constituyendo uno de ellos la adecuación cultural del proceso, exigencia derivada también del artículo 75 inciso 17 y del artículo 12 del Convenio N°169 de la OIT, que específicamente expresa: "Los pueblos interesados deberán tener protección contra la violación de sus

6 Este Acuerdo viene a desarrollar y hacer efectivo el Principio 10 de la Declaración de Río 92

7 El marco normativo del consentimiento libre, previo e informado está dado por una serie de instrumentos legales internacionales, entre los se encuentran la Declaración de las Naciones Unidas sobre Derechos de los Pueblos Indígenas, el Convenio 169 de la OIT y el Convenio sobre la Diversidad Biológica.

8 Amicus Curiae presentado ante la CIDH por la Fundación Ambiente y Recursos Naturales (FARN) en el año 2019.

derechos, y poder iniciar procedimientos legales, sea personalmente o bien por conducto de sus organismos representativos, para asegurar el respeto efectivo de tales derechos. Deberán tomarse medidas para garantizar que los miembros de dichos pueblos puedan comprender y hacerse comprender en procedimientos legales, facilitándoles, si fuere necesario, intérpretes u otros medios eficaces.” Esta adecuación cultural implica que por ejemplo la lengua no deba ser un obstáculo para el acceso, que adquieren particular relevancia las pericias antropológicas, que se requiere una especial formación de los operadores jurídicos, que debe haber intérpretes y traductores indígenas en estos procesos, entre otras cuestiones.

Respecto a lo anterior, el párrafo 4 del artículo 8 del Acuerdo de Escazú, establece que para facilitar el acceso a la justicia en asuntos ambientales, los Estados, entre otras cuestiones, establecerán, “[...] d) el uso de la interpretación o la traducción de idiomas distintos a los oficiales cuando sea necesario para el ejercicio de ese derecho.”

IV.3. Los derechos a un medio ambiente sano, a la alimentación adecuada, al agua y a participar en la vida cultural

En el caso analizado, los representantes manifestaron que el Estado vulneró los derechos al medio ambiente sano, a la identidad cultural y a la alimentación adecuada, que consideraron contenidos en el artículo 26 de la CADH. Este menoscabo se produjo por la presencia de pobladores criollos que dañaron la integridad ambiental del territorio a través de la deforestación ilegal, la colocación de alambrados y el sobrepastoreo de ganado. Señalaron que la pérdida de flora impacta en el hábitat natural de fauna silvestre, la que además compite con el ganado para el consumo de alimento y agua. Agregaron que la pérdida de flora y fauna autóctonas se ha relacionado además con la instalación de alambrados en el territorio, que “constituyen obstáculos naturales” para el desarrollo de aquellas.

Además, indicaron que “como consecuencia de la degradación ambiental” y el “cercaamiento” de los criollos, “se verifica una vulneración del derecho a la alimentación de las comunidades”. Especificaron que el ganado de los pobladores criollos se alimenta de los mismos frutos que las comunidades indígenas, además impide la regeneración de algunos árboles, consume el agua que las propias comunidades requieren para su subsistencia, y muchas veces la contaminan con sus heces, entre otras situaciones que menoscaban el derecho.

Los representantes agregaron que “la presencia de cientos de familias criollas en el territorio ancestral, la degradación ambiental [...] y la alteración de los campos de caza y recolección de las comunidades [indígenas] han tenido un efecto profundo en su identidad cultural y prácticas tradicionales”. Afirmaron que lo anterior ha provocado en las comunidades “profundas alteraciones” en “sus costumbres, sus hábitos sociales e individuales, sus prácticas económicas y sus concepciones acerca del mundo y de su propia vida”. En ese sentido, observaron que dada la especial relación de las comunidades con su tierra, “la degradación del ambiente y los cambios en la flora y la fauna, exceden del aspecto meramente económico y de subsistencia, afectando la identidad [cultural]”.

Si bien los representantes no han alegado la violación del derecho humano al agua, la Corte incorpora el mismo porque tiene competencia para analizar la posible violación de las normas de la Convención que no han sido incorporadas por las partes. Este es el primer caso contencioso en el que la Corte debe pronunciarse respecto a los

derechos a un medio ambiente sano, a la alimentación adecuada, al agua y a participar de la vida cultural a partir del artículo 26 de la Convención. Por ello, se detiene a analizar cada uno de estos derechos considerando especialmente sus particularidades respecto a los pueblos indígenas. A continuación seguiremos los apartados de análisis que realiza la Corte, para repasar los argumentos principales.

IV.3.a. El derecho a un medio ambiente sano

La Corte ya se ha manifestado respecto a este derecho en la Opinión Consultiva 23/17, y considera al derecho al medio ambiente sano como incluido en los derechos protegidos por el artículo 26 de la CADH. En la Opinión Consultiva expuso que se trata de un derecho fundamental para la existencia de la humanidad, y que no sólo es un derecho instrumental sino un derecho autónomo que protege al ambiente y sus componentes por su valor intrínseco, y no solamente por su importancia para los seres humanos (otros derechos humanos pueden ser vulnerados como consecuencia de daños al ambiente), sino para los demás organismos vivos con quienes se comparte el planeta.

La Corte destaca que como contrapartida del derecho al ambiente sano no sólo encontramos la obligación de respeto sino la de garantizar ese derecho y prevenir violaciones. En este sentido, “los Estados tienen la obligación de establecer mecanismos adecuados para supervisar y fiscalizar ciertas actividades, a efecto de garantizar los derechos humanos, protegiéndolos de las acciones de entidades públicas, así como de personas privadas.[...]”

Respecto al marco normativo, Argentina ratificó el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales “Protocolo de San Salvador”, que en su artículo 11, titulado “Derecho a un Medio Ambiente Sano” dispone que: “1. Toda persona tiene derecho a vivir en un medio ambiente sano y a contar con servicios públicos básicos. 2. Los Estados partes promoverán la protección, preservación y mejoramiento del medio ambiente.”

Particularmente, en cuanto a la relación entre los pueblos indígenas y el ambiente se ha reconocido el derecho tanto en normas del ámbito internacional como nacional. Por un lado tenemos normativas ambientales que hacen referencia a los pueblos indígenas. Aquí se destaca el Principio 22 de la Declaración de Río de Janeiro de 1992, que enfatiza el papel fundamental que tienen las poblaciones y comunidades indígenas en cuanto al cuidado del medio ambiente, debido a sus conocimientos y prácticas tradicionales. Y expresa que los Estados “deberían reconocer y apoyar debidamente su identidad, cultura e intereses y hacer posible su participación efectiva en el logro del desarrollo sostenible”.

Otra normativa a destacar del ámbito internacional es el Convenio de Diversidad Biológica, también resultado de la Cumbre de Río del 92, ratificado por Argentina (Ley N°24.375), que en el artículo 8.j. respecto a la Conservación in situ de la biodiversidad, impone al Estado respetar, preservar y mantener los conocimientos, las innovaciones y las prácticas de las comunidades indígenas y locales que entrañen estilos tradicionales de vida pertinentes para la conservación y la utilización sostenible de la diversidad.

Específicamente a nivel nacional, se destaca la Ley de Presupuestos Mínimos de Protección Ambiental de los Bosques Nativos N°26.331, que en el Capítulo 7 “Audiencia y Consulta Pública”, artículo 26, establece que la autoridad de aplicación debe tomar las

medidas necesarias para garantizar el acceso a la información y la participación de los pueblos indígenas sobre las autorizaciones que se otorgan para desmontes.

Respecto a la legislación en materia indígena que hace referencia a lo ambiental, tenemos varios documentos internacionales de gran relevancia. En primer lugar el Convenio N°169 de la OIT que destaca esta relación principalmente en los artículos 4, 7 y 15. El artículo 4 establece que deberán adoptarse, en armonía con los deseos expresados por los pueblos interesados, todas las medidas necesarias para salvaguardar el medio ambiente. El artículo 7, se refiere al proceso de desarrollo y el derecho de los pueblos indígenas de decidir en base a sus propias prioridades para que no afecte sus vidas, creencias, bienestar espiritual y tierras que ocupan. Además, estos pueblos deben participar en la formulación, aplicación y evaluación de los planes y programas de desarrollo nacional y regional susceptibles de afectarles directamente. Y en el punto 3, especialmente determina "Los gobiernos deberán velar porque, siempre que haya lugar, se efectúen estudios, en cooperación con los pueblos interesados, a fin de evaluar la incidencia social, espiritual y cultural y sobre el medio ambiente que las actividades de desarrollo previstas puedan tener sobre esos pueblos. Los resultados de estos estudios deberán ser considerados como criterios fundamentales para la ejecución de las actividades mencionadas." Y el punto 4 establece: "Los gobiernos deberán tomar medidas, en cooperación con los pueblos interesados, para proteger y preservar el medio ambiente de los territorios que habitan."

Por último, el artículo 15 protege especialmente los derechos de los pueblos indígenas a los recursos naturales existentes en sus tierras. Expresa que las comunidades tienen derechos a participar en la utilización, la administración y la conservación de dichos recursos. En el punto 2 hace expresa referencia a los recursos naturales que pertenecen al Estado, y obliga a los gobiernos a garantizar procedimientos para la consulta a los pueblos interesados antes de autorizar cualquier programa de prospección o explotación de los recursos existentes en sus tierras, con el fin de determinar si los intereses de los pueblos indígenas serían afectados y en qué medida. Además de lo anterior, indica que los pueblos indígenas deberán participar en los beneficios que reporten esas actividades siempre que sea posible; y percibir una indemnización en caso de sufrir un daño como consecuencia de esas actividades.

También se destacan en este marco internacional las dos Declaraciones sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas. Por un lado, la Declaración de las Naciones Unidas, en su artículo 29 determina que: "1. Los pueblos indígenas tienen derecho a la conservación y protección del medio ambiente y de la capacidad productiva de sus tierras o territorios y recursos. Los Estados deberán establecer y ejecutar programas de asistencia a los pueblos indígenas para asegurar esa conservación y protección, sin discriminación." Y luego vincula el derecho al ambiente y la salud de las comunidades originarias al referirse a los materiales peligrosos que puedan encontrarse en las tierras o territorios indígenas. También el artículo 32 de este documento se refiere a la protección del territorio y los recursos naturales, de la siguiente manera: "1. Los pueblos indígenas tienen derecho a determinar y elaborar las prioridades y estrategias para el desarrollo o la utilización de sus tierras o territorios y otros recursos. 2. Los Estados celebrarán consultas y cooperarán de buena fe con los pueblos indígenas interesados por conducto de sus propias instituciones representativas a fin de obtener su consentimiento libre e informado antes de aprobar cualquier proyecto que afecte a sus tierras o territorios y otros recursos, particularmente en relación con el desarrollo, la utilización o la explotación de recursos

minerales, hídricos o de otro tipo. 3. Los Estados proveerán mecanismos eficaces para la reparación justa y equitativa por cualquiera de esas actividades, y se adoptarán medidas adecuadas para mitigar las consecuencias nocivas de orden ambiental, económico, social, cultural o espiritual.”

Por otro lado, la Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, establece en el artículo XIX específicamente el derecho a la protección del medio ambiente sano, y consideramos significativa su cita completa, porque introduce las ideas de vivir en armonía, de espiritualidad, cosmovisión y bienestar colectivo que son indispensables para la vida de los pueblos indígenas.

“1. Los pueblos indígenas tienen derecho a vivir en armonía con la naturaleza y a un ambiente sano, seguro y sustentable, condiciones esenciales para el pleno goce del derecho a la vida, a su espiritualidad, cosmovisión y al bienestar colectivo. 2. Los pueblos indígenas tienen derecho a conservar, restaurar y proteger el medio ambiente y al manejo sustentable de sus tierras, territorios y recursos. 3. Los pueblos indígenas tienen el derecho de ser protegidos contra la introducción, abandono, dispersión, tránsito, uso indiscriminado o depósito de cualquier material peligroso que pueda afectar negativamente a las comunidades, tierras, territorios y recursos indígenas. 4. Los pueblos indígenas tienen derecho a la conservación y protección del medio ambiente y de la capacidad productiva de sus tierras o territorios y recursos. Los Estados deberán establecer y ejecutar programas de asistencia a los pueblos indígenas para asegurar esa conservación y protección, sin discriminación.”

IV.3.b. El derecho a la alimentación adecuada

La Corte considera que este derecho “protege, esencialmente, el acceso de las personas a alimentos que permitan una nutrición adecuada y apta para la preservación de la salud”. Luego cita lo señalado por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Comité DESC) que expresa “el derecho se ejerce cuando las personas tienen acceso físico y económico, en todo momento, a la alimentación adecuada o a medios para obtenerla, sin que deba interpretarse [...] en forma estrecha o restrictiva asimilándolo a un conjunto de calorías, proteínas y otros elementos nutritivos concretos”. En este concepto subyacen las ideas no sólo de seguridad, sino también de soberanía alimentaria.

Este derecho a la alimentación adecuada, a diferencia del anterior, no está receptado expresamente en un artículo de nuestra Constitución Nacional, pero sí a través de diferentes instrumentos internacionales que tienen jerarquía constitucional conforme al artículo 75 inciso 22. Entre ellos, podemos destacar, siguiendo a la Corte, la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre que en el artículo XI dispone que “toda persona tiene derecho a que su salud sea preservada por medidas sanitarias y sociales, relativas a la alimentación”. El artículo 12.1 del Protocolo de San Salvador, expresa que “toda persona tiene derecho a una nutrición adecuada que le asegure la posibilidad de gozar del más alto nivel de desarrollo físico, emocional e intelectual”. La Declaración Universal de Derechos Humanos, en su artículo 25.1 prevé que: “toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familiar, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación”. En términos similares, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y culturales expresa que “los Estados Partes [...] reconocen el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia, incluso alimentación” (artículo 11.1).

IV.3.c. El derecho al agua

Respecto al contenido de este derecho, la Corte sigue lo expresado por el Comité DESC, al citar: “[...] el derecho humano al agua es el derecho de todos a disponer de agua suficiente, salubre, aceptable, accesible y asequible para el uso personal y doméstico. Un abastecimiento adecuado de agua salubre es necesario para evitar la muerte por deshidratación, para reducir el riesgo de las enfermedades relacionadas con el agua y para satisfacer las necesidades de consumo y cocina y las necesidades de higiene personal y doméstica”.

La Corte, continua tomando las palabras del Comité DESC al decir que el derecho al agua comprende tanto libertades como derechos. Libertades en el sentido de no tener injerencias y mantener el acceso a un suministro de agua. Los derechos se vinculan a “un sistema de abastecimiento y gestión del agua que ofrezca a la población iguales oportunidades de disfrutar del derecho”. Se destaca la concepción del agua como un bien social y cultural, dejando de lado la visión de un recurso natural como un bien económico propia de la racionalidad instrumental. En el mismo documento, el Comité DESC expresa que este derecho debe dar cumplimiento a tres factores: la disponibilidad, la calidad y la accesibilidad.

Respecto a las obligaciones que conlleva el derecho al agua, y que en este caso interesa especialmente al tratarse del Estado, la Corte ha indicado que implica tanto obligaciones de realización progresiva como inmediatas, y concuerda con el Comité DESC al señalar que se debe prestar especial atención a las personas y grupos vulnerables, que tradicionalmente han tenido dificultades para ejercer este derecho, entre ellos los pueblos indígenas.

Respecto al marco normativo, la Corte plantea lo mismo que en el derecho anterior. Nuestro país no reconoce de manera expresa en su Constitución el derecho al agua, pero lo hace a través de la jerarquía constitucional que le otorgó a los instrumentos de derechos humanos (artículo 75 inciso 22). Entre ellos, la Corte destaca que en los instrumentos generales no hay un reconocimiento expreso del derecho al agua, pero se lo entiende incluido al referirse, por ejemplo, el artículo 25 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos al derecho a “un nivel de vida adecuado”, al igual que el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en el artículo 11. Entre los que si hacen referencia expresa se encuentran tratados referidos a aspectos específicos de protección de los derechos humanos, como la Convención sobre los Derechos del Niño, en el artículo 24; o la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer en el artículo 14.

IV.3.d. El derecho a participar en la vida cultural

El derecho a participar en la vida cultural, incluye el derecho a la identidad cultural. En cuanto al concepto de cultura, la Corte cita lo señalado por la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO), que la ha definido como “el conjunto de los rasgos distintivos espirituales y materiales, intelectuales y afectivos que caracterizan a una sociedad o a un grupo social y que abarca, además de las artes y las letras, los modos de vida, las maneras de vivir juntos, los sistemas de valores, las tradiciones y las creencias”. Sostiene que la diversidad cultural debe ser protegida por los Estados, ya que, en palabras de la UNESCO: “constituye el patrimonio común de la humanidad y deber ser reconocida y consolidada en beneficio de las generaciones presentes y futuras”.

La Corte entiende que “el derecho a la identidad cultural tutela la libertad de las personas, inclusive actuando en forma asociada o comunitaria, a identificarse con una o varias sociedades, comunidades, o grupos sociales, a seguir una forma o estilo de vida vinculado a la cultura a la que pertenece y a participar en el desarrollo de la misma. En ese sentido, el derecho protege los rasgos distintivos que caracterizan a un grupo social, sin que ello implique negar el carácter histórico, dinámico y evolutivo de la cultura.”

Respecto al marco normativo, la Constitución Nacional, estableció en el artículo 75 inciso 17 que “[...] corresponde al Congreso [...] reconocer la preexistencia étnica y cultural de los pueblos indígenas argentinos” y “[...] garantizar el respeto a su identidad”; esto implicó que Argentina comience a reconocerse como un Estado pluriétnico y a proteger la diversidad cultural existente en su interior. Además, como se resaltó en los demás derechos, a partir de la reforma de 1994 se otorgó a los tratados internacionales de derechos humanos jerarquía constitucional. Y aquí se destaca el artículo XIII de la Declaración Americana que indica “[...] toda persona tiene el derecho de participar en la vida cultural de la comunidad”; y el artículo 14.1 del Protocolo de San Salvador que reconoce “el derecho de toda persona a [...] participar en la vida cultural”. En el ámbito universal, la Declaración Universal de los Derechos Humanos, en su artículo 27.1, dispone que: “[...] toda persona tiene derecho a tomar parte libremente en la vida cultural de la comunidad”. El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en su artículo 15.1.a. señala “el derecho de toda persona a [...] participar en la vida cultural”. Además, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos prevé en su artículo 27 que “[...] en los Estados en que existan minorías étnicas, religiosas o lingüísticas, no se negará a las personas que pertenezcan a dichas minorías el derecho que les corresponde, en común con los demás miembros de su grupo, a tener su propia vida cultural, a profesar y practicar su propia religión y a emplear su propio idioma”. Por último, el artículo 31 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas protege expresamente el patrimonio cultural.

V. Los DESCA y los conflictos etnoambientales

Como se expresó en la introducción, en los conflictos etnoambientales se entrelazan cuestiones indígenas y ambientales, por lo que requieren un enfoque especial. Han sido definidos como “[...] un tipo de disputa que tiene que ver con el tema ambiental, y en que influye la diversidad étnica de sus actores” (Lillo Vera, 2017: 28). En otras palabras, “se trata de conflictos en los que confluyen dos tipos de derechos, los ambientales y los indígenas, ambos con especial protección constitucional (arts. 41 y 75 inc. 17, CN) y estrechamente vinculados, tal como ha advertido la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la Opinión Consultiva OC-23/17, en la que reconoce a las comunidades indígenas como grupos especialmente vulnerables a los daños ambientales” (Chiacchiera Castro, 2019: 1).

Las causas de su proliferación en las últimas décadas son diversas, siguiendo a Chiacchiera Castro (2019), distinguimos: económicas, culturales y jurídicas. Respecto a las causas económicas, la autora señala que hay coincidencia entre los territorios indígenas y la riqueza natural, lo que los convierte en un sector especialmente afectado por las disputas por el control de los recursos naturales, constituyendo los espacios “más rentables” para los inversionistas (Lillo Vera, 2017: 29). En cuanto a las causas culturales, destaca que hay cosmovisiones muy diferentes que subyacen en este tipo de conflictos que se muestran en la diferente concepción del medio ambiente entre la racionalidad antropocéntrica occidental y la visión cosmocéntrica indígena. Finalmente, entre las causas

jurídicas, Chiacchiera Castro destaca el “reconocimiento de los pueblos indígenas como sujetos de derechos, con personalidad jurídica propia, que pueden reclamar sus derechos en clave colectiva, los que encuentran ahora sustento en normas constitucionales y convencionales” (2019: 2).

Siguiendo a Lillo Vera (2017) entre las características de los conflictos etnoambientales se destacan: 1) el escenario desigual en el que se desenvuelven, debido a la gran diferencia de poder entre las partes, donde generalmente, de un lado tenemos una empresa o al mismo gobierno con un proyecto económico de explotación de los recursos naturales, y por otro lado, tenemos a las comunidades locales, especialmente indígenas, muy vulnerables⁹; 2) el constituir una lucha por el control y uso de los recursos naturales más que por la conservación ambiental en sí.

A partir de lo anterior, el autor especifica la definición de los conflictos etnoambientales como “aquellos que se dan entre el Estado y/o las empresas privadas con los pueblos indígenas, por el control de los recursos. Donde, la explotación irracional contenida en proyectos industriales planteados desde una perspectiva utilitarista, provoca no sólo el deterioro del medio ambiente (desde una perspectiva ecológica), sino también la calidad de vida de las poblaciones que habitan esos espacios, lo que constituye una vulneración de los derechos de los pueblos indígenas” (Lillo Vera, 2017: 30).

Como se expresó al hacer referencia al Acuerdo de Escazú, considerando estos conflictos particularmente en nuestra región, América Latina, cada vez es más grave la realidad de amenazas a los derechos y formas de vida de las comunidades indígenas. “Las decisiones y políticas relativas al uso y acceso a bienes ambientales, esenciales para la supervivencia física, cultural y espiritual de los pueblos indígenas, se encuentran en el centro de esta conflictividad” (Salles Cavedon Capdeville y Berros, 2020: 15). En otras palabras, “muchos de los ataques a personas defensoras de derechos humanos ambientales surgen en contextos de conflictos socioambientales por proyectos de desarrollo, sean privados o públicos, que buscan explotar y extraer los recursos naturales cerca de —o en— las tierras comunitarias y territorios de los pueblos y comunidades rurales o indígenas sin su consentimiento. [...]Esta situación genera conflictos y disputas por el territorio y los bienes naturales entre las comunidades que se sienten despojadas de su propiedad, territorio y patrimonio cultural y espiritual; las empresas que buscan el retorno económico de su inversión y detentan permisos y concesiones que permiten la realización de los megaproyectos, y las autoridades del Estado que, por un lado, otorgan esos permisos y, por el otro, tienen la obligación de respetar y garantizar los derechos humanos de la población que vive en esos territorios.” (Leyva Hernández y Cerami, 2020: 264-265).

En este marco de los conflictos etnoambientales, la sentencia de la CIDH que comentamos, ha dado importantes avances respecto a los DESCA; ya que, si bien, tenían reconocimiento de manera indirecta o por conexidad (por su vínculo con determinados derechos civiles y políticos), en este caso el Tribunal reconoce que los DESCA son plena y directamente justiciables (Rossi, 2020), lo que permite conocer y delimitar las obligaciones de los Estados para garantizar estos derechos (Ronconi y Barraco, 2021).

9 Aquí cabe destacar que, en el caso analizado, no se trata de un gran proyecto extractivo o de inversión en el territorio indígena, sino que sus derechos se ven afectados de manera particular por la presencia de población criolla en esas tierras, quienes también se encuentran en una situación de vulnerabilidad, y es lo que hace el caso más complejo aún.

Ronconi y Barraco (2021) destacan dos aportes de la sentencia que, a su entender, tienen una incidencia directa en la justiciabilidad y exigibilidad de los DESCAs en la región: 1) La afirmación de la interdependencia, autonomía e indivisibilidad de los DESCAs, y la consecuente determinación de reparaciones en materia de DESCAs; 2) La obligación de garantía respecto a los DESCAs.

1) Respecto al primer aporte, la Corte destaca la interdependencia entre el derecho a un medio ambiente sano, incluido en el artículo 26 de la CADH, y los demás derechos humanos. Recordemos que esto ya se había explicitado en la Opinión Consultiva 23/17, pero este es el primer caso donde lo aborda de manera contenciosa al derecho, y va más allá, al expresar la interdependencia entre los DESCAs que analiza en la sentencia, y que hemos explicitado: derecho al medio ambiente, derecho a la alimentación, derecho al agua y derecho a la vida cultural. Que los DESCAs sean interdependientes quiere decir que “la violación de uno puede llevar a la violación o vulneración de otro/s” (Ronconi y Barraco, 2021:...) y a su vez autónomos, significa que “su violación no puede depender de la violación de otro” (Ronconi y Barraco, 2021: ...). Esta concepción de interdependencia y autonomía entre los DESCAs afectados ha implicado que se determinen medidas de reparación independientes, pero que a su vez impactan en los demás derechos.

La Corte, en la sentencia, dedica un título específico a la interdependencia entre los derechos a un ambiente sano, a la alimentación adecuada, al agua y a la identidad cultural; mostrando que “algunos aspectos que hacen a la observancia de uno de ellos pueden estar imbricados con la satisfacción de los otros”. Resalta que el derecho a la alimentación, al agua y a participar en la vida cultural, resultan particularmente vulnerables a afectaciones ambientales. Luego, lo vincula específicamente con los pueblos indígenas, destacando el marco normativo: Convenio N°169 de la OIT, Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas y la Declaración Americana sobre Derechos de los Pueblos Indígenas. También destaca el Convenio sobre Diversidad Biológica y la Declaración de Río 92, a los que ya se ha hecho referencia.

En palabras de la Corte: “corresponde tener en consideración la interdependencia de los derechos analizados y la vinculación que presenta el goce de los mismos en las circunstancias del caso. Asimismo, tales derechos no deben ser entendidos en forma restrictiva. Ya se ha dicho [...] que el ambiente se encuentra relacionado con otros derechos, y que hay “amenazas ambientales” que pueden impactar en la alimentación, el agua y en la vida cultural. Por otra parte, no cualquier alimentación satisface el derecho respectivo, sino que la misma debe ser aceptable para una cultura determinada, lo que lleva a tener en cuenta valores no relacionados con la nutrición. La alimentación, a su vez, es indispensable para el goce de otros derechos, y su carácter “adecuado” puede depender de factores ambientales y culturales. La alimentación es, en sí, una expresión cultural. En ese sentido, puede considerarse a la alimentación como uno de los “rasgos distintivos” que caracterizan a un grupo social, quedando comprendido, por ende, en la protección del derecho a la identidad cultural a través de la salvaguarda de tales rasgos, sin que ello implique negar el carácter histórico, dinámico y evolutivo de la cultura. [...] Lo expresado es, a su vez, más evidente respecto de pueblos indígenas, en relación a los que normas específicas mandan la salvaguarda de su ambiente, la protección de la capacidad productiva de sus tierras y recursos, y a considerar como “factores importantes del mantenimiento de su cultura” actividades tradicionales y relacionadas con su economía de subsistencia, como caza, recolección y otras [...]”. Una consideración relevante que hace la Corte es

que debe entenderse, “al menos en términos apriorísticos”, que el manejo por parte de las comunidades indígenas de los recursos existentes en sus territorios es favorable a la preservación del ambiente.

Teniendo presente que el eje de la revista es el derecho a la salud, en esta interrelación, no se puede dejar de hacer referencia a una nota al pie de la sentencia, en donde la Corte deja sentado que el derecho a la salud se incluye en el artículo 26 de la Convención, y que la relación entre alimentación, salud (a lo que se agregaría ambiente) resulta evidente. Luego, recuerda lo expresado en la Opinión Consultiva 23/17 donde indicó que entre las condiciones necesarias para una vida digna se encuentran el acceso y calidad del agua, alimentación y salud. Ha advertido que “entre dichas condiciones cabe destacar que la salud requiere de ciertas precondiciones necesarias para una vida saludable, por lo que se relaciona directamente con el acceso a la alimentación y al agua”, y que “la contaminación ambiental puede causar afectaciones a la salud”, por lo que la protección del ambiente se relaciona directamente con el acceso a la alimentación, al agua y a salud. En el mismo documento, la Corte ha expresado que el derecho al agua está “entre los derechos particularmente vulnerables a afectaciones ambientales”. La Corte también cita la explicación del Comité DESC sobre el vínculo del derecho al agua con los demás derechos, donde señala la importancia de “garantizar un acceso sostenible a los recursos hídricos con fines agrícolas para el ejercicio del derecho a una alimentación adecuada”. Luego, expuso que “los Estados [...] deberían garantizar un acceso suficiente al agua para la agricultura de subsistencia y para asegurar la de subsistencia de los pueblos indígenas”. Sostuvo que “la higiene ambiental, como aspecto del derecho a la salud [...] entraña la adopción de medidas no discriminatorias para evitar los riesgos para la salud que representa el agua insalubre y contaminada por sustancias tóxicas”.

2) En cuanto al segundo aporte, la Corte remarca de manera explícita la obligación de garantía que existe respecto de los DESCA, lo que constituyó un elemento clave para determinar la responsabilidad del Estado, “ya que lo que la Corte determinó fue, justamente, la falta de medidas eficaces por parte de Argentina para impedir que los criollos interfirieran en el disfrute de los DESCA por parte de las comunidades indígenas. Esto implica, indudablemente, un avance concreto para los DESCA en el contexto latinoamericano. [...] Los Estados no solo deben adoptar políticas para dar debido cumplimiento a los DESCA, sino también garantizar su no vulneración por parte de terceros. Esto puede tener un impacto muy grande en la región en lo que se refiere al derecho a la salud, a la educación y a la vivienda, donde muchas veces los particulares tienen un rol central en su gestión.” (Ronconi y Barraco, 2021: 16-17).

VI. Consideraciones finales

Como corolario del recorrido realizado, se puede destacar que la Sentencia de la CIDH en el caso “Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) vs. Argentina” constituye un precedente clave en la protección de los DESCA en general, y de los pueblos indígenas en particular. En este caso, además de pronunciarse sobre los derechos civiles y políticos, ampliando la interpretación del artículo 21 de la CADH sobre el derecho a la propiedad comunitaria de los pueblos originarios; se pronunció respecto a la justiciabilidad directa de los DESCA incluidos en el artículo 26 de la CADH, particularmente: el derecho al medio ambiente sano, a una alimentación adecuada, al agua y a participar en la vida cultural. En otras palabras, esta sentencia es de suma relevancia porque es la primera contra el Estado Argentino vinculado a los derechos de los pueblos indígenas, y además, es la primera vez que en un

caso contencioso la Corte analiza esos derechos de forma interdependiente y autónoma, a partir del artículo 26 de la CADH, ordenando diferentes medidas de reparación que debe cumplir Argentina, y que supervisará para su cumplimiento efectivo.

Se recuerda que el litigio tiene como reclamo principal la propiedad comunitaria de las tierras que habitan 132 comunidades indígenas; y a partir de allí, la Corte en la sentencia, con una mirada integral, ubica este derecho a la propiedad comunitaria indígena como eje y condición necesaria para el goce de los demás DESCAs analizados. Esto es de una importancia fundamental por el vínculo estrecho que tienen los pueblos indígenas con su territorio y los bienes comunes que allí se encuentran. Se trata de un vínculo con la Pachamama desde una cosmovisión totalmente diferente al uso que hacen las comunidades criollas que conviven en el mismo territorio; y por ello el problema central es esta convivencia y la afectación de los demás derechos que acarrea ese aprovechamiento de los recursos naturales. Precisamente, la complejidad especial del caso se encuentra en que no se trata de grandes y poderosos intereses privados, de inversión y explotación de los recursos naturales, sino de población criolla, campesina, que también se encuentra en situación de vulnerabilidad.

En ese marco, cabe recordar que la misma Corte destaca el indispensable rol de las comunidades indígenas para la protección del ambiente, por ello, es imprescindible garantizar su participación respecto a la gestión de los bienes naturales comunes. Tanto las decisiones judiciales (y administrativas), como la formulación e implementación de políticas públicas deben respetar la cosmovisión de estos pueblos; descolonizando las prácticas arraigadas.

Estos antecedentes internacionales, particularmente las sentencias de la CIDH, son de gran importancia ante la insuficiencia del ordenamiento jurídico nacional; ya que si bien contamos con normas, no hay un cumplimiento efectivo, lo que continua afectando los derechos de las comunidades indígenas en nuestro país y América Latina en general. Por esto, la sentencia constituye un verdadero avance jurisprudencial para que estos derechos se garanticen por el Estado.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Chiacchiera Castro, P. (2019). Conflictos etnoambientales, pueblos indígenas y Poder Judicial. *Revista El Derecho. Diario de Doctrina y Jurisprudencia*, UCA, N°14.734, 1-4.
- 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.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (2020). Sentencia "Caso Comunidades Indígenas Miembros de la Asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) vs. Argentina". Disponible en: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_400_esp.pdf
- Fundación Ambiente y Recursos Naturales (FARN) (2019), Amicus Curiae Caso: Comunidades Indígenas Miembros de la Asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) vs. Argentina. Disponible en: <https://farn.org.ar/wp-content/uploads/2020/06/FARN-Amicus-Curiae-de-Lhaka-Honhat.pdf>
- Hualpa, E. (2020). Los pueblos indígenas en Argentina y el Acuerdo de Escazú. *Revista Pulso Ambiental*, N°14, 17-19. Disponible en: <https://farn.org.ar/wp-content/uploads/2020/09/PulsoAmbiental-N%C2%BA14-Septiembre-2020.pdf>
- Leyva Hernández A. y Cerami, A. (2020). El Acuerdo de Escazú ante la situación de riesgo de las personas defensoras ambientales en América Latina y el Caribe. En Prieur M., Sozzo, G. y Nápoli, A. (Ed.) *Acuerdo de Escazú. Hacia la democracia ambiental en América Latina y el Caribe* (pp.626-270). Disponible en: https://bibliotecavirtual.unl.edu.ar:8443/bitstream/handle/11185/5688/1-Libro%20ESCAZU%CC%81_Digital_BV.pdf?sequence=1&isAllowed=y
- Lillo Vera, R. (2017). Conflictos ambientales en territorios indígenas. Disponible en: <http://www.estudiosindigenas.cl/trabajados/lillo.pdf>.
- Moreira, M. (2011). El Derecho de los Pueblos Indígenas, los cambios constitucionales y la interpretación judicial en la Argentina. *Revista Argentina de Teoría Jurídica*, V.12. Disponible en: <https://repositorio.utdt.edu/handle/utdt/10686>
- Ronconi L. y Barraco M. (2021). La consolidación de los DESCAs en la Corte Interamericana de Derechos Humanos: reflexiones a propósito del caso Lhaka Honhat vs. Argentina. *Revista de la Facultad de Derecho*, N°50. Disponible en: <https://revista.fder.edu.uy/index.php/rfd/article/view/773/1389>
- Rossi, J. (2020). Punto de inflexión en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre DESCAs. El camino de la justiciabilidad directa: de "Lagos del Campo" a "Asociación Lhaka Honhat". *Revista Pensar en Derecho*, N°16, 183-235. Disponible en: <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/pensar-en-derecho/revistas/16/punto-de-inflexion-en-la-jurisprudencia-de-la-cidh-sobre-desca.pdf>
- Salles Cavedon Capdeville F. y Berros M. (2020). Introducción. En Prieur M., Sozzo, G. y Nápoli, A. (Ed.) *Acuerdo de Escazú. Hacia la democracia ambiental en América Latina y el Caribe* (pp.14-18). Disponible en: https://bibliotecavirtual.unl.edu.ar:8443/bitstream/handle/11185/5688/1-Libro%20ESCAZU%CC%81_Digital_BV.pdf?sequence=1&isAllowed=y

LA JUSTICIABILIDAD DE LOS DESCA. UNA APROXIMACIÓN AL DERECHO A CONDICIONES EQUITATIVAS Y SATISFACTORIAS QUE GARANTICEN LA SALUD DE LAS PERSONAS TRABAJADORAS

THE JUSTICIABILITY OF THE ESCER. AN
APPROACH TO THE RIGHT TO JUST AND
FAVOURABLE CONDITIONS THAT GUARANTEE
THE HEALTH OF WORKERS

Andrés Oscar De Cicco¹

DOI: [https://doi.org/10.37767/2591-3476\(2021\)08](https://doi.org/10.37767/2591-3476(2021)08)

Comentario a

Caso Spoltore vs. Argentina. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas.
Sentencia de 9 de junio de 2020

Corte Interamericana de Derechos Humanos

Disponible en

<https://bit.ly/3EAE2vz>

RESUMEN:

El caso presentado ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos se vincula con la demora y la denegación de justicia sufrida por Victorio Spoltore, en el marco de un proceso laboral derivado de una demanda por indemnización emergente de enfermedad profesional contra una empresa privada. La sentencia reviste de una contundencia e importancia tanto para el Sistema Interamericano de Derechos Humanos como para los sistemas jurídicos locales de la región ya que, por primera vez, se reconoce el derecho a condiciones equitativas y satisfactorias que aseguren la salud en el trabajo como un derecho humano autónomo. En lo esencial, el máximo tribunal de derechos humanos de la región condena a un Estado miembro como responsable directo por la violación

¹ Abogado (UNC); Magíster en Gobernanza y Derechos Humanos (Universidad Autónoma de Madrid); Maestrando en Derecho Internacional de los Derechos Humanos (UBA). Mail: decicoandres@gmail.com. ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0001-7833-6266>.

del art. 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que consagra los denominados derechos económicos, sociales, culturales y ambientales en conexión con el acceso a la justicia y con la obligación de respetar, proteger y garantizar dichos derechos.

ABSTRACT

The case presented before the Inter-American Court of Human Rights is related to the delay and denial of justice suffered by Victorio Spoltore, in the framework of a labor action originated from a claim for compensation arising from occupational disease against a private company. The judgment is a significant precedent both for the inter-American system and for the local legal systems of the region since, for the first time, the right to just and favourable conditions that ensure the health of a worker is recognized as an autonomous human right. In essence, the highest court of human rights in the region condemns a member state as directly responsible for the violation of art. 26 of the American Convention on Human Rights, which establishes the economic, social, cultural and environmental rights in connection with access to justice and the obligation to respect, protect and guarantee these rights.

PALABRAS CLAVE: Derechos humanos; DESCA; justiciabilidad; derecho a condiciones equitativas y satisfactorias; derecho a la salud.

KEY WORDS: Human rights; ESCR; justiciability; right to just and favourable conditions to work; right to health

I. Introducción

El caso se centra en la figura de la presunta víctima Victorio Spoltore, argentino, fallecido en 2012, quien desde 1963 desempeñó tareas bajo relación de dependencia para la empresa privada Cacique Camping S.A. en la Provincia de Buenos Aires, Argentina. En 1985, ante los tribunales nacionales del país, Spoltore interpone una demanda laboral contra la empresa empleadora solicitando el pago de una indemnización por enfermedad e incapacidad laboral y daño moral. Agotadas las vías recursivas internas, luego del transcurso de más de 12 años de litigio judicial en el fuero doméstico, en el 2001 el peticionante recurre a instancias internacionales e inicia el proceso judicial ante el Sistema Interamericano de Derechos Humanos alegando responsabilidad de la República de Argentina por la denegación de justicia y la demora excesiva en el proceso judicial laboral interno, amparándose en la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Fueron necesarios 18 años más para que, finalmente, el 9 de junio de 2020 la Corte Interamericana de Derechos Humanos conozca sobre el fondo del asunto y declare al Estado argentino responsable internacional de violar la Convención.

A partir del caso Lagos del Campo vs. Perú (2017), la Corte Interamericana de Derechos Humanos plantea un antes y un después en cuanto al criterio de justiciabilidad de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales en el sistema interamericano al considerar que los derechos laborales son derechos humanos autónomos y de exigibilidad inmediata reconocidos en el art. 26 de la Convención Americana sobre Derechos

Humanos. Siguiendo con esa misma línea jurisprudencial y argumentativa, en el caso puesto bajo análisis, el tribunal confirma esta postura y da un nuevo paso, al afirmar que el derecho a condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias que aseguren la salud de personas trabajadoras forma parte del derecho al trabajo y, en efecto, queda alcanzado por las disposiciones del art. 26.

Con la finalidad de comprender la trascendencia de la decisión puesta bajo análisis, será necesario conocer previamente el alcance de la exigibilidad de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales a través de su tratamiento tanto en el contexto universal como interamericano.

II. La justiciabilidad de los derechos humanos

1. En el Sistema Universal

Los derechos humanos son universales, indivisibles, irrenunciables, interdependientes y de desarrollo progresivo. Estas características son plenamente aplicables a todos los derechos fundamentales sin distinción sean civiles, políticos, económicos, sociales, culturales o ambientales. No obstante, la historia del derecho internacional público y del derecho internacional de los derechos humanos nos ha revelado que lograr la unicidad de los derechos humanos en un solo cuerpo normativo lejos estaría de ser una tarea fácil.

Con la aprobación de la Declaración Universal de Derechos Humanos en 1948² se crea una base o punto de partida de derechos fundamentales para toda la humanidad, reconociendo en un mismo manifiesto no sólo derechos civiles y políticos sino derechos económicos, sociales y culturales. Esta equiparación de derechos reviste gran importancia ya que implica la superación de la categorización de los derechos en distintas generaciones o especies pues son, en primer lugar y sin atisbo de duda, derechos humanos y, en segundo lugar, indisociables entre sí para su plena satisfacción (Salamero Teixidó, 2012: 19).

Posteriormente a la Declaración, surge la necesidad de crear un instrumento jurídicamente vinculante que contenga los derechos allí consagrados como así también la configuración de un sistema de protección y monitoreo de dichos derechos y garantías. Cabe resaltar que la tarea encomendada por la Asamblea General de Naciones Unidas a la Comisión de Derechos Humanos (hoy extinta) resultó sumamente compleja dadas las constantes demoras, estancamientos y presiones recibidas en un contexto mundial signado por la bipolaridad y la dualidad política e ideológica entre los bloques de Occidente y Oriente. Por un lado, los Estados del Este evasivos al reconocimiento de derechos civiles y políticos y, por el otro, Estados occidentales (en su mayoría liberales) con ciertas objeciones en la aplicabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales (en adelante "DESC"). Si bien en las sesiones llevadas adelante por la Comisión había un consenso general en cuanto los DESC revestían igual importancia que los derechos civiles y políticos, se entendía que estos no eran justiciables y que su método de implementación era diferente. Finalmente, con el objetivo de reconciliar opiniones opuestas y de lograr el mayor grado de compromiso entre los diferentes Estados, en 1966 la Asamblea General de Naciones Unidas termina adoptando dos instrumentos jurídicos distintos diferenciando los derechos fundamentales en dos bloques: el Pacto Internacional de Derechos Civiles

2 ONU: Asamblea General, Declaración Universal de los Derechos Humanos. Adoptado por Resolución de la Asamblea General 217 A (III), el 10 de diciembre de 1948 en París. Disponible en: <https://www.un.org/es/about-us/universal-declaration-of-human-rights>.

y Políticos³, por un lado, y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales⁴, por el otro (Salvioli, 2016: 79).

La presunta falta de justiciabilidad de los DESC es una cuestión sumamente discutida hasta nuestros días y que ha tenido sus efectos tanto en el orden internacional como en el doméstico. Pese a la existencia de un *corpus iuris* universal⁵ que consagra la interdependencia e indivisibilidad de los derechos humanos y pone en un mismo nivel de jerarquía a los derechos civiles y políticos y los DESC, desde la propia doctrina y la práctica internacional han existido diversas formas de abordar cada grupo de derechos, donde los primeros han tenido una mayor preminencia o han sido considerados como verdaderos derechos fundamentales a proteger, mientras que los segundos suelen ser reconocidos como un conjunto de buenas intenciones carentes de exigibilidad o de exigibilidad derivada.

Este tipo de discriminación en favor de los derechos civiles y políticos, por lo pronto en el sistema interamericano de protección de derechos humanos, ha quedado saldada como veremos en el próximo apartado.

2. En el Sistema Interamericano

En el marco americano, tanto la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre⁶ como la Convención Americana sobre Derechos Humanos⁷ hacen mención expresa a los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales (en adelante "DESCA"). Desde abril de 1948 la Declaración menciona entre su listado de derechos aquellos relacionados a los DESC, tales como el derecho a la constitución y protección de la familia (art. VI); derecho de protección a la maternidad y a la infancia (art. VII); derecho a la preservación de la salud y al bienestar (art. XI); derecho a la educación (art. XII); derecho a los beneficios de la cultura (art. XIII); derecho al trabajo y a una justa retribución (art. XIV); derecho al descanso y a su aprovechamiento (art. XV); derecho a la seguridad social (art. XVI); derecho de reunión (art. XXI); derecho de asociación (art. XXII).

Por su parte, la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante, "la Convención" o "CADH"), instrumento vinculante para los Estados ratificantes, hace un reconocimiento expreso en su Preámbulo en favor de la indivisibilidad e interdependencia de los derechos humanos al declarar que "con arreglo a la Declaración Universal de los Derechos Humanos, sólo puede realizarse el ideal del ser humano libre, exento del temor y de la miseria, si se crean condiciones que permitan a cada persona gozar de sus derechos económicos, sociales y culturales, tanto como de sus derechos civiles y políticos".

3 ONU: Asamblea General, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966, 16 diciembre 1966. Disponible en: <https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/ccpr.aspx>.

4 ONU: Asamblea General, Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966, 16 diciembre 1966. Disponible en: <https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/cescr.aspx>.

5 Declaración Universal de Derechos Humanos (1948) art. 22 y ss.; Conferencia de Viena con la Declaración y Programa de Acción (1993) "5. All human rights are universal, indivisible and interdependent and interrelated. The international community must treat human rights globally in a fair and equal manner, on the same footing, and with the same emphasis. While the significance of national and regional particularities and various historical, cultural and religious backgrounds must be borne in mind, it is the duty of States, regardless of their political, economic and cultural systems, to promote and protect all human rights and fundamental freedoms"; Carta Africana sobre los Derechos Humanos y de los Pueblos (1981), Preámbulo; Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (2008); Directrices de Maastricht sobre violaciones a derechos Económicos, Sociales y Culturales (1997).

6 Organización de los Estados Americanos (OEA), Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, 30 abril 1948, disponible en: <http://www.oas.org/es/cidh/mandato/Basicos/declaracion.asp>.

7 Organización de los Estados Americanos (OEA), Convención Americana sobre Derechos Humanos "Pacto de San José de Costa Rica", 22 noviembre 1969, disponible en: https://www.oas.org/dil/esp/1969_Convenci%C3%B3n_Americana_sobre_Derechos_Humanos.pdf

Sin embargo, pese a esta consagración, el contexto de la guerra fría no resultó ajeno a su configuración y como resultado la segmentación de derechos se plasmó en su articulado. De este modo, el Capítulo II concerniente a derechos civiles y políticos identifica e individualiza en particular un conjunto de derechos, mientras que el Capítulo III relativo a los DESCAs no tiene una individualización de derechos en concreto, sino que contempla un único artículo: "Art. 26: Los Estados Partes se comprometen a adoptar providencias, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, especialmente económica y técnica, para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires, en la medida de los recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados.

Como se puede apreciar, de la Convención no se desprenden cuáles son los derechos protegidos en concreto en materia DESCAs, sino que el artículo que los reconoce remite a aquellos que derivan de las disposiciones de la Carta de la OEA. Además, sin mayores precisiones, obliga a los Estados para que de forma progresiva y conforme a los recursos disponibles tomen las medidas que sean necesarias tanto en el orden interno como mediante la cooperación con otros Estados a los fines de lograr la plena efectividad y no regresividad de los DESCAs.

Con la finalidad de atenuar esta amplitud y ambigüedad planteada por el art. 26, en 1988 se adoptó el protocolo adicional a la CADH en materia de DESCAs (también llamado "Protocolo de San Salvador")⁸ fortaleciendo la vigencia y exigibilidad de estos derechos en la región, en el que se consagran una serie de derechos fundamentales como por ejemplo el derecho al trabajo; a las condiciones justas, equitativas y satisfactorias de trabajo; derechos sindicales; derecho a la salud y a la seguridad social; derecho a la educación; derecho a la alimentación; entre otras.

A partir de esta configuración, dentro del Sistema Interamericano de Derechos Humanos se debatió, por un lado, cómo debía ser interpretada esta idea de progresividad y disponibilidad de recursos a la hora de responsabilizar a un Estado parte por violación a los DESCAs y, por el otro, el alcance de su justiciabilidad, es decir si debían ser protegidos, y a su vez juzgados, de forma autónoma e independiente o de forma indirecta o derivada de los derechos civiles y políticos.

Sin embargo, cabe señalar que las particularidades mencionadas en el art. 26 no quitan que los DESCAs no sean inmediatamente exigibles o que los Estados frente a una posible falta de recursos disponibles no tengan la obligación de garantizarlos. Si los recursos fueran insuficientes, es obligación del Estado de llevar adelante programas o estrategias que aseguren su promoción o, en todo caso, eviten su regresividad. Como ha explicado MÓNICA PINTO, la progresividad apuntada no exime a los Estados partes de la obligación mínima de asegurar la satisfacción de por lo menos niveles esenciales de cada uno de los derechos protegidos; la dignidad del ser humano no puede ser compartimentada bajo ninguna circunstancia (Pinto, 2009: 57).

3. Criterio seguido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos

⁸ Organización de los Estados Americanos (OEA), Protocolo Adicional a la Convención Americana de Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, "Protocolo de San Salvador", 17 de noviembre de 1988, disponible en: <http://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/a-52.html>.

Dentro del campo de acción de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante “la Corte”, “Corte IDH” o “Tribunal de San José”), hasta no hace mucho tiempo se declaraba no competente para entender en casos de violaciones al art. 26, tal como ocurrió en el fallo “*Cinco Pensionistas vs. Perú (2003)*”, en donde se interpretaba la violación de dicho artículo de una forma derivada a la violación de un derecho civil o político reconocido en la Convención⁹. Con el paso de los años, el criterio de la Corte fue evolucionando hasta llegar a la sentencia *Acevedo Buendía vs. Perú (2009)*, donde en su fundamentación se declara competente para considerar violaciones del art. 26 ya que los términos amplios en que está redactada la Convención indican que ejerce una jurisdicción plena sobre todos los artículos y sus disposiciones. Además, la Corte sostiene que la noción de desarrollo progresivo no es óbice para que un Estado no pueda rendir cuentas. No obstante, la Corte no encontró motivos suficientes para declarar incumplido el art. 26.¹¹

Como expresa JORGE CALDERÓN GAMBOA “*muchos debates se han generado respecto de la justiciabilidad de los DESCAs en el ámbito interamericano, postulando puntos discordantes respecto de lo que suponemos que quiso decir la CADH, o bien, los efectos del Protocolo de San Salvador. También es claro que la Corte ya venía brindando “protección indirecta” de algunos DESCAs vía los derechos civiles y políticos y, en un caso, mediante el uso del Protocolo de San Salvador. Por otra parte, se presenta otro debate respecto de “la progresividad” (y no regresividad) de estos derechos, lo cual no significa que ello excluye su justiciabilidad, ni implica que no existan “obligaciones de carácter inmediato” en la vigencia de estos derechos, a las cuales les aplican las obligaciones generales de respeto y garantía del tratado*” (Calderón Gamboa, 2018: 338).

Finalmente, en este camino de interpretación sobre la exigibilidad de los DESCAs y del art. 26 de la Convención, la Corte IDH se expide en la sentencia *Lagos del Campo vs Perú (2017)*¹². Aquí el Tribunal de San José condena al Perú como responsable internacional por la violación de los derechos a la libertad de pensamiento y expresión y garantías judiciales reconocidos en la CADH y, más importante aún, condena al Estado de ser responsable por la violación –entre otros– del derecho a la estabilidad laboral, reconocido en el art. 26, y a la libertad de asociación, reconocido en los art. 16 y 26 del mismo instrumento. Es decir, con este decisorio, por primera vez la Corte condena a un Estado por la violación directa y autónoma de un derecho humano perteneciente a los DESCAs sin fundarlo en la violación de un derecho civil o político análogo. En efecto, la Corte IDH, a través de esta sentencia, proclama la interdependencia e indivisibilidad de los derechos humanos sean civiles, políticos, económicos, sociales o culturales y garantiza su integridad y, en particular, ejerce la protección judicial del derecho al trabajo de forma directa y autónoma, a la que los cuerpos normativos domésticos de cada Estado Parte deberán ajustarse.

La línea argumentativa y de interpretación que sigue el máximo tribunal interamericano en *Lagos del Campo* será luego repetida en el caso *Spoltore vs. Argentina (2020)*, objeto del presente comentario y que procederé a analizar a continuación.

9 Corte IDH. Caso “Cinco Pensionistas” vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de febrero de 2003. Serie C, núm. 98.

10 En el caso *Cinco Pensionistas vs. Perú*, la Corte fundamenta la violación del derecho a la seguridad social en el derecho a la propiedad.

11 Corte IDH. Caso *Acevedo Buendía y otros (“Cesantes y Jubilados de la Contraloría”) vs. Perú*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de julio de 2009. Serie C, núm. 198. Párr. 16, 102, 106.

12 Corte IDH. Caso *Lagos del Campo vs. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2017. Serie C, núm. 340.

III. Spoltore vs. Argentina: análisis del caso.¹³

1. Hechos. Fuero doméstico.

En mayo de 1984 el señor Spoltore sufre un infarto durante la jornada laboral en las instalaciones de la empresa Caci que Camping S.A. Como consecuencia de ello, en octubre de 1985 inicia los trámites jubilatorios por incapacidad ante la Caja de Previsión para la Industria, Comercio y Actividades Civiles. Luego de sufrir un segundo infarto en mayo de 1986, la Junta Médica finalmente determina una discapacidad del 70%. En mayo 1987, a los 50 años de edad, deja de trabajar y comienza a percibir una pensión.

El 30 de junio de 1988 Spoltore interpone demanda laboral contra le empresa solicitando indemnización por enfermedad e incapacidad laboral y daño moral. Alega que, con motivo de su trabajo diario y las presiones sufridas dentro del ámbito laboral, su salud se vio agravada debiendo solicitar el retiro anticipado por incapacidad sobreviniente. En junio de 1997, 9 años después de iniciada la acción legal, el Tribunal del Trabajo Nro. 3 del Departamento Judicial de San Isidro de la Provincia de Buenos Aires dictó sentencia rechazando las pretensiones del demandante argumentando ausencia de responsabilidad de la empresa ante la falta de pruebas.

Frente a la sentencia del tribunal de primera instancia, en septiembre de 1997 Spoltore interpuso ante la Suprema Corte de Justicia de Buenos Aires (en adelante "SCJBA") recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley y de nulidad contra la sentencia dictada por el a-quo. Finalmente, el 16 de agosto de 2000 ambos recursos son rechazados por el tribunal de alzada, finalizando así con un proceso judicial que llevó más de 12 años en su totalidad.

Paralelamente a la consecución del proceso de segunda instancia ante la SCJBA, Spoltore presentó en sede administrativa una denuncia disciplinaria ante la Inspección General de la SCJBA argumentando demora del plazo razonable y negligencia en el proceso judicial llevado adelante por el Tribunal del Trabajo. La SCJBA constató la demora en el proceso, pero resolvió que sólo cabía un llamado de atención o apercibimiento a la secretaria del tribunal por la demora en varias diligencias de trámite de la causa.

2. Fuero Internacional.

El proceso ante el Sistema Interamericano de Derechos Humanos se da inicio el 11 de septiembre de 2000 a partir de la denuncia presentada por el propio señor Spoltore a través del sistema de peticiones individuales ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante "la CIDH", "la Comisión"). El peticionario alega la responsabilidad de la República de Argentina por la violación de derechos consagrados en la Convención Americana sobre Derechos Humanos como consecuencia de la denegación de justicia y demora excesiva en el proceso judicial laboral seguido en contra de la empresa Caci que Camping S.A.¹⁴.

Luego de declarar admisible el caso, la Comisión, en su Informe de Fondo Nro. 74/17, encuentra al Estado argentino responsable por la violación de los derechos a las garantías judiciales y protección judicial en perjuicio del peticionario. Frente a ello, elabora una serie de recomendaciones al Estado y le concede un plazo de 2 meses para su cumpli-

13 Corte IDH. Caso Spoltore Vs. Argentina. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 9 de junio de 2020. Serie C No. 404.

14 Informe No. 74/17. Caso 12.656. Informe de Fondo. Victorio Spoltore Argentina. OEA/Ser.L/V/II.163 Doc. 88. 5 de julio 2017. Disponible en: <https://www.oas.org/es/cidh/decisiones/corte/2019/12656FondoEs.pdf>.

miento. Luego de siete pedidos de prórroga y ante la falta de cumplimiento efectivo de las recomendaciones por parte del Estado, en enero de 2019 la Comisión eleva el caso ante la Corte IDH. Resulta importante remarcar que desde el momento de la petición individual hasta el elevamiento de la causa pasaron más de 18 años.

Sometido el caso a jurisdicción de la Corte, los representantes legales de la presunta víctima alegaron, en coincidencia con el Informe de la Comisión, violación de garantías judiciales en virtud del art. 8.1 de la Convención¹⁵ y de protección judicial consagrada en el art. 25.1¹⁶, añadiendo que el Estado también era responsable por violación de los derechos de integridad personal, a gozar de condiciones dignas y satisfactorias de trabajo y al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental, en virtud del art. 26, así como el derecho a recurrir del fallo en virtud del art. 8.2h¹⁷, el deber de adoptar disposiciones de derecho interno y el derecho de protección familiar e integridad personal de los familiares del señor Spoltore.

El Estado demandado, por su parte, alegó como excepción preliminar la falta de agotamiento de los recursos internos, ya que entiende que los recursos interpuestos no eran los pertinentes para resolver el conflicto, sino que el demandante debió agotar la acción de daños y perjuicios contra la Provincia de Buenos Aires en virtud de lo establecido por el Código Civil argentino vigente al momento de los hechos. Asimismo, en forma subsidiaria, el Estado reconoció parcialmente su responsabilidad internacional sólo por la violación del plazo razonable y del derecho a la protección judicial atento a que *“(…) el proceso judicial en cuestión no revestía especial complejidad y que, en líneas generales, el interesado que, además no era otro que una persona con discapacidad, dio el impulso esperable al tramite”*. Y agregó *“resulta irrazonable que las autoridades judiciales hayan tardado doce años en dilucidar si le asistía derecho en la demanda por enfermedad profesional contra su empleador”*.

Como se puede observar, el caso en cuestión se centra exclusivamente en la duración del proceso judicial laboral al que se vio sometido el peticionante y presunta víctima y no en la sentencia denegatoria de indemnización por los tribunales argentinos. Frente al allanamiento parcial que realiza el Estado argentino la misión de la Corte de San José se reconfiguró, en tanto no analiza si hubo violación del plazo razonable y de la protección judicial, sino que se centra exclusivamente en los hechos que tuvieron lugar durante el proceso laboral iniciado por el señor Spoltore y en aquellos denunciados por los representantes que estuvieran íntimamente vinculados al marco fáctico en discusión.

Por lo anteriormente dicho, haciendo un análisis previo sobre la procedencia y el alcance de las violaciones invocadas por los representantes en forma autónoma, la Corte entendió que las únicas controversias jurídicas subsistentes que restaba examinar se encontraban en (i) el derecho a condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias que aseguren la salud del trabajador en relación con el acceso a la justicia, y (ii) el derecho a recurrir

15 Organización de los Estados Americanos (OEA), Convención Americana sobre Derechos Humanos "Pacto de San José de Costa Rica", 22 noviembre 1969. Art. 8.1 "Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter"

16 Organización de los Estados Americanos (OEA), Convención Americana sobre Derechos Humanos (...). Art. 25.1: "Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales."

17 Organización de los Estados Americanos (OEA), Convención Americana sobre Derechos Humanos (...). Art. 8.2h: "(...) Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: (...) h) Derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior".

un fallo ante juez o tribunal superior en un proceso laboral por enfermedad profesional.

3. Decisión.

La sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos fue por tres votos a favor, incluido el voto de la Presidenta de la Corte, y tres votos en contra. Al ser un empate, fue el voto de la Presidenta del tribunal el que decidió.

Como primera medida, el Tribunal de San José decidió rechazar la excepción preliminar esgrimida por Argentina referente a la falta de agotamiento de los recursos internos y aceptar el reconocimiento parcial de responsabilidad hecha por el Estado. Entendió que este reconocimiento de responsabilidad implica aceptación plena de competencia del Tribunal y ello es incompatible con una presunta falta de agotamiento de recursos en sede interna.

En segundo término, la Corte consideró que tanto los recursos extraordinarios interpuestos a la sentencia del tribunal laboral argentino como la denuncia disciplinaria en sede administrativa no eran lo suficientemente efectivos de dar una solución al daño causado por la demora procesal objeto del debate. Asimismo, el Estado argentino no pudo probar fehacientemente que la acción de daños y perjuicios invocada por Spoltore haya sido una vía procesal idónea y efectiva en casos de demoras judiciales excesivas en procesos laborales análogos, ni que brinden a la víctima una reparación total por el daño causado.

Seguidamente la Corte IDH decide sobre el fondo de la cuestión condenando a la República Argentina como responsable internacional de haber vulnerado los derechos reconocidos en la Convención a las garantías judiciales (art. 8.1), protección judicial (art. 25.1), en conexión con el art. 1.1, por la violación del plazo razonable en el proceso judicial laboral en perjuicio de Víctorio Spoltore. Asimismo, consideró al Estado responsable internacional de haber vulnerado el derecho a condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias que aseguren la salud del trabajador consagrada en el art. 26 de la Convención, en relación con el acceso a la justicia (art. 8.1 y 25.1), en conexión con la obligación de respetar y garantizar dichos derechos (art. 1.1).

Sin embargo, la Corte encontró que la Argentina no era responsable de violar el derecho a recurrir el fallo (art. 8.2.h) atento a que el proceso judicial iniciado por el señor Spoltore no se trataba de un proceso judicial penal que implicara privación de libertad o que fuera un proceso administrativo de naturaleza sancionatoria, sino que solo tenía por finalidad el otorgamiento de una indemnización por presunta enfermedad profesional.

Finalmente, en calidad de medidas reparatorias y siguiendo normas consuetudinarias del Derecho Internacional, instrumentos convencionales regionales de derechos humanos y la jurisprudencia de la Corte, toda violación de una obligación internacional que produzca un daño requiere el deber de repararlo. Por lo tanto, se ordenó que la Argentina publicara el resumen oficial de la sentencia en un diario de amplia circulación nacional, pagar una suma dineraria en concepto de daño inmaterial, gastos y costas en favor de los derechohabientes del señor Spoltore y el reintegro de los gastos ocasionados al Fondo de Asistencia Legal de Víctimas.

IV. El derecho a condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias que aseguren la salud del trabajador

El derecho al trabajo digno es un derecho humano que todas las personas deben gozar y su garantía es fundamental para la realización de otros derechos fundamentales en pos de una vida digna, plena y saludable. En este sentido, existe una íntima conexión entre el derecho al trabajo y el derecho a condiciones equitativas y satisfactorias de trabajo. La percepción de un salario justo y equitativo, el cumplimiento de condiciones aceptables como seguridad, salud o higiene que aseguren el trabajo, la igualdad de oportunidades laborales o el descanso pago, constituyen algunos de los derechos que garantizan que el trabajo sea ejercido equitativa y satisfactoriamente. Varios instrumentos del Sistema Universal de protección de derechos humanos así lo han reconocido¹⁸.

Por ejemplo, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales emitió la Observación General Nro.23 sobre el derecho a condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias, en donde interpreta el art. 7 del Pacto de DESC y reconoce expresamente que *"el disfrute del derecho a condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias es un requisito previo y el resultado del disfrute de otros derechos recogidos en el Pacto, por ejemplo el derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental, mediante la prevención de los accidentes laborales y las enfermedades profesionales, y el derecho a un nivel de vida adecuado, mediante una remuneración aceptable"*.¹⁹

En el sistema interamericano, a partir del fallo Spoltore vs. Argentina, la Corte IDH avanza un poco más, ya que procede por primera vez a identificar el derecho a condiciones equitativas y satisfactorias que aseguren la salud de trabajadores y trabajadoras, a definir el contenido de estas condiciones y a considerar de qué manera este derecho se ha visto vulnerado en el caso concreto. Siguiendo este razonamiento, la Corte continúa el camino que empezó a trazar a partir de la sentencia Lagos del Campo vs. Perú con los derechos laborales identificando, en este caso, el derecho a condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias que aseguren la salud del trabajador o trabajadora como un derecho autónomo que, al relacionarse con los alcances del derecho al trabajo, debe ser protegido por el art. 26 de la Convención.

Asimismo, el tribunal regional también se refirió a las disposiciones de la Carta de la Organización de los Estados Americanos²⁰, reformada por el Protocolo de Buenos Aires,

18 Declaración Universal de Derechos Humanos (1948), art. 23.1 "Toda persona tiene derecho al trabajo, a la libre elección de su trabajo, a condiciones equitativas y satisfactorias de trabajo y a la protección contra el desempleo"; Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1966), art. 7: "Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al goce de condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias que le aseguren en especial: a) Una remuneración que proporcione como mínimo a todos los trabajadores: i) Un salario equitativo e igual por trabajo de igual valor, sin distinciones de ninguna especie; en particular, debe asegurarse a las mujeres condiciones de trabajo no inferiores a las de los hombres, con salario igual por trabajo igual; ii) Condiciones de existencia dignas para ellos y para sus familias conforme a las disposiciones del presente Pacto; b) La seguridad y la higiene en el trabajo; c) Igual oportunidad para todos de ser promovidos, dentro de su trabajo, a la categoría superior que les corresponda, sin más consideraciones que los factores de tiempo de servicio y capacidad; d) El descanso, el disfrute del tiempo libre, la limitación razonable de las horas de trabajo y las vacaciones periódicas pagadas, así como la remuneración de los días festivos"; Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General Nro.18 (2005), Párr. 2 "El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales proclama el derecho al trabajo en un sentido general en su artículo 6 y desarrolla explícitamente la dimensión individual del derecho al trabajo mediante el reconocimiento, en el artículo 7, del derecho de toda persona a condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias, en especial la seguridad de las condiciones de trabajo" y Párr. 7 "El trabajo, según reza el artículo 6 del Pacto, debe ser un trabajo digno. Éste es el trabajo que respeta los derechos fundamentales de la persona humana, así como los derechos de los trabajadores en lo relativo a condiciones de seguridad laboral y remuneración. También ofrece una renta que permite a los trabajadores vivir y asegurar la vida de sus familias, tal como se subraya en el artículo 7 del Pacto. Estos derechos fundamentales también incluyen el respeto a la integridad física y mental del trabajador en el ejercicio de su empleo".

19 ONU. Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General N° 23 (2016) sobre el derecho a condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias (artículo 7 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales), 27 de abril de 2016 E/C.12/GC/23. Párr. 1. Disponible en: <https://www.escr-net.org/es/recursos/observacion-general-num-23-2016-sobre-derecho-condiciones-trabajo-equitativas-y>.

20 Carta de la Organización de Estados Americanos (OEA) (1948), reformada por el Protocolo de Buenos Aires, 27 de febrero de 1967. Disponible en: http://www.oas.org/es/sla/ddi/tratados_multilaterales_interamericanos_A-41_carta_OEA.asp.

que remite el propio art. 26 de la Convención. En dicho instrumento existen un conjunto de normas que permiten identificar al derecho a condiciones equitativas y satisfactorias que aseguren la salud de los trabajadores y trabajadoras. El artículo 45.b establece: *“El trabajo es un derecho y un deber social, otorga dignidad a quien lo realiza y debe prestarse en condiciones que, incluyendo un régimen de salarios justos, aseguren la vida, la salud y un nivel económico decoroso para el trabajador y su familia, tanto en sus años de trabajo como en su vejez, o cuando cualquier circunstancia lo prive de la posibilidad de trabajar”*. Seguidamente el artículo 46 llama a los Estados signatarios a facilitar procesos de integración regional y a la armonización de sus legislaciones especialmente en el campo laboral y de la seguridad social para que los derechos de las personas trabajadoras sean igualmente protegidos.

Por otro lado, haciendo uso del criterio amplio de interpretación otorgado por la Convención (art.29), la Corte también se vale de otros instrumentos del *corpus iuris* internacional que le permiten actualizar y ampliar el sentido de los derechos derivados de la Carta de la OEA que se encuentran expresamente reconocidos en el art. 26. Para ello acude a la Declaración Universal de Derechos Humanos²¹, a las observaciones generales del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (mencionado ut-supra) y al Convenio de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) sobre seguridad y salud de los trabajadores²². Su nivel de amplitud es tal, que incluso acude a la normativa nacional argentina a través de un análisis del art. 14 bis de la Constitución Nacional y el art. 39.1 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires.

Como resultado de todo este trabajo de interpretación holística y amalgamamiento normativo entre diferentes instrumentos, se arriba a una serie de conclusiones que definen el contenido y el alcance del derecho a la salud de las personas trabajadoras en los ámbitos del trabajo. Por un lado, el Tribunal de San José afirma que la prevención de accidentes o enfermedades profesionales por parte de los Estados es una forma de garantizar la salud del trabajador o trabajadora, y Argentina, en el caso en puesto bajo análisis, no cumplió. Por otro lado, consideró que el acceso a una justicia rápida, eficaz e idónea forma parte del derecho laboral y su violación atenta las condiciones de trabajo que aseguran la salud del trabajador o trabajadora. En consecuencia, la falta de mecanismos judiciales o extrajudiciales, o su ineficacia, atenta directamente sobre la tutela judicial efectiva y la posibilidad de que las víctimas puedan hacer valer sus pretensiones.

Adicionalmente, la Corte consideró que el señor Spoltore, si bien tuvo acceso a un mecanismo judicial de reparación, este no fue brindado de manera expedita y eficaz ni se tuvo en cuenta que se trataba de una persona en condiciones de extrema vulnerabilidad, en este caso, con una discapacidad total declarada del 70%.

Para finalizar, a la luz de la lectura dada por la Corte IDH, el derecho a condiciones equitativas y satisfactorias que aseguren la salud de las personas trabajadoras no resulta una obligación mediata o progresiva que conforme a recursos disponibles los Estados deben adoptar e ir plasmando en sus legislaciones, sino que configura una obligación de exigi-

21 Hay que recordar que tanto la Corte Interamericana de Derechos Humanos como la CIDH han sostenido que la Declaración Americana de Deberes y Derechos del Hombre, a pesar de su condición de mera declaración y no de tratado vinculante, igualmente constituye una fuente de obligación internacional para los Estados miembros de la OEA. Ver Opinión Consultiva OC-10/89 del 14 de julio de 1989. Serie A No. 10, párrs. 35-45 “Corte I.D.H. Interpretación de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en el Marco del Artículo 64 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos”.

22 Organización Internacional del Trabajo (OIT). Convenio de la Organización Internacional del Trabajo sobre seguridad y salud de los trabajadores (1981), N° 155. Disponible en: https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/?p=NORMLEXPUB:12100:0:NO::P12100_ILO_CODE:C155.

bilidad inmediata, ya que requiere la responsabilidad y el deber por parte de los Estados de adoptar medidas de acción pública que protejan a sus ciudadanos facilitando ciertas garantías judiciales, es decir que puedan hacer valer sus derechos sin discriminación, ante órganos jurisdiccionales imparciales e independientes y obtener una decisión en el menor tiempo posible. Estas obligaciones son exigibles no sólo a los fines de garantizar derechos laborales y de salud reconocidos en el art. 26, sino también en virtud de derechos ya consagrados en la Convención como el acceso a la justicia regulada en el art. 8.1 y en el art 25.1.

En definitiva, ante el incumplimiento por parte de Argentina de las garantías judiciales y la falta de protección judicial, la Corte encontró vulnerado el derecho sustantivo al trabajo en condiciones dignas que garanticen la salud de *Victorio Spoltore*.

V. Conclusiones

A propósito del caso *Lagos del Campo vs. Perú*, la Corte IDH fija posición en cuanto a que los derechos laborales se encuentran enmarcados dentro del art. 26 de la CADH, que a su vez protege los DESCAs contenidos en la Carta de la OEA y por ello son plenamente exigibles. A tales efectos, la persona trabajadora encuentra en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos una vía idónea para hacer valer sus derechos frente a un caso concreto una vez agotadas las instancias internas en sus ordenamientos locales.

Manteniendo el mismo criterio, en el fallo *Spoltore vs. Argentina*, la Corte IDH fue un poco más allá al ampliar el alcance del art. 26 e incorporar el derecho a la salud de las personas trabajadoras como un derecho fundamental. Esto tiene grandes implicancias en los Estados de la región en el sentido que deberán revisar si los sistemas judiciales e instrumentos legales locales en materia de salud en el trabajo dan respuestas efectivas a los reclamos de protección por parte de los particulares. En efecto, la decisión demuestra una clara dirección en fortalecer el marco protectorio que garantice los derechos de las personas trabajadoras, principalmente en materia de salud, estabilidad y no discriminación.

No obstante, una cuestión donde considero que la Corte debió explayarse con mayor detenimiento es en la situación de especial vulnerabilidad de *Victorio Spoltore* y la especial protección que merecía atento a las consecuencias que una demora desmedida e injustificada de un proceso judicial laboral podía ocasionarle. A tales efectos, los sistemas judiciales han sido creados para la defensa efectiva de los derechos de las personas, particularmente de aquellas que se encuentran en condición de mayor vulnerabilidad en virtud de los mayores obstáculos que tienen para su acceso o dada la posición desventajosa en que se encuentran en relación al resto dentro del proceso (Alesso y Neder, 2017: 171). En este sentido, en el año 2008, en el marco de la XIV Cumbre Judicial Iberoamericana en Brasilia, se redactaron las 100 Reglas de Brasilia sobre el acceso a la justicia de personas en condiciones de vulnerabilidad en donde el principal objetivo es que los operadores de justicia, englobando el conjunto de políticas, medidas, facilidades y apoyos, permitan a dichas personas el pleno goce de los servicios del sistema judicial .

Si bien la Corte IDH no dispuso otras medidas de reparación o de no repetición que no sean las mencionadas anteriormente, el propio fallo y la interpretación que el Tribunal de San José ha hecho de la Convención ya de por sí configura un valioso antecedente en toda la región en materia de DESCAs. En definitiva, la sentencia es en sí misma una herramienta sumamente útil de no repetición, que tanto abogados como abogadas de las

Américas podrán echar mano en representaciones y alegatos a los fines de hacer valer los derechos de sus clientes.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Alesso, L. y Neder, M. G. (2017). Proceso Judicial con Perspectiva de Vulnerabilidad. *Revista Derecho y Salud*, 1, 170-181.
- Calderón Gamboa, J. (2018). La puerta de la justiciabilidad de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales en el Sistema Interamericano: relevancia de la sentencia Lagos del Campo. En Morales Antoniazzi, M., Flores Pantoja, R. y Ferrer MacGregor, E., *Inclusión, Jus Commune y justiciabilidad de los DESCAs en la jurisprudencia interamericana. El caso Lagos del Campo y los nuevos desafíos* (pp. 333-379). México: Universidad Autónoma de México.
- Pinto, M. (2009). Integralidad de los derechos humanos. Exigibilidad de los derechos colectivos y acceso a la justicia de las personas en condición de pobreza. *Revista IIDH*, 50, 53-71.
- Salamero Teixidó, L. (2012). La protección de los Derechos Sociales en el Ámbito de las Naciones Unidas. El nuevo Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Disponible en línea en: <https://www.ohchr.org/en/issues/escr/pages/canescrbelitigatedatcourts.aspx>.
- Salvioli, F. (2016). Indivisibilidad e interdependencia de los derechos humanos como criterios rectores para el trabajo de los órganos convencionales de monitoreo: la relación contemporánea entre los pactos internacionales de los derechos civiles y políticos, y de derechos económicos, sociales y culturales. En Caçado Trindade, A., Barros Leal, C. y Zerbini Ribeiro Leão, R., *Catálogo O Cinquentenário Dos Dois Pactos de Direitos Humanos da ONU*, Vol. 1 (pp. 69-133). Ed. Fortaleza.

DE LO IDEAL A LO REAL: SENTENCIA DE LA CIDH SOBRE EL ENCARCELAMIENTO PREVENTIVO

FROM THE IDEAL TO THE REAL: THE IACHR RULING ON PRETRIAL DETENTION

Juan Cruz Chapuy¹

DOI: [https://doi.org/10.37767/2591-3476\(2021\)09](https://doi.org/10.37767/2591-3476(2021)09)

Comentario a

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Montesinos Mejía vs. Ecuador.
Sentencia del 27 de enero de 2020

Disponible en

<https://bit.ly/38oIBKR>

RESUMEN:

El 27 de enero de 2020, la Corte Interamericana de Derechos Humanos declaró responsable al Estado ecuatoriano por la violación de derechos y garantías regulados en la Convención Americana de Derechos Humanos contra el ciudadano Mario Alfonso Montesinos Mejía. En consecuencia, la Corte dispuso una serie de medidas a cumplir por el Estado responsable de dichas vulneraciones, resaltando la supremacía del ordenamiento internacional sobre el doméstico. La detención ilegal de Montesinos Mejía se prolongó desde 1992 hasta 1998.

ABSTRACT

On January 27, 2020, the Inter-American Court of Human Rights declared the Ecuadorian State responsible for the violation of rights and guarantees regulated in the American Convention on Human Rights against citizen Mario Alfonso Montesinos Mejía. Consequently, the Court ordered a series of measures to be complied with by the State responsible for such violations, highlighting the supremacy of international law over domestic law. The illegal detention of Montesinos Mejía lasted from 1992 to 1998.

¹ Abogado, Mediador (Universidad Nacional de Córdoba). Litigante del foro penal en la provincia de Mendoza. Miembro de la Asociación pensamiento Penal y de Víctimas Por la Paz. E-mail: chapuyjc@gmail.com. ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0003-4144-6554>.

PALABRAS CLAVE: convención americana- prisión preventiva- corte interamericana de derechos humanos- tribunal constitucional de garantías- plazo razonable procesos penales.

KEY WORDS: American Convention - Pretrial detention - Inter-American Court of Human Rights - Constitutional Court of Guarantees - Reasonable time limit for criminal proceedings

I. Introducción

El siguiente trabajo es un comentario a la sentencia dictada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, la Corte o el Tribunal) en la cual consideró al Estado de Ecuador (en adelante, el Estado o Ecuador) responsable de la violación de los derechos a la libertad personal, a la presunción de inocencia y a la protección judicial, como así también responsable de la violación de las obligaciones de proteger y garantizar el derecho a la integridad personal y a las garantías judiciales en contra del Sr. Montesinos Mejía, previstos en la Convención Americana de Derechos Humanos (en adelante, la Convención). A su vez, por unanimidad, determinó su responsabilidad por vulnerar los artículos 1, 6 y 8 de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura.

II. Reseña del caso

Mario Alfonso Montesinos Mejía fue detenido el 21 de junio de 1992 mientras se encontraba conduciendo su automóvil en la ciudad de Quito, Ecuador, junto a su esposa y su hermana. Durante la detención, la policía local le habría indicado a Mario Alfonso que tenían una orden de allanamiento para ingresar a su domicilio emitida por el comisario primero del Cantón de Quito. Luego de detenerlo, los agentes policiales lo llevaron a su domicilio y lo tuvieron retenido en el vehículo policial por aproximadamente dos horas, mientras se realizaba el allanamiento, que arrojó como resultado el decomiso de distintos armamentos. Tanto para su detención como para el allanamiento, no existe en el expediente orden judicial alguna que autorice dichas medidas.

Es dable destacar que la detención de Montesinos tuvo lugar en el marco de la lucha contra el narcotráfico en Ecuador, puntualmente con el Operativo “El Ciclón”, llevado a cabo por el Servicio de Inteligencia Antidroga de la Policía Nacional cuya finalidad fue desarticular una organización dedicada al narcotráfico.

Producto de su detención, su declaración (la cual se adelanta que fue obtenida mediante coacción, por lo que carece de validez) y lo decomisado en el allanamiento a su morada, se iniciaron tres procesos penales en su contra, a saber: enriquecimiento ilícito; conversión y transferencia de bienes; y testaferrismo, todos ellos conforme la ley penal ecuatoriana.

III. Procedimiento ante la Corte

El presente caso se inicia con una petición presentada ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, la Comisión) por el abogado de Montesinos, Alejandro Ponce Villacís, en contra de Ecuador el 20 de agosto de 1996. Posteriormente, la Comisión emite su Informe de Admisibilidad y Fondo, en octubre de 2017, notificando al Estado ecuatoriano el 18 de enero de 2018.

El 18 de abril de 2018, la Comisión sometió el caso a la Corte respecto de los hechos y las

violaciones de derechos humanos que constan en el Informe de Admisibilidad y Fondo.

En cuanto a la competencia de la Corte para entender y resolver el presente caso, vale recordar que, desde el 28 de diciembre de 1977, el Estado de Ecuador es parte de la Convención Americana, y reconoció la competencia contenciosa de la Corte en julio de 1984. En suma, la misma Constitución ecuatoriana reconoce esta estructura de derecho en cuanto al ordenamiento jurídico supranacional.

Cuatro fueron las excepciones preliminares que el Estado formuló en su escrito de contestación, a saber: a) la incompetencia de la Corte en razón del tiempo; b) la falta de agotamiento de recursos internos; c) la incompetencia de la Corte en razón de la materia y la utilización del Sistema Interamericano de Derechos Humanos como una cuarta instancia; y d) el control de legalidad de las actuaciones de la Comisión y la vulneración del derecho de defensa del Estado.

Todas las excepciones presentadas fueron consideradas y rechazadas por la Corte que fundó minuciosamente las razones por las cuales no tuvieron lugar, para posteriormente avocarse al estudio del fondo del asunto.

Resueltas las excepciones, reconocida la competencia y admitida la prueba, la Corte se adentró en el análisis de los derechos vulnerados en el caso de marras.

IV. Derechos vulnerados

La Corte analizó los hechos expuestos por la Comisión y el Representante de la presunta víctima (en adelante el Representante), es decir la alegada detención arbitraria e ilegal que sufrió Montesinos, los alegados tratos crueles, inhumanos, degradantes y tortura, como también la falta de garantías judiciales en los procesos penales seguidos en su contra. El Estado con sus fundamentos intentó desligarse de responsabilidad internacional poniendo de relieve su celoso cumplimiento del ordenamiento jurídico interno.

En esta inteligencia, la Corte desarrolló su análisis jurídico en relación con las supuestas violaciones en el siguiente orden: a) los derechos a la libertad personal, a la presunción de inocencia y a la igualdad ante la ley; b) el derecho a la integridad personal y la obligación de investigar delitos de tortura; y c) los derechos y garantías judiciales y la protección judicial.

1. Derecho a la libertad personal y presunción de inocencia

La Corte realizó un análisis separado de la privación de libertad sufrida por Mario Alfonso, centrándose en su primera detención (21 de junio de 1992), el dictado de la prisión preventiva y su mantenimiento durante los años posteriores, hasta recuperar su libertad.

En relación con su primera detención, no existe en el expediente constancia alguna de una orden de detención emanada por autoridad competente en su contra, como tampoco de una orden de allanamiento que respaldase lo acontecido luego de su detención.

Tanto la Constitución vigente al momento del hecho como el Código de Procedimiento Penal de Ecuador, exigían una orden judicial que garantizara la procedencia de la detención. Dicha orden de detención sería materializada mediante una Boleta que contuviera los motivos de la privación de libertad, el lugar y fecha en la que fuera expedida y la firma

del juez competente. La excepción a esta norma era que la detención se produjera cuando la persona estuviese cometiendo un delito flagrante.

Ante la inexistencia de dicha orden de detención y la ausencia de flagrancia, resulta evidente que la aprehensión de Montesinos fue ilegal y, por tanto, violatoria de la norma ecuatoriana y, consecuentemente, violatoria del artículo 7.2 de la Convención Americana, que reza lo siguiente: *Nadie puede ser privado de su libertad física, salvo por las causas y en las condiciones fijadas de antemano por las Constituciones Políticas de los Estados Partes o por las leyes dictadas conforme a ellas.*

Respecto del dictado de prisión preventiva en contra de Montesinos, la Corte fue categórica al definir como ilegal la medida cautelar impuesta. Resulta oportuno destacar que estamos hablando de la medida cautelar más gravosa y excepcional que existe en el orden jurídico supranacional, la cual requiere para su dictado el cumplimiento de una serie de requisitos a fin de que no se torne arbitraria. Como instruye la Corte, dentro de los requisitos para el dictado de la prisión preventiva señalamos la existencia de indicios suficientes que permitan suponer razonablemente que un hecho ocurrió y que la persona sometida a proceso pudo haber participado en él. También, la existencia de elementos de concretos de juicio que acrediten que la persona imputada por un delito necesariamente entorpecerá la investigación penal en su contra o intentará eludir el accionar de la justicia dándose a la fuga. En cualquier caso, siempre deberá estar adecuadamente fundada. Ninguno de estos requisitos fue presentado al momento del dictado de la prisión preventiva de Montesinos.

Por suyo, la Corte advierte que no existe en el expediente razón alguna, motivación o justificación formal que permita ordenar la prisión preventiva. Ni siquiera en los autos cabeza de proceso de noviembre de 1992 se encontraron razones para mantener a la presunta víctima bajo prisión preventiva, como tampoco existieron razones para su detención inicial.

No son pocos los fallos en donde la Corte sostiene que las características personales del supuesto autor, como la gravedad del delito, no son óbice por sí mismo para justificar el dictado de la prisión preventiva, citando a modo de ejemplo lo resuelto por la Corte en el caso *López Álvarez vs. Honduras* (cfr. párr. 69) o el caso *Bayarri vs. Argentina* (cfr. *Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*).

Mención particular merece la situación de las personas privadas de su libertad sin sentencia firme emanada por autoridad competente en su contra. Un estudio elaborado por el Centro de Estudios de Justicia de las Américas (CEJA) nos ofrece una estadística que resulta de gran utilidad para comprender la dimensión del problema del encarcelamiento preventivo: en la República de Ecuador, para 1992, el porcentaje promedio de personas presas sin la existencia de condena llegaba al 64 por ciento de la población penitenciaria, y para 1999 ascendía al 69 por ciento, lo que resulta un número absolutamente desalentador ya que significa que la mayor parte de la población carcelaria se encontraba privada de su libertad preventivamente, sin alcanzar el grado convictivo que se requiere, generando un alto índice de inseguridad jurídica en nuestras sociedades (Carranza, 2001).

La Corte no solo entendió que el dictado de la prisión preventiva se desarrolló de manera arbitraria, sino que el Estado tampoco realizó su revisión de oficio, lo que vulnera los

artículos 7.1 y 7.3 de la Convención Americana.

Respecto de la razonabilidad del plazo de la prisión preventiva, diremos que para 1996 Montesinos Mejía llevaba más de cuatro años privado de su libertad. Frente a la falta de respuesta judicial, presentó una petición de habeas corpus

Sin embargo, esta petición fue declarada improcedente². Frente a esta situación, el abogado representante de Montesinos apeló la decisión denegatoria ante el Tribunal Constitucional de Garantías. En octubre de 1996, dicho Tribunal Constitucional de Garantías concedió el habeas corpus y ordenó la inmediata libertad de Montesinos Mejía exponiendo que existió un retraso judicial injustificado por parte de los jueces para emitir sentencia.

El 14 de abril de 1998, Montesinos interpuso un nuevo habeas corpus, toda vez que lo resuelto en función del anterior no fue cumplido. Es decir, no se materializó la libertad inmediata tal como lo había resuelto el Tribunal Constitucional de Garantías. Recién el 8 de agosto de 1998 el Tribunal Constitucional determinó la inmediata libertad de Montesinos Mejía,, considerando irrazonable el tiempo de prisión preventiva.

Si bien la Corte no tiene constancia de la fecha exacta en la cual Montesinos fue puesto en libertad, fue en 1998, es decir, seis años después de su detención primaria. Es por esta razón que la Corte concluyó que el periodo de seis años y dos meses durante los cuales Mario Alfonso estuvo en prisión preventiva resultó absolutamente irrazonable, excesivo y violatorio de los artículos 7.1 y 7.5 de la Convención.

Sobre la presunción de inocencia, el artículo 8.2 de la Convención establece que “toda persona inculpada tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad”. Al respecto, la Corte determinó que, al carecer de fundamentación y motivación, la prisión preventiva dictada fue arbitraria. En consecuencia, todo el extenso periodo de privación de libertad sufrido fue equivalente a una verdadera pena anticipada, lo que colisiona o entra en franco conflicto con el principio de inocencia. De haberse respetado desde un principio, no debería haber sido privado de su libertad jamás. Lamentablemente, este avasallo a la presunción de inocencia tiene lugar cotidianamente en los ordenamientos jurídicos locales latinoamericanos.

En este punto, la Corte concluye que el Estado violó los derechos a la libertad personal, a las garantías judiciales y la protección judicial, establecidos en los artículos 7.1, 7.2, 7.4, 7.5, 8.2 y 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en relación con el artículo 1.1 del Tratado, así como los artículos 7.1, 7.3 y 7.6 del mismo instrumento, en relación con los artículos 1.1 y 2.

2. Derecho a la integridad personal y la obligación de investigar denuncias de tortura

Montesinos Mejía manifestó haber sido amenazado y describió cómo cursó su detención en una celda de 11 metros cuadrados con 13 personas más. Sostuvo que fue golpeado por agentes estatales y dijo haber estado incomunicado. Tanto la Comisión como el Representante expresaron que el Estado no inició ninguna investigación respecto a la de-

2 Resolución 182-96-CP expedida por el Tribunal de Garantías Constitucionales dentro del marco del caso Nro. 45/96-TC (expediente de prueba, folio 46).

nuncia realizada por Montesinos en su primer habeas corpus, relativo al sufrimiento de la violación de su integridad personal. En su derecho, el Estado respondió que el ordenamiento jurídico ecuatoriano vigente al momento de los hechos brindaba protección a la garantía de integridad personal y prohibía los tratos crueles, inhumanos o degradantes, destacando que no existió vulneración al artículo 5.2, ya que los datos vertidos por el Representante no resultaban concretos ni específicos.

A los fines de poder determinar la existencia de lo manifestado por la Comisión y el Representante, la Corte cuenta con una herramienta de trascendental importancia: el fallo Suárez Rosero. Al respecto, la Corte observa que efectivamente Montesinos Mejía estuvo detenido junto a Rafael Iván Suárez Rosero, tanto en el Penal García Moreno como también en el llamado Regimiento de Quito. Incluso en su declaración, Suárez Rosero reconoció haber recibido golpizas junto a Montesinos Mejía³. Resulta oportuno citar lo que la Corte pudo advertir en el caso Suárez Rosero en lo que hace a los actos de tortura, tratos crueles, inhumanos y degradantes, cuando expresó: *La sola constatación de que la víctima fue privada durante 36 días de toda comunicación con el mundo exterior y particularmente con su familia, le permite a la Corte concluir que el señor Suárez Rosero fue sometido a tratos crueles, inhumanos y degradantes, más aún cuando ha quedado demostrado que esta incomunicación fue arbitraria y realizada en contravención de la normativa interna del Ecuador. La víctima señaló ante la Corte los sufrimientos que le produjo verse impedido de la posibilidad de buscar un abogado y no poder ver o comunicarse con su familia. Agregó que, durante su incomunicación, fue mantenido en una celda húmeda y subterránea de aproximadamente 15 metros cuadrados con otros 16 reclusos, sin condiciones necesarias de higiene y se vio obligado a dormir sobre hojas de periódico y los golpes y amenazas a los que fue sometido durante su detención. Todos estos hechos confieren al tratamiento a que fue sometido el señor Suárez Rosero la característica de cruel, inhumano y degradante. Por las anteriores consideraciones, la Corte declara que el Estado violó el artículo 5.2 de la Convención Americana⁴.*

En esta inteligencia, la Corte concluyó que el Estado incumplió con su obligación internacional de respetar y garantizar el Derecho a la Integridad Personal, vulnerando así los artículos 5.1 y 5.2 de la Convención. Asimismo, también encontró responsable al Estado ecuatoriano de la falta de investigación de la denuncia de tortura y malos tratos, lo que resulta violatorio de los artículos 1, 6 y 8 de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, en perjuicio de Mario Montesinos.

3. Derecho a las garantías judiciales

El derecho humano a gozar de las debidas garantías judiciales dentro del proceso penal encuentra asidero jurídico en el artículo 8 de la Convención Americana. Tanto la Comisión como el Representante coincidieron en aseverar que el Estado de Ecuador vulneró: a) la regla de exclusión de pruebas obtenidas bajo coacción; b) el derecho de defensa; c) el principio de presunción de inocencia; y d) la razonabilidad en la duración de los procesos penales.

Por su parte, el Estado negó que se hubieran violado las garantías judiciales del artículo 8 de la Convención Americana. En primer lugar, en relación con la duración razonable del proceso penal, el Estado le atribuyó la responsabilidad a Montesinos Mejía, quien, con los distintos recursos y actuaciones presentadas, fue dilatando el proceso. Recordó que

³ Declaración rendida ante fedatario público por Rafael Iván Suárez Rosero el 7 de agosto de 2019 (expediente de pruebas, folios 2895 y 2896).

⁴ Caso Suárez Rosero vs. Ecuador, párr. 91.

Montesinos fue juzgado por jueces competentes. Como segundo punto, el Estado destacó que la normativa procesal ecuatoriana ha garantizado la presunción de inocencia, ejemplificando con los procesos penales que sobreyeron a Montesinos. Por último, rechazó que se hubiera negado el derecho a una defensa técnica, asegurando que Montesinos siempre contó con defensa técnica y patrocinio jurídico.

La Corte, tal como lo señaló en el caso *Claude Reyes y otros vs. Chile*, estableció que, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 8.1 de la Convención, en la determinación de los derechos y obligaciones de las personas, de orden penal, civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter, se deben observar “las debidas garantías” que aseguren, según el procedimiento de que se trate, el derecho al debido proceso. El incumplimiento de una de esas garantías conlleva una violación de dicha disposición.

Centrándose en el plazo razonable de duración del proceso penal, la Corte realizó el mismo proceso cognitivo que en el caso *Anzualdo Castro vs. Perú* y el caso *Jenkins vs. Argentina*, y consideró cuatro elementos a fin de determinar si existió o no vulneración a la garantía de plazo razonable; primero, la complejidad del asunto; segundo, la actividad procesal del imputado; tercero, la conducta de las autoridades judiciales; y por último, la afectación generada en la situación jurídica de la persona involucrada en el proceso.

Sobre los delitos de enriquecimiento ilícito y conversión y transferencia de bienes, la Corte entendió que no existió ninguna complejidad que justificara los seis años de demora en su finalización. Con relación al delito de testaferrismo, observó que el caudal probatorio que llevó a la condena de Montesinos, en 2008, no varió desde 1992, año en el cual fue detenido, y que no existían elementos adicionales en el proceso que ofrecieran una complejidad tal que justificase una demora de 18 años en su tramitación. En consecuencia, concluyó que el Estado de Ecuador vulneró la garantía plasmada en el artículo 8.1 de la Convención Americana en lo que respecta a la duración razonable del proceso penal.

Sobre el derecho de defensa de Montesinos Mejía, la Corte recordó lo dicho en el caso *Barreto Leiva vs. Venezuela*, donde expuso la centralidad e importancia que representa el derecho a la defensa para garantizar el debido proceso, defensa que ha de comenzar desde que se sindicó a una persona como posible autor o partícipe de un delito hasta que finaliza el proceso, incluso en lo que respecta a la ejecución de la pena. Al considerar la declaración presumarial vertida por Montesinos Mejía en sede policial —elemento central de la condena sufrida por el delito de testaferrismo—, la Corte consideró que la falta de asistencia legal en dicha declaración vulneró los derechos contemplados en el artículo 8.2, incisos b, c y d de la Convención Americana, en perjuicio de Montesinos Mejía.

En este orden de ideas, la Corte analizó si correspondía excluir como prueba la declaración vertida por Montesinos en sede judicial en presencia de miembros del Ministerio Público Fiscal, pero no de sus defensores técnicos. Al respecto, y siguiendo la misma línea de razonamiento vista en el caso *Cabrera García y Montiel Flores vs. México*, la Corte consideró que generalmente las declaraciones obtenidas bajo coacción carecen de veracidad, toda vez que la persona intentará aseverar aquello que desea escuchar quien está ejerciendo coacción. Al no haber contado con la presencia de una defensa técnica, la Corte encontró responsable al Estado ecuatoriano por la violación del artículo 8.3 de la Convención Americana.

V. Reparaciones

Por último, previo a emitir la parte dispositiva de la sentencia, la Corte se avocó al estudio de las reparaciones que el presente caso ofrecería. En ese sentido, como lo sostuvo en el caso *Jenkins vs. Argentina*, afirmó que la reparación del daño ocasionado por la infracción de una obligación internacional requiere, siempre que sea posible, la plena restitución (*restitutio in integrum*), que consiste en el restablecimiento de la situación anterior. De no ser esto factible, como ocurre en la mayoría de los casos de violaciones a derechos humanos, el Tribunal determina medidas para garantizar los derechos conculcados y reparar las consecuencias que las infracciones produjeron. Por tanto, la Corte ha considerado la necesidad de otorgar diversas medidas de reparación a fin de resarcir los daños de manera integral, por lo que, además de las compensaciones pecuniarias, las medidas de restitución, rehabilitación, satisfacción y garantías de no repetición tienen especial relevancia por los daños ocasionados.

En este sentido, la primera conclusión es considerar como parte lesionada a Mario Montesinos Mejía, quien, en su condición de víctima de las vulneraciones sufridas y reconocidas en la sentencia, será acreedor de lo que la Corte ordene. Luego, la Corte consideró pertinente ordenar, como medida de satisfacción y restitución, la publicación del resumen oficial de la sentencia en un periódico de amplia circulación nacional, como también la publicación de la sentencia en un sitio web oficial, de manera que pudiera acceder todo el público interesado.

En lo que respecta al delito de testaferrismo, es decir el único delito por el cual Montesinos fue condenado (recordemos que fue sobreseído por los delitos de enriquecimiento ilícito y conversión y transferencia de bienes), la Corte dispuso que el Estado debía adoptar todas las medidas pertinentes en su ordenamiento jurídico local o interno para dejar sin efecto las consecuencias de cualquier índole que se derivasen del indicado proceso penal, incluso los antecedentes judiciales, administrativos o penales que existieran en su contra producto de dicho proceso.

Como bien se adelantó, la Corte consideró que el Estado ecuatoriano incumplió con su obligación internacional de investigar los hechos de tortura, tratos crueles, inhumanos y degradantes denunciados por Montesinos. Por ende, la Corte dispuso que el Estado ecuatoriano debía iniciar la investigación necesaria a los fines de determinar, juzgar y, en su caso, condenar a los responsables de los tratos y torturas denunciadas. Como medidas de rehabilitación, la Corte dispuso que el Estado debía brindar gratuito, adecuado y efectivo tratamiento psicológico y psiquiátrico, requerido por Montesinos, e incluso la provisión de los medicamentos necesarios. Esto guarda sensata coherencia con el deber del Estado de reparar integralmente el daño frente a la imposibilidad de volver las cosas a su estado anterior. Por último, en relación con la indemnización compensatoria, la Corte discriminó lo referido al daño material del daño inmaterial. Sobre el primero de ellos, sostuvo que el Representante no presentó oportunamente prueba alguna en su escrito de solicitudes y argumentos que acreditasen el nexo causal existente entre los hechos del caso y el detrimento pecuniario. Por tanto, la Corte no ordenó una reparación material a favor de Montesinos. En lo que hace al daño inmaterial, lejos de los 500.000 dólares americanos que solicitó el Representante, la Corte reconoció como indemnización equivalente la suma de 50.000 dólares americanos. Como gastos y costas de proceso, la Corte reconoció la suma de 15.000 dólares americanos. Si bien el Representante y la Comisión solicitaron medidas adicionales, la Corte consideró que no era necesaria la imposición de medidas de reparación adicionales.

VI. Puntos resolutivos y conclusión

En su parte resolutive, la sentencia de la Corte desestimó por unanimidad las cuatro excepciones preliminares interpuestas por el Estado de Ecuador.

Luego, declaró, también por unanimidad, al Estado como responsable de la violación de los derechos a la libertad personal, a la presunción de inocencia y a la protección judicial, previstos en los artículos 7.1, 7.2, 7.4, 7.5, 8.2 y 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en relación con el artículo 1.1 de dicho instrumento, así como los artículos 7.1, 7.3 y 7.6 de la Convención Americana, en relación con los artículos 1.1 y 2 del mismo instrumento, en perjuicio de Mario Alfonso Montesinos Mejía, en los términos de los párrafos 114, 119, 128, 133 y 139 de la presente sentencia.

Por unanimidad, además, entendió que el Estado era responsable de la violación de las obligaciones de proteger y garantizar el derecho a la integridad personal, previstas en los artículos 5.1 y 5.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en relación con el artículo 1.1 del mismo instrumento, y 1, 6 y 8 de la Convención Americana para Prevenir y Sancionar la Tortura, en perjuicio de Mario Alfonso Montesinos Mejía, en los términos de los párrafos 159 y 160 de la presente sentencia.

Por unanimidad, finalmente, el Estado era responsable de la violación del derecho a las garantías judiciales, previsto en los artículos 8.1, 8.2 b, c, d y e, y 8.3 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en relación con el artículo 1.1 del mismo instrumento, en perjuicio de Mario Alfonso Montesinos Mejía, en los términos de los párrafos 188 y 195 de la presente sentencia.

Por el contrario, y también por unanimidad, el Estado no era responsable de la violación del derecho a no ser juzgado dos veces por los mismos hechos y del principio de legalidad y no retroactividad, establecidos respectivamente en los artículos 8.4 y 9 de la Convención Americana, en los términos de los párrafos 206 y 213 de la presente sentencia.

Apartado especial merece la exposición de la Corte al momento de dejar sin efecto las consecuencias de cualquier índole que se derivaran del proceso penal seguido en contra de Montesinos por el delito de testaferrismo, Mario Montesinos cargó por casi 30 años con un proceso penal y una condena sin existir elementos jurídicos que respaldaran dicha situación.

Si bien este reconocimiento de la Corte resulta esperanzador, porque establece dejar sin efecto una condena cuyo elemento ordenador es una indagatoria obtenida bajo coacción y tratos crueles, no se puede ignorar que actualmente en Latinoamérica existe una cifra preocupante de personas vulneradas en sus derechos procesales.

VII. Conclusión

La sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Montesinos Mejía guarda, como se puede advertir, una armónica coherencia con lo resuelto en fallos anteriores. Tal como lo sostuvo en Suárez Rosero o López Álvarez, la Corte enfatiza la necesidad de evitar detenciones arbitrarias e ilegales, junto a la importancia de la fundamentación sobre motivos suficientes al momento de analizar los parámetros o requisitos para el dictado de la medida cautelar más grave de los ordenamientos jurídicos internos: la prisión preventiva.

Conforme a los datos oficiales del Estado de Ecuador, para 2019, la tasa de personas privadas de su libertad por el dictado del instituto de prisión preventiva ascendía al 34 por ciento (Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos, 2019), lo que se puede interpretar expresando que un tercio de la población penitenciaria ecuatoriana encuentra vulnerado uno de los principios más elementales del derecho penal, como es la presunción de inocencia. Recordemos que la Corte expuso con claridad meridiana que el tiempo de privación de libertad sufrida por Montesinos resultó ser un adelanto de pena, o la imposición de una pena anticipada, toda vez que se acreditó la inexistencia de elementos que permitieran fundar responsablemente su prisión preventiva.

A contrario sensu de la línea argumentativa de la Corte, la gran mayoría de los ordenamientos jurídicos domésticos de los Estados Parte de la Convención son reticentes a reconocer el impacto y alcance de las sentencias de la Corte. Podemos advertir que existen Estados que, en vez de flexibilizar los criterios de peligrosidad a los fines de evitar encarcelamientos preventivos arbitrarios, incorporan nuevos requisitos para analizar si corresponde el recupero de la libertad, por caso las pericias psicológicas, lo que habla a las claras de un derecho penal de autor.

El fallo Montesinos Mejía ofrece una sólida herramienta de raigambre supranacional para que todos los Estados Parte de la Convención Americana de Derechos Humanos sean respetuosos de las garantías judiciales a los fines de asegurar el debido proceso. Cuando el encarcelamiento preventivo pasa de ser una excepción a constituir la regla, el fallo Montesinos Mejía define un camino de sensatez jurídica al reconocer a la libertad individual como uno de los pilares más sólidos en la estructura del Derecho; libertad que no puede ser limitada ni coartada por la sola alegación de un potencial peligro.

Estos pronunciamientos ponen de relieve la imperiosa necesidad de armonizar los ordenamientos jurídicos domésticos con los establecidos por la Convención, a fin de evitar procesos penales de tan larga resolución y escasa confianza en cuanto al respeto de las garantías judiciales. Arribar a dicha correspondencia evitaría, además, la necesidad de recurrir a un órgano de competencia supranacional para garantizar el celoso cumplimiento de la normativa convencional, a cuya observancia están obligados los Estados Parte. En Argentina, las estadísticas no son para nada alentadoras con relación a la población penitenciaria detenida bajo el instituto de la prisión preventiva. Según el Sistema Nacional de Estadística sobre Ejecución de la Pena para el año 2019 en la república argentina de un total de 109.405 personas privadas de su libertad, 56.270 se encontraban condenados, mientras que 43.752 resultaban ser las personas que se encuentran con un proceso penal abierto en su contra. Esta cantidad de personas procesadas, detenidas sin condena firme, dan cuenta de la urgencia que existe de receptor y aplicar los criterios fijados por la Corte interamericana en sus sentencias para trasladar los ideales plasmados en sus decisiones a la realidad de los tribunales nacionales.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Carranza, Elías. (2001). "Sobrepoblación penitenciaria en América Latina y el Caribe: situación y respuestas posibles". En Justicia penal y sobrepoblación penitenciaria. San José, Costa Rica: Siglo XXI.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2006). Caso Claude Reyes y otros vs. Chile.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2006). Caso López Álvarez vs. Honduras.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2008). Caso Bayarri vs. Argentina. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2009). Caso Anzualdo Castro vs. Perú.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2019). Caso Jenkins vs. Argentina.
- Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Sistema Nacional de Estadística sobre Ejecución de la Pena (2019). Disponible https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/informe_sneep_argentina_2019.pdf
- Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos (Ecuador). (2019). Reporte mensual de personas privadas de libertad. Disponible en: <https://www.justicia.gob.ec/reporte-mensual-de-personas-privadas-de-libertad/>

SÍNDROME DE BURNOUT: SOLICITUD DE RECONOCIMIENTO COMO ENFERMEDAD PROFESIONAL EN EL CUERPO DE FUNCIONARIOS DE LA UNIÓN EUROPEA. RESPETO DEL DERECHO A SER OÍDO

BURNOUT SYNDROME: APPLICATION FOR RECOGNITION AS AN OCCUPATIONAL DISEASE IN THE BODY OF OFFICIALS OF THE EUROPEAN UNION. RESPECT FOR THE RIGHT TO BE HEARD

Juliana Da Silva Martínez¹

DOI: [https://doi.org/10.37767/2591-3476\(2021\)10](https://doi.org/10.37767/2591-3476(2021)10)

Comentario a

UE/Comisión Europea, 23 de septiembre de 2020, asunto T-338/19
Tribunal General de la Unión Europea

Disponible en

<https://bit.ly/3zr20qz>

RESUMEN:

Este artículo analiza la sentencia del Tribunal General de la Unión Europea, de 23 de septiembre de 2020, en un asunto entre la Comisión Europea y una antigua empleada de la Agencia Europea de Reconstrucción, mediante el cual se discute la admisibilidad de la solicitud del reconocimiento de la enfermedad del síndrome de burnout como enfermedad profesional, instada con arreglo al art. 73 del Estatuto de los Funcionarios de la Unión Europea.

¹ Estudiante del Grado en Derecho, Universidad Autónoma de Madrid, España. Mail: juliana.dasilva@estudiante.uam.es. ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0003-3838-7469>

ABSTRACT

This article analyzes the judgment of the General Court of the European Union, of September 23, 2020, in a matter between the European Commission and a former employee of the European Agency for Reconstruction, which discusses if it is admissible the application for recognition of the disease of burnout syndrome as an occupational disease, in accordance with art. 73 of the Staff Regulations of Officials.

PALABRAS CLAVE: Burnout; Carta; enfermedad; Europa; funcionarios; derechos.

KEY WORDS: Burnout; Charter; disease; Europe; officials; rights.

I. Introducción

Mediante este comentario se analiza la sentencia del Tribunal General de la Unión Europea, de 23 de septiembre de 2020. En base al art. 270 TFUE, la demandante presenta un recurso ante el TJUE contra la decisión de la Oficina de Gestión y Liquidación de los Derechos Individuales de la Comisión Europea, de inadmitir la solicitud de reconocimiento de una enfermedad profesional por extemporaneidad. El Tribunal General mediante esta sentencia analiza si efectivamente hubo vulneración del derecho a ser oído, y por consiguiente si se ha generado indefensión para que dicha decisión pueda ser anulada. La enfermedad objeto de la solicitud de reconocimiento es el síndrome de desgaste profesional, mejor conocida por su término en inglés "burnout".

II. Antecedentes de hecho

A causa de los servicios prestados en la Agencia Europea de Reconstrucción a lo largo de ocho años de trabajo, concretamente desde el año 2000 al año 2008, la demandante alega una serie de patologías, en su mayoría de carácter psicológico, calificadas de desgaste profesional o burnout.

En el art. 24 del Estatuto de Funcionarios de la Unión Europea, que era aplicable a la demandante, se garantiza asistencia al funcionario europeo "mediante la persecución contra los autores de amenazas, ultrajes, injurias, difamaciones o atentados contra la persona y los bienes". Este artículo también garantiza la reparación solidaria por parte de la UE de los daños sufridos en caso de que el autor no los pague.

Sobre la base de este artículo, la demandante en el año 2013 presenta una solicitud de asistencia frente a la situación de acoso psicológico sufría en el ámbito laboral, con el consiguiente deterioro de su salud, junto a la solicitud de una indemnización por los daños sufridos. No obstante, mediante una decisión del 4 de octubre de 2016 la autoridad facultada para celebrar los contratos de trabajo (AFCC) desestimó dichas solicitudes, en base a que no quedaba totalmente acreditado mediante los certificados médicos que las patologías psicológicas sufridas fueron causadas directamente por el acoso psicológico en el ambiente de trabajo. Tras sendas reclamaciones y recursos presentados por la demandante y desestimados por la autoridad mencionada, ella presenta un recurso ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea con el objetivo de anular la decisión desestimatoria del 4 de octubre de 2016, entre otras decisiones; no obstante logran las partes un acuerdo, siendo así el procedimiento archivado.

Posteriormente, el 3 de mayo del año 2017 la demandante insta a la Oficina de Gestión y Liquidación de los Derechos Individuales de la Comisión Europea una solicitud de reconocimiento del origen profesional de su enfermedad, en base el art. 73 del Estatuto de Funcionarios de la Unión Europea. Dicho reconocimiento sería realizado con arreglo al art. 16 del Reglamento de Cobertura, conforme aclaró la oficina requerida. Para determinar si la enfermedad realmente era de origen profesional, se realizó un diagnóstico por un especialista designado por la AFCC y otro diagnóstico complementario por otro médico. El especialista finalmente concluyó que la enfermedad efectivamente era un síndrome de desgaste profesional (burnout), vinculado estrechamente al acoso psicológico sufrido por la demandante durante sus años de servicio, concluyendo así que la solicitud de reconocimiento de enfermedad profesional debería ser aceptada.

A pesar del informe médico inicialmente favorable a las pretensiones de la autora, a instancias de la AFCC se declara que no existían razones médicas que justificaran la presentación extemporánea de la solicitud del reconocimiento. Así, la oficina de la Comisión requerida, en calidad de AFCC, el 1 de agosto de 2018 inadmitió la solicitud de reconocimiento del origen profesional de la enfermedad, por extemporánea, puesto que el art. 16 del Reglamento de cobertura exigía que dicha solicitud fuera presentada en un plazo razonable tras el inicio de la enfermedad, y en el caso de la demandante fue presentada tras casi 13 años del inicio de los síntomas. Además, la oficina de la Comisión alegó que la demandante podía haber solicitado en el mismo momento en que solicitó asistencia en el año 2013, el reconocimiento de la enfermedad profesional.

III. Alegaciones de las partes

La demandante alega no obstante, que AFCC con esta decisión le priva del derecho a ser oída, puesto que el médico designado por la institución que le diagnosticó nunca le hizo preguntas acerca de los motivos del retraso de la presentación de la solicitud de reconocimiento, no pudiendo así aclarar en ningún momento las razones de que presentase la declaración más tarde del inicio de su enfermedad. La AFCC por el contrario alega que aunque la decisión afecta desfavorablemente a la demandante, en este caso no hay obligación por parte de la institución a oír previamente a la interesada antes de adoptarla, reconociéndose tal derecho a ser oído solamente en procedimientos administrativos iniciados contra el interesado, no a instancias del interesado. La AFCC alega además que en dichos procedimientos iniciados por los interesados son los propios quienes deben aportar los datos necesarios para la estimación de la solicitud.

IV. Fundamentos de derecho de la sentencia del Tribunal General

1. Vulneración del derecho de defensa e incumplimiento de la obligación de motivación

El fundamento de derecho segundo de la sentencia del Tribunal General analiza uno de los motivos de la demandante para fundamentar su pretensión de anulación de la decisión: la vulneración del derecho a ser oída y por consiguiente derecho a defenderse y la falta de motivación de la decisión de la Comisión.

La demandante invoca el derecho a ser oída, y alega que la decisión hubiera sido distinta si se le hubiese dado la oportunidad de explicar las razones de su extemporaneidad en la presentación de la solicitud del reconocimiento, porque el derecho a ser oído consiste precisamente en que el interesado pueda defenderse, expresando su perspectiva acerca de la situación.

Conforme al art. 41 – que garantiza el derecho a una buena administración – en el apartado segundo, letra a) de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, es un derecho de toda persona “ser oída antes de que se tome en contra suya una medida individual que le afecte desfavorablemente”. Además, los artículos 47 y 48 de la Carta garantizan el respeto del derecho de defensa.

La demandante también alega que falta motivación, pues la respuesta del médico a la pregunta de si había algún motivo clínico para el retraso en la presentación de la solicitud del reconocimiento no fue en ningún momento confirmada o respaldada.

Respecto al derecho a ser oído, el Tribunal General aclara que desde el 1 de diciembre de 2009 la Carta es directamente vinculante a todos los Estados miembros, teniendo el mismo valor jurídico que los Tratados, siendo por tanto de aplicación general, por lo que el derecho a ser oído antes de adoptar una decisión administrativa conforme está contemplado en el art. 41, segundo apartado, letra a), es de aplicación general a toda persona siempre antes de que se tome contra ella una medida desfavorable. Al ser de aplicación general, su eficacia no depende de la naturaleza del procedimiento administrativo en específico, y al contrario de lo que defiende la Comisión, no es necesario estar ante un procedimiento iniciado contra el interesado para que sea de aplicación, debiendo respetarse también en procedimientos instados por los interesados. Conforme a la sentencia, la Comisión para defender la impertinencia de la alegación de la demandante respecto al derecho a ser oída, utiliza una doctrina y jurisprudencia desfasadas puesto que son anteriores a la entrada en vigor de la Carta, y por consiguiente son anteriores a un momento en que la Carta ya despliega eficacia general y directa del derecho a ser oído entre otros derechos que consagra.

A. ¿Cualquier vulneración del derecho a ser oído puede significar la anulación de la decisión adoptada en el procedimiento administrativo?

Los derechos fundamentales como el derecho de defensa, y su vertiente concreta del derecho a ser oído no son prerrogativas absolutas, por el contrario, son derechos susceptibles de menoscabo en el juego de la ponderación de derechos, porque siempre que existan objetivos de interés general que no signifiquen una vulneración desmesurada que afecte al núcleo duro del derecho fundamental, es decir, a su esencia, se podrá adaptar o limitar en beneficio del interés más necesitado de protección (sentencia de 10 de septiembre de 2013, G. y R., C 383/13 PPU, apartado 33).

Conforme reiterada jurisprudencia, una decisión que vulnere el derecho a ser oído solo es nula cuando el procedimiento de resolverse sin tal irregularidad hubiese tenido un resultado diferente. Esta es uno de los argumentos que utiliza la Comisión para defender en el presente caso la improcedencia de la nulidad de la decisión, puesto que los argumentos de la autora ya eran conocidos por el órgano de la Comisión con lo cual cualquier otro argumento deducido por la demandante al ser debidamente oída no habría cambiado la decisión.

No obstante, para el Tribunal General no se puede defender que la AFCC habría tomado la misma decisión si la demandante hubiese podido ejercer su derecho a ser oída, puesto que la realidad es que la autora no tenía siquiera conocimiento de la existencia de un dictamen realizado por el médico designado por la AFCC, ya que la misma no fue notificada ni del proyecto de decisión ni de las conclusiones de los médicos, como manda la

Reglamentación de cobertura en el art. 20, apartado 1. Por todo ello, el Tribunal General determina la nulidad de la decisión impugnada.

V. El ámbito de aplicación de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea

Conviene antes que nada exponer algunas ideas sobre la real eficacia de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Conforme al art. 51 las disposiciones de la Carta “están dirigidas a las instituciones, órganos y organismos de la Unión, dentro del respeto del principio de subsidiariedad, así como a los estados miembros únicamente cuando apliquen el Derecho de la Unión”. Este artículo delimita el ámbito de aplicación de la Carta de forma expresa a las propias competencias atribuidas a la Unión a través de los Tratados. Lo que la Carta trata de respetar mediante este artículo es el principio de atribución competencial, conforme al cual la Unión Europea solo tiene competencias atribuidas, siendo las competencias no atribuidas materia que está fuera del alcance de la Carta. Este delimitado campo de actuación representa un problema para la aplicación de la Carta, porque hay que determinar en cada caso y en cada relación jurídica con los Estados, cuando estos actúan desde la base jurídica de los tratados o desde la base jurídica de sus propias constituciones (Calahorra, 2018).

1. El derecho a ser oído

Conforme a reiterada jurisprudencia el derecho a ser oído implica un derecho del interesado en definir su postura, su punto de vista y su visión sobre las circunstancias, durante todo el procedimiento antes de que se adopte alguna decisión que le sea desfavorable (sentencia de 21 de noviembre de 1991, TV Munchen, C-269/90, y sentencia de 22 de noviembre de 2012, asunto C-277/11, apartado 87).

A pesar de que como ya se ha comentado los derechos fundamentales de la Carta pueden ser objeto de limitaciones, conforme a su art. 52 toda limitación de un derecho consagrado en la misma debe venir establecida por ley, respetando siempre el contenido esencial y el principio de proporcionalidad y cuando así lo requiera el interés general.

VI. Burnout: enfermedad reconocida como profesional por la OMS

La Unión Europea no tiene potestad para determinar el listado de enfermedades profesionales de cada Estado miembro, no obstante sí que puede dictar meras Recomendaciones de carácter no vinculante. El burnout no obstante ya es reconocido por la Organización Mundial de la Salud (OMS) como una enfermedad profesional, que pasa a incluir esta patología en la Clasificación Internacional de Enfermedades que entrará en vigor en 2022. Es definida por la OMS como una síndrome resultante del estrés en el ámbito laboral, y que no debe ser aplicado para describir patologías experimentadas en otros ámbitos de la vida. Esta decisión de la OMS es un gran paso para implicar a los Estados miembros en la inclusión de esta enfermedad en su clasificación de enfermedades profesionales, aunque la única norma sanitaria vinculante de la OMS – y que a pesar de tal carácter no establece ningún tipo de sanción por su incumplimiento por parte de los Estados firmantes – es el Reglamento Sanitario Internacional del año 2007.

Definitivamente aun queda mucho recorrido en los Estados miembros para que un trastorno psicológico de incidencia cada vez más recurrente en la población sea incluido en el listado de enfermedades profesionales para así ofrecer un ámbito de mayor protección a los trabajadores.

VII. Conclusiones

Mediante la estimación del recurso analizado por parte del Tribunal General, se refuerza el carácter vinculante de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, que a pesar de estar limitada al reparto de competencias realizado por los Tratados, en el ámbito interno de funcionamiento de la Unión – en sus instituciones y órganos – tiene plena eficacia. Así, una decisión que es tomada vulnerando el derecho a ser oído, tratándose de cualquier tipo de procedimiento administrativo – instado de oficio o por el propio administrado –, y siempre que provoque efectos desfavorables para el interesado, es susceptible de anulación cuando de haberse dado la decisión respetando dicho derecho de defensa no se hubiese tomado una decisión idéntica.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ¿Son jurídicamente vinculantes para España las Recomendaciones de la OMS relativas al COVID-19? (2020, marzo 16). Recuperado el 22 de julio de 2021, de Laleynext.es website: <https://diariolaley.laleynext.es/dll/2020/03/23/son-juridicamente-vinculantes-para-espana-las-recomendaciones-de-la-oms-relativas-al-covid-19>
- Aguilar Calahorra, A. (2018). La aplicación nacional de la Carta de Derechos Fundamentales de la UE: una simple herramienta de interpretación de la eficacia de las directivas. *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 61, 973-1011. doi: <https://doi.org/10.18042/cepc/rdce.61.05>
- Burn-out an “occupational phenomenon”: International Classification of Diseases. (n.d.). Recuperado de Who.int website: <https://www.who.int/news/item/28-05-2019-burn-out-an-occupational-phenomenon-international-classification-of-diseases>
- Castillo de la Torre, F. y Nemeckova, P. (2020). Crónica de jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, mayo-agosto, 2020. *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 67, 1063-1133. doi: <https://doi.org/10.18042/cepc/rdce.67.09>
- El burnout, reconocido por la OMS como una enfermedad profesional. (2019, mayo 30). Recuperado el 22 de julio de 2021, de Prevencionar.com website: <https://prevencionar.com/2019/05/30/el-burnout-reconocido-por-la-oms-como-una-enfermedad-profesional/>
- Viñuales Ferreiro, S. (2015). El artículo 41 de la carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea: una visión crítica. *Estudios De Deusto*, 63(1), 423-435. [https://doi.org/10.18543/ed-63\(1\)-2015pp423-435](https://doi.org/10.18543/ed-63(1)-2015pp423-435)

SOLICITUD DE MEDIDAS CAUTELARES URGENTES ANTE EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL FEDERAL ALEMÁN CONTRA DISPOSICIONES DEL GOBIERNO DE BAVIERA RELATIVAS A LA COVID-19

REQUEST FOR EXPEDITED PRECAUTIONARY MEASURES BEFORE THE GERMAN FEDERAL CONSTITUTIONAL COURT AGAINST PROVISIONS OF THE GOVERNMENT OF BAVARIA RELATING TO COVID-19

Gonzalo Dell'Orsi¹

DOI: [https://doi.org/10.37767/2591-3476\(2021\)11](https://doi.org/10.37767/2591-3476(2021)11)

Comentario a

Tribunal Constitucional Federal Alemán

Disponible en

<https://bit.ly/3BhviZo>

RESUMEN:

Con motivo de la Pandemia Covid-19, los gobiernos de los distintos Estados han tomado medidas tendientes a proteger a su población. Muchas de ellas, fueron calificadas por los propios destinatarios como extremas, innecesarias y hasta inconstitucionales. Ello motivó, un sinnúmero de recursos presentados ante la administración de justicia. En Alemania, el Tribunal Constitucional Federal, se expidió en reiteradas oportunidades rechazándolos por inadmisibilidad formal. Sin embargo, con fecha 7 de abril del 2020, la cámara 3 admitió formalmente una solicitud de medida cautelar presentada por un particular, lo que implicó para el Tribunal tratar su procedencia. La medida cautelar so-

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. gdelors@gmail.com. ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0002-0504-9052>

licitada pretendía dejar sin efecto las disposiciones temporales del Gobierno de Baviera sobre medidas de protección contra la pandemia. El Tribunal no hizo lugar a la solicitud por considerarla infundada, priorizando el derecho a la vida y a la salud, sobre otros derechos fundamentales.

ABSTRACT

Due to the coronavirus pandemic, the governments of different countries have taken measures to protect their population. Many of these measures were considered extreme, unnecessary and even unconstitutional by those to whom they were addressed. This has led to numerous appeals to the courts. In Germany, the Federal Constitutional Court has repeatedly rejected them as formally inadmissible. However, on 7 April 2020, Chamber 3 formally admitted an application for an interim injunction filed by a private individual, which meant that the Court had to consider whether it was admissible. The requested interim injunction was aimed at annulling the Bavarian government's temporary provisions on pandemic security measures. The Court rejected the application as unfounded, prioritizing the right to life and health over other fundamental rights.

ZUSAMMENFASSUNG

Aufgrund der Covid-19 Pandemie haben die Regierungen verschiedener Staaten Maßnahmen zum Schutz ihrer Bevölkerung ergriffen. Viele von ihnen wurden von den betroffenen Personen als extrem, unnötig, und sogar verfassungswidrig empfunden. Dies führte zu unzähligen Beschwerden bei der Justizverwaltung. In Deutschland wurden diese wiederholt wegen formaler Unzulässigkeit vom Bundesverfassungsgericht abgewiesen. Am 7. April 2020 hat die Kammer 3 jedoch formell einen von einer Einzelperson eingereichten Antrag auf eine Einstweilige Anordnung zugelassen, was bedeutete, dass das Gericht sich mit deren Ursprung befassen musste. Die beantragte Einstweilige Anordnung sollte die vorläufigen Bestimmungen der bayerischen Regierung zu Schutzmaßnahmen gegen die Pandemie außer Kraft setzen. Das Gericht gab dem Antrag nicht statt, da es ihn für unbegründet hielt und dem Recht auf Leben und Gesundheit Vorrang vor anderen Grundrechten einräumte.

PALABRAS CLAVE: CLAVE: Medidas cautelares, Proceso de urgencia, Tribunal Constitucional Federal Alemán, Derechos fundamentales, Medidas de protección.

KEY WORDS: Precautionary measure, Expedited processing, German Federal Constitutional Court, Fundamental Rights, Protection measures.

SCHÜSSELWÖRTER: Einstweilige Anordnung, Eilrechtsschutzverfahren, Bundesverfassungsgericht, Grundrechte, Schutzmaßnahmen

I. Introducción

La sentencia analizada se da en un contexto de pandemia, en el cual los Estados adoptan diversas medidas tendientes a paliar las consecuencias de la enfermedad. El virus que en la actualidad ataca a la población mundial se conoce con el nombre técnico SARS-CoV-2² (argentina.gob.ar/salud/coronavirus/preguntasfrecuentes), y provoca la enfermedad que conocemos como COVID-19. Esta, se caracteriza por su gran propagación *“a través de pequeñas partículas líquidas expulsadas por una persona infectada por la boca o la nariz al toser, estornudar, hablar, cantar o respirar. Las partículas tienen diferentes tamaños, desde las más grandes llamadas gotículas respiratorias, hasta las más pequeñas, o aerosoles”* (Organización Mundial de la Salud). Es por ello que las principales recomendaciones son evitar los contactos directos con personas, y desinfectar los materiales que tocamos y alimentos que consumimos. Un dato importante es que la enfermedad no tiene tratamiento, sino que lo que puede tratarse son los síntomas que provoca, con el solo objetivo de hacerlos desaparecer, o al menos reducirlos. Por otro lado, existen personas que por distintas circunstancias conforman grupos de riesgo, lo que los ubica en una situación de mayor vulnerabilidad frente al virus. A nivel global fueron reportados al día 21 de julio de 2021, un total 190.860.860 casos confirmados de COVID-19, incluidos 4.101.414 casos de muerte³ (Organización Mundial de la Salud).

Las medidas adoptadas se basan en la epidemiología clásica: *“identificar y aislar a los casos, seguir a los contactos y establecer restricciones, incluyendo la cuarentena, en la movilidad, evitando eventos en los que se produzcan aglomeraciones de personas”* (Antoni Trilla, 2020). En este intento por cuidar la salud pública, encontramos medidas de lo más variado, desde el uso de tapabocas, hasta el cierre de fronteras entre países, pasando por restricciones a la circulación y al desarrollo de actividades sociales.

En el caso de Argentina, las medidas adoptadas por el Gobierno Nacional⁴ comenzaron como medidas de supervisión de acciones en el Aeropuerto de Ezeiza en febrero de 2020 y protocolos de acción para vuelos que llegaban al país en marzo del mismo año. Sin embargo, al poco correr de los días, las medidas fueron multiplicándose, y abarcando cada vez más ámbitos de la vida privada de las personas. Por ejemplo, la suspensión del dictado de clases presenciales en todas las escuelas del país el 15 de marzo de 2020, que si bien en un principio regía por solo 14 días, fue renovándose durante meses, o el cierre de fronteras el 16 de marzo del mismo año. Otra medida que no puede dejar de mencionarse es el aislamiento social, preventivo y obligatorio para toda la población, que comenzó el 19 de marzo de 2020, extendiéndose en algunas ciudades -según los índices de contagio en las distintas Provincias- durante meses.

En Alemania una de las primeras medidas adoptadas fue el aislamiento por 15 días a las personas que regresaban en vuelos de Wuhan, China, con fecha 31 de enero de 2020, junto a otras relativas a protocolos en aeropuertos internacionales.⁵ Sin embargo, con el correr del tiempo -al igual que sucedió en Argentina-, Alemania fue adoptando más medidas de protección, y con mayor intervención en la vida de las personas. Así, por

2 “Se trata de una nueva variante de la familia ‘los coronavirus’, los que pueden causar infecciones respiratorias que van desde un resfrío común hasta enfermedades más graves”.

3 Particularmente en Alemania fueron reportados al día 21 de julio de 2021 3.746.410 casos confirmados de Covid-19 y 91.397 muertes. En Argentina, a la misma fecha se reportaron 4.769.142 casos confirmados y 101.955 muertes. Organización Mundial de la Salud (OMS).

4 Medidas contra el Covid-19 en Argentina. <https://www.argentina.gob.ar/coronavirus/medidas-gobierno>

5 Crónica de medidas del ministerio de salud de Alemania y acontecimientos relacionados con la pandemia. <https://www.bundesgesundheitsministerium.de/coronavirus/chronik-coronavirus.html> Todas las citas originales del alemán han sido traducidas al castellano por el autor.

ejemplo, comenzaron a cerrarse locales comerciales, bajo entendimiento de que la salud de las personas es más importante que los intereses económicos. Con esa misma lógica, comenzaron las restricciones a la movilidad personal, como prohibiciones a salir de los hogares en ciertas franjas horarias o sin motivos justificados, o restricciones sociales, como reunirse con otras personas.

Estas, y otras medidas, restringen el goce de ciertos derechos fundamentales, por lo que algunos afectados acudieron a instancias judiciales con el objetivo de obtener una respuesta favorable que les ponga fin, y reestablezca el pleno goce de sus derechos. Como fue adelantado, Alemania no se encuentra al margen de esta situación, por lo que sus tribunales también debieron expedirse sobre este tipo de reclamos.

El presente trabajo es un comentario de la sentencia 1 BvR 755/20 (Beschluss der 3. Kammer des Ersten Senats vom 7. April 2020) del Tribunal Constitucional Federal Alemán⁶ (en adelante también Tribunal o Tribunal Constitucional), por la cual, admitió formalmente la solicitud de una persona que se veía afectada por las medidas adoptadas por el Gobierno de Baviera, para luego -analizado el caso-, no hacer lugar al pedido. En primer lugar, presentaré las medidas adoptadas por el gobierno de Baviera (II), seguidamente el reclamo del recurrente y los derechos vulnerados (III). Dedicaré un apartado a desarrollar las particularidades del proceso en el presente caso (IV), para luego referir al actuar concreto del Tribunal y su decisión (V). Finalmente, una escueta conclusión sobre la sentencia (VI).

II. Medidas adoptadas por el Gobierno de Baviera

El art. 20 de la Ley Fundamental Alemana⁷ comienza diciendo *“(1) La República Federal de Alemania es un Estado federal democrático y social”* (Artikel 20 GG), lo que entre otras cosas significa que en paralelo al Gobierno Federal, existen tantos gobiernos locales como Estados conforman la Federación. Es decir que dentro de cada Estado Federado, encontraremos al igual que en la Federación, la división horizontal de poderes -Ejecutivo, Legislativo y Judicial- (Klaus Michael Miebach, 2001). La competencia de los Estados Federados está establecida en el art. 30 de la Ley Fundamental: *“El ejercicio de las competencias estatales y el cumplimiento de las funciones estatales competen a los Estados siempre que la presente Ley Fundamental no disponga o admita una disposición en contrario”* (Artikel 30 GG).

Producto de la coexistencia entre ambos órdenes, existen reglas de distribución de competencias legislativas entre la Federación y los Estados, donde podemos diferenciar la legislación exclusiva de la Federación, y la legislación concurrente entre esta y los Estados. La regla principal está establecida en el art. 70 inc. (1), el que establece que *“Los Estados poseen el derecho de legislar en tanto la presente Ley Fundamental no lo confiera a la Federación”* (Artikel 70 Abs. 1 GG). El art. 74 de la Ley Fundamental enumera la legislación concurrente entre el Estado Federal y los demás Estados, y en su inc. (19) establece en particular la legislación para medidas contra enfermedades humanas (Artikel 74 Abs. 19 GG). Existe asimismo una Ley Federal de Protección contra Infecciones⁸, la que establece distintas medidas para *“prevenir las enfermedades transmisibles entre seres humanos, detectar las infecciones a tiempo, y prevenir su propagación”* (§1 Abs. 1 IfSG). Por eso, en razón de la existencia de una Ley Federal que ya regula tal situación, existe cierta controversia en relación a la potestad de los Estados para legislar medidas contra enfermedades.

6 En alemán Bundesverfassungsgericht (BVerfG).

7 Ley Fundamental de la República Federal de Alemania. En alemán Grundgesetz (GG).

8 En alemán Gesetz zur Verhütung und Bekämpfung von Infektionskrankheiten beim Menschen, Infektionsschutzgesetz (IfSG).

El presente trabajo no desarrolla dicha controversia, ya que el objetivo no es analizar la constitucionalidad de las medidas dictadas por el Gobierno de Baviera, sino el proceso mediante el cual el Tribunal Constitucional desestimó el pedido urgente de medidas cautelares. Corresponde aclarar asimismo que al tratarse de un proceso de urgencia, el Tribunal no se expidió sobre la constitucionalidad de las medidas atacadas por el recurrente, sino que ello quedó pendiente para una próxima sentencia, limitándose en esta oportunidad a determinar si correspondía o no el otorgamiento de las medidas cautelares.

En función al Art. 74 inc. 19 y art. 72 inc. 1 de la Ley Fundamental, el 25 de marzo de 2020, el Estado de Baviera sancionó su propia Ley de Protección contra Infecciones.⁹ Asimismo, dictó más de 12 reglamentos sobre medidas de protección contra infecciones.¹⁰

Las medidas en particular contra las que presentó su solicitud el recurrente son:

a) Disposiciones generales del ministerio de salud y asistencia, y del ministerio de familia, trabajo y social.¹¹

1. Prohibición de eventos y reuniones sociales, incluso las religiosas o de culto, sin importar cual sea.
2. Prohibición de actividades de locales destinados a la recreación, o no considerados de necesidad básica. Están incluidos (saunas, cines, salas de reuniones y eventos, clubes, bares y discotecas, salas de juegos, teatros, salas de clubes, burdeles, lagos, visitas guiadas, salas deportivas, campos deportivos y de juegos, gimnasios, bibliotecas, piscinas, centros de bienestar, balnearios, escuelas de danza, parques de animales, lugares de ocio, centro de apuestas, centros de formación, escuelas, escuelas de música y residencias juveniles, albergues juveniles y residencias escolares).
3. Prohibición de establecimientos gastronómicos de todo tipo, incluidos restaurantes en espacios cerrados y zonas abiertas. Están excluidos entre las 06:00 y 15:00 los locales que vendan alimentos para llevar o hagan envíos a domicilio (estos últimos sin límite de tiempo).
4. Colocación de carteles en parques y espacios verdes indicando la necesidad de las personas de mantener una distancia mínima de un metro y medio entre ellas.
5. Prohibición de apertura de locales de ventas al menor de todo tipo de productos, salvo los considerados esenciales.

b) Medidas ordenadas por el Ministerio de Salud y Asistencia de Baviera el 24 de marzo de 2020 para restringir la circulación de personas con motivo de la pandemia.¹²

1. Recomendación a todas las personas a reducir al mínimo absolutamente necesario el contacto físico y social con otras personas, que no sean las que habitan la misma casa.
2. Prohibición de explotación para los establecimientos gastronómicos, con excepción de las actividades que ofrezcan alimentos para retirar o enviar.
3. Prohibición de asistencia a hospitales y centros de salud en los que se establecieron centros de atención epidemiológicos, con excepción a la atención de partos e internaciones de niños recién nacidos. Prohibición de visitas a personas internadas; a personas discapacitadas internadas en lugares donde se presta -día y noche- la

⁹ En alemán Bayerisches Infektionsschutzgesetz (BayIfSG).

¹⁰ En alemán Infektionsschutzmaßnahmenverordnung.

¹¹ Bekanntmachung des Bayerischen Staatsministeriums für Gesundheit und Pflege und des Bayerischen Staatsministeriums für Familie, Arbeit und Soziales vom 16.03.2020, Az. 51-G8000-2020/122-67 zuletzt geändert durch Bekanntmachung vom 17.03.2020, Az. Z6a-G8000-2020/122-83.

¹² 2126-1-4-G Bayerische Verordnung über eine vorläufige Ausgangsbeschränkung anlässlich der Corona-Pandemie vom 24. März 2020.

asistencia necesaria; servicios ambulatorios de asistencia a pacientes; y visitas en hogares de ancianos y geriátricos.

4. Aceptación de salidas de los hogares solo según los motivos establecidos.

5. Los motivos válidos son los siguientes: a) el ejercicio de la profesión u oficio; b) la recepción de medicamentos o visitas a médicos; c) buscar alimentos y otros elementos de necesidad básica; d) visitar a la pareja, o personas mayores, enfermas, o discapacitadas (pero no internadas); e) el acompañamiento a personas que lo necesitan y personas menores de edad; f) asistencia a sepelios y entierros para círculos familiares; g) deportes y ejercicio en el aire libre; h) asistencia a animales.

6. La policía deberá controlarlo, y solicitar los motivos.

c) Medidas ordenadas por el Ministerio de Salud y Asistencia de Baviera con motivo de la pandemia de Corona Virus el 27 de marzo de 2020.¹³

1. Prohibición de eventos y reuniones, incluidas las que se dan con motivo de un culto o religión. Podrá sin embargo hacerse una excepción, cuando la autoridad de control considere que se cumplen los protocolos pertinentes para evitar la propagación del virus.

2. Prohibición de actividades comerciales que no sean de necesidad básica, por lo que solo se habilita la explotación de locales que vendan alimentos y bebidas, los bancos, las farmacias, las ópticas, las sucursales de correo, las veterinarias y las estaciones de servicio (entre otros de una lista elaborada por el gobierno). Estos deberán hacer observar el distanciamiento de un metro y medio entre las personas, y no podrán tener a más de diez en la zona de espera. Se establece la prohibición de establecimientos gastronómicos de cualquier tipo, incluidos al aire libre. La única excepción es para los establecimientos limitada a la entrega de alimentos, ya sea mediante retiro, o envío a domicilio. Por último, se suspende toda la explotación hotelera y gastronómica relativa al turismo.

3. Prohibición de asistencia a hospitales y centros de salud en los que se establecieron centros de atención epidemiológicos, al igual que en la reglamentación anterior (p.3 del apartado b).

Como se observa, las medidas adoptadas por el Gobierno de Baviera implican serias restricciones al libre goce y ejercicio de derechos, como el de movilidad o libre circulación, el libre desarrollo de la personalidad, el de reunión, o el de ejercicio de una profesión u oficio. El fundamento para ello, es la necesidad de reducir al mínimo posible los contactos entre las personas, para así poder consecuentemente reducir los índices de contagio.

Surge entonces una colisión entre los derechos fundamentales, cuyo ejercicio fue limitado, y el derecho a la salud y a la vida, también fundamentales, y que el Estado debe garantizar. En esta lógica, el Gobierno de Baviera decidió restringir los primeros, para asegurar los segundos.

III. El reclamo del recurrente y los derechos vulnerados

El solicitante entiende que una prohibición de juntarse con amigos, de visitar a sus padres, de protestar, o de conocer nuevas personas, es extrema, y por ello solicita una medida cautelar urgente.¹⁴ Fundamenta su solicitud principalmente en dos artículos de

¹³ 2126-1-4-G, 2126-1-5-G Bayerische Verordnung über Infektionsschutzmaßnahmen anlässlich der Corona-Pandemie (Bayerische Infektionsschutzmaßnahmenverordnung – BayIfSMV) vom 27. März 2020.

¹⁴ En alemán Einstweilige Anordnung.

la Ley Fundamental, que establecen los derechos a la libertad de acción y de desarrollo personal (art. 2) y a la libertad de reunión (art. 8).

Art. 2 de la Ley Fundamental Alemana (Libertad de acción y de desarrollo personal): *"Inc. 1. Toda persona tiene el derecho al libre desarrollo de su personalidad siempre que no viole los derechos de otros ni atente contra el orden constitucional o la ley moral. Inc. 2. Toda persona tiene el derecho a la vida y a la integridad física. La libertad de la persona es inviolable. Estos derechos sólo podrán ser restringidos en virtud de una ley"* (Artikel 2 GG). Art. 8 de la Ley Fundamental Alemana (Libertad de reunión): *"Inc. 1. Todos los alemanes tienen el derecho de reunirse pacíficamente y sin armas, sin notificación ni permiso previos. Inc. 2. Para las reuniones en lugares abiertos, este derecho puede ser restringido por la ley o en virtud de una ley"* (Artikel 8 GG).

Igualmente, refiere a las normas que procesalmente habilitan la vía del reclamo intentado. El art. 32 Inc. 1. del Estatuto del Tribunal Constitucional Federal Alemán¹⁵, establece que en un litigio, el Tribunal Constitucional Federal puede regular una situación mediante medida cautelar, si ello deviene necesario de manera urgente para evitar graves desventajas, prevenir amenazas de violencia o por otra razón importante para el bien común (§ 32 Inc. 1 BVerfGG). Por su parte, el art. 90 Inc. 1 del mismo Estatuto, establece que toda persona puede presentar un recurso constitucional al Tribunal Constitucional Federal Alemán, con el argumento de ver violentado un derecho fundamental, o uno de los derechos establecidos en los arts. 20 inc. 4, 33, 38, 101, 103, y 104 de la Ley Fundamental (§ 90 Inc. 1 BVerfGG).

La admisibilidad del recurso, se regula en el segundo inciso del art. 90, de donde se desprende como requisito, que el recurrente debe haber agotado la vía procesal ordinaria. Asimismo, agrega en una segunda oración que, *"no obstante, el Tribunal puede decidir de inmediato sobre un recurso constitucional, presentado antes de haberse agotado la vía procesal, toda vez que la cuestión sea de interés público, o que de exigirse el agotamiento de la vía anterior, el recurrente sufriría un daño grave e irreparable"* (§ 90 Inc. 2 BVerfGG).

IV. Particularidades del proceso

El recurrente presentó una solicitud de medida cautelar urgente, lo que se entiende como un acuerdo provisional, tendiente a garantizar la eficacia y viabilidad de una posterior decisión del Tribunal Constitucional sobre el fondo de la cuestión, particularmente para impedir situaciones irreversibles (Bundesverfassungsgericht.de/Verfahren). De esta manera, el Tribunal Constitucional Federal Alemán puede, sin resolver sobre la constitucionalidad de las medidas adoptadas por el Gobierno de Baviera, suspender su aplicación.

Para el dictado de una medida cautelar no es necesario que exista pendiente de resolución un proceso principal, sino que este puede presentarse también con posterioridad. El art. 32 del Estatuto del Tribunal Constitucional Federal Alemán regula este tipo de medidas, y establece que la adopción de una medida cautelar presupone la necesidad urgente, para evitar graves perjuicios, amenazas violentas, o cualquier otra consecuencia contra el interés general. Por ello, el criterio de examen seguido para estos procesos es distinto al utilizado en un procedimiento de declaración de inconstitucionalidad. Aquí lo decisivo no es la perspectiva de éxito del procedimiento principal, sino la evaluación de

¹⁵ En alemán Bundesverfassungsgerichtsgesetz (BVerfGG).

impacto que tienen las consecuencias. Estas son: las consecuencias que se derivarían de la imposibilidad de dictar una medida provisional pero prosperara el asunto principal en el futuro, se sopesarán con las desventajas que se derivarían de dictar la medida provisional sin prosperar el asunto principal (Bundesverfassungsgericht.de/Verfahren).

No es la primera oportunidad en que el Tribunal Constitucional Federal Alemán se expide en un proceso de medidas cautelares solicitadas contra medidas restrictivas dispuestas con motivo de la pandemia Covid-19. Sin embargo, la particularidad de esta sentencia es que el Tribunal no desestimó la solicitud por mera falta de formalidad, sino que ingresó al análisis e hizo un estudio de impacto de las consecuencias. En los casos anteriores, el Tribunal desestimó las solicitudes por falta de formalidades o por no observar el principio de subsidiariedad, que implica agotar primero las instancias anteriores (Pressemitteilung, 2020)¹⁶. Cabe observar que, si bien en el caso analizado el solicitante no agotó las instancias anteriores, el Tribunal entendió que tal requisito resultaba inútil, ya que los tribunales inferiores se habían expresado en otras oportunidades por la negativa a dictar medidas cautelares. De esta forma, sin recurrir a otros tribunales, el solicitante se dirigió directamente al Tribunal Constitucional.

V. La decisión del Tribunal

El tribunal reconoció que las medidas prohíben los contactos físicos inmediatos, los encuentros personales, el funcionamiento de centros de reunión de personas y abandonar los hogares sin motivos específicos (Beschluss 1 BvR 775/20 – Rn. 9). Consecuentemente, al analizar el impacto que tendría levantar las medidas, observó que de ser así, volverían a abrir los negocios cuya economía se ve afectada, las personas dejarían sus hogares con mayor frecuencia, y aumentarían los contactos directos entre personas (Beschluss 1 BvR 775/20 – Rn. 10). Junto a ello aumentaría considerablemente el riesgo de contagio del virus, de enfermedad en muchas personas, de sobrecarga de las instituciones sanitarias, y lo que es aún peor, de muerte de personas (Beschluss 1 BvR 775/20 – Rn. 10).

Asimismo, el tribunal determinó cuales serían los argumentos a favor y en contra, de adoptar la medida solicitada. A favor: entendió que las medidas del Gobierno afectan la libertad de las personas y limitan los derechos fundamentales, teniendo incluso consecuencias irreversibles en lo social, cultural y económico (Beschluss 1 BvR 775/20 – Rn. 9). En contra: entendió que de levantarse las medidas, aumentarían los contagios, y las muertes, y por otro lado, que no está comprobado que la continuación de las consecuencias de las medidas de protección sean tan insostenibles, como para derogarlas, sabiendo que es una normativa temporal (Beschluss 1 BvR 775/20 – Rn. 11).

Hecha la evaluación, y pese a reconocer la afectación de derechos fundamentales por parte de las medidas adoptadas por el Gobierno de Baviera, el Tribunal rechazó la solicitud. Entendió que los peligros a la salud y a la vida son más graves que las limitaciones a la libertad personal (Beschluss 1 BvR 775/20 – Rn. 11). En su argumentación, el Tribunal refirió que las medidas de protección son extremas, pero aceptables, toda vez que fueron impuestas para lograr la protección de la salud y la vida, lo que a su vez es un deber constitucional para el Estado; y remarcó que se trata de medidas transitorias, y que para tales restricciones se prevén numerosas excepciones. (Beschluss 1 BvR 775/20 – Rn. 11).

16 Casos 2 BvR 474/20, 2 BvR 483/20, 2 BvR 571/20, 1 BvR 661/20, 1 BvR 742/20, 1 BvR 712/20 y 1 BvR 714/20. Pressemitteilung Nr. 23/2020 vom 8. April 2020.

Finalmente, concluyó que: En razón a la importancia de los intereses en juego es razonable suspender ciertos derechos con carácter temporal para permitir una protección lo más amplia posible de la salud y de la vida, a la que el Estado está obligado en función al deber de protección¹⁷, establecido en el art. 2 inc. 2 de la Ley Fundamental (Beschluss 1 BvR 775/20 – Rn. 11).

VI. Conclusión

Como sucede en este tipo de procesos, el Tribunal realizó una evaluación de impacto. En el caso particular, evaluó las desventajas que tendría el solicitante en caso de que su recurso al final prospere, pero manteniendo las medidas de protección en vigor hasta ese momento. Y luego comparó tales circunstancias, con lo que implicaría derogar las medidas impugnadas, sin prosperar el proceso principal iniciado por el solicitante.

Debido al carácter sumamente estricto del análisis de impacto que realiza el Tribunal, los procesos de urgencia en los que se derogan disposiciones son excepcionales. Ello en razón a que no basta con probar la sola gravedad de las medidas atacadas, ni la eventual probabilidad de éxito de un recurso de inconstitucionalidad, sino que debe probarse que las consecuencias de mantenerlas, serán peores que las de derogarlas.

En el caso analizado el recurrente no logró el éxito de su reclamo, porque el Tribunal hizo prevalecer el deber constitucional de protección a la vida y la salud que pesa en cabeza del Estado, por sobre los derechos fundamentales que se vieron restringidos. Y si bien, puede existir discusión en relación al alcance de las medidas que el Estado adopta, no hay dudas de que en el cumplimiento del deber de protección, y para efectivizarlo, éste debe organizar el ordenamiento jurídico, tarea en la que se sirve de la legislación (Christian Calliess, 2006).

Por último, resulta importante remarcar que en procesos de carácter urgente ante el Tribunal Constitucional Federal Alemán, en caso de admisión, se debe también resolver el fondo de la cuestión. Sin embargo este no fue el caso, razón por la cual el Tribunal remarcó que se pronunciará sobre el recurso de inconstitucionalidad más adelante.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Antoni Trilla, (2020) Un mundo, una salud: la epidemia por el nuevo coronavirus Covid 19. Disponible en: <https://doi.org/10.1016/j.medcli.2020.02.002>
- Bayerische Verordnung über eine vorläufige Ausgangsbeschränkung anlässlich der Corona-Pandemie vom 24. März 2020. Disponible en: <https://www.verkuendung-bayern.de/baymbl/2020-130/>
- Bayerische Verordnung über Infektionsschutzmaßnahmen anlässlich der Corona-Pandemie (Bayerische Infektionsschutzmaßnahmenverordnung – BayIfSMV) vom 27. März 2020. Disponible en: <https://www.verkuendung-bayern.de/baymbl/2020-158/>

17 En alemán Schutzpflicht.

- Bayerisches Infektionsschutzgesetz. Disponible en: <https://www.verkuendung-bayern.de/gvbl/2020-174/>
- Bekanntmachung des Bayerischen Staatsministeriums für Gesundheit und Pflege und des Bayerischen Staatsministeriums für Familie, Arbeit und Soziales vom 16.03.2020. Disponible en: <https://www.verkuendung-bayern.de/baymbl/2020-143/>
- Bundesverfassungsgerichtsgesetz. Disponible en: <https://www.gesetze-im-internet.de/bverfgg/>
- BverfG, (2020) Beschluss der 3. Kammer des Ersten Senats vom 7. April 2020 - 1 BvR 755/20. Disponible en: <https://www.bundesverfassungsgericht.de/>
- Christian Calliess, (2006) Die grundrechtliche Schutzpflicht im mehrpoligen Verfassungsrechtsverhältnis. *Juristen Zeitung* 61. Jahrg., Nr. 7 (7. April 2006), pp. 321-330.
- Gesetz zur Verhütung und Bekämpfung von Infektionskrankheiten beim Menschen (Infektionsschutzgesetz-IfSG). Disponible en: <https://www.gesetze-im-internet.de/ifsg/>
- Gobierno de Argentina (Página oficial). www.argentina.gob.ar/salud/coronavirus
- Grundgesetz Für die Bundesrepublik Deutschland (GG). Disponible en: <https://www.gesetze-im-internet.de/gg/>
- Klaus Michael Miebach, (2001) El federalismo en la República Federal de Alemania. 11-2001 / Política interior. Código 710 Q 1163. Disponible en: <https://www.bivica.org/files/Alemania-federalismo.pdf>
- Ministerio de Salud de Alemania (Página oficial). www.bundesgesundheitsministerium.de
- Organización Mundial de la Salud (OMS). <https://www.who.int>
- Pressemitteilung Nr. 23/2020 vom 8. April 2020 <https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Pressemitteilungen/DE/2020/bvg20-023.html>

LA IMPORTANCIA DEL PRINCIPIO *PRO ACTIONE* PARA EL ACCESO A LA JUSTICIA

THE IMPORTANCE OF THE *PRO ACTIONE* PRINCIPLE FOR THE ACCESS TO JUSTICE

Ignacio Vázquez¹

DOI: [https://doi.org/10.37767/2591-3476\(2021\)12](https://doi.org/10.37767/2591-3476(2021)12)

Comentario a

Sentencia 155/2020, de 4 de noviembre de 2020

Tribunal Constitucional de España

Disponible en

<https://bit.ly/38fDOeH>

RESUMEN:

La Sentencia del Tribunal Constitucional 155/2020 bajo análisis reafirma la importancia del principio *pro actione* en la delimitación del contenido y alcance del derecho al acceso a la justicia. El pronunciamiento refuerza la doctrina constitucional española en materia de legitimación procesal, insistiendo en la idea de que basta con demostrar un mero interés legítimo para interponer un recurso. Asimismo, reafirma el rol primordial del Tribunal Constitucional en evitar que un excesivo rigorismo formal en la consideración de la admisión de los recursos, por parte de los órganos judiciales, genere una lesión al derecho a la tutela judicial efectiva de los recurrentes. El presente comentario gira en torno a los conceptos de legitimación procesal, interés directo e interés legítimo, así como sobre los alcances del juicio de proporcionalidad y razonabilidad en materia de acceso a la jurisdicción.

ABSTRACT

The ruling 155/2020 of the Spanish Constitutional Court, hereby analyzed, reassures the importance of the *pro actione* principle for determining the content and extent of the right to access to justice. It reinforces the current Spanish constitutional doctrine about legal standing, insisting on the idea that demonstrating a mere “legitimate interest” is enough to access to courts. It also highlights the Constitutional Court’s key role in impeding that an excessive formal rigorism in the admission of legal remedies causes a violation of the right to access to justice. This review focuses on key concepts such as legal standing, direct interest, legitimate interest, as well as the extent of the judgment of proportionality and reasonableness in terms of the right of access to justice.

¹ Abogado (UBA). Magíster en Derecho Constitucional por el Centro de Estudios Políticos y Constitucionales (Madrid, España). Auxiliar docente en Derecho de la Integración (UBA). Se ha desempeñado como Becario del Servicio de Doctrina Constitucional del Tribunal Constitucional español y Asesor Parlamentario en la Honorable Cámara de Diputados de la Nación Argentina. Mail: vazquezignacio32@gmail.com. ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0001-7208-9145>

PALABRAS CLAVE: Legitimación; *pro actione*; interés legítimo; razonabilidad; proporcionalidad.

KEY WORDS: Legal standing; *pro actione*; legitimate interest; proportionality; reasonableness

I. Introducción

La Sentencia 155/2020, de 4 de noviembre de 2020, dictada por el Tribunal Constitucional español, estima un recurso de amparo interpuesto contra una sentencia de un juzgado en lo contencioso-administrativo de Barcelona que denegó legitimación al titular de una farmacia de Cataluña para reclamar, ante el Servicio Catalán de Salud, el abono de los intereses por el retraso en el pago de la factura de los medicamentos suministrados por la farmacia a los usuarios del sistema público de salud. Todo ello, en virtud de los derechos y obligaciones derivados de un convenio de atención farmacéutica suscrito entre el Servicio Catalán de Salud y el Consejo de Colegios Farmacéuticos de Cataluña.

El convenio suscrito entre el Servicio Catalán de Salud y el Consejo de Colegios Farmacéuticos de Cataluña establece la responsabilidad de las farmacias en la adquisición, conservación y dispensación de los medicamentos a los usuarios del Sistema Catalán de Salud, siendo obligación de este último efectuar en tiempo y forma el pago correspondiente a los titulares de farmacia.

El juzgado en lo contencioso-administrativo de Barcelona decidió rechazar la legitimación del recurrente por entender que solo las partes intervinientes en la celebración del convenio se encontraban legitimadas para reclamar ante su incumplimiento. El Tribunal Constitucional, en la sentencia bajo análisis, rechazó esta postura y decidió conceder legitimación a la actora por razones que se analizarán detenidamente.

El análisis del pronunciamiento del Tribunal Constitucional se centra, por tanto, en la cuestión de la legitimación procesal tanto ante el contencioso-administrativo como para recurrir en amparo ante el propio Tribunal Constitucional, representado una buena oportunidad para clarificar conceptos siempre confusos como los de interés directo, interés legítimo y derechos subjetivos, con referencia a los pronunciamientos del Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo en la materia.

II. La tutela judicial efectiva y el derecho de acceso a la jurisdicción.

La comprensión del alcance de la Sentencia del Tribunal Constitucional (en adelante, "STC") 155/2020 bajo análisis requiere efectuar unas consideraciones previas en relación al derecho en juego en dicho pronunciamiento, la tutela judicial efectiva en su faz del derecho al acceso a la jurisdicción. El Tribunal Constitucional español ha indicado en numerosos pronunciamientos que el derecho a la tutela judicial efectiva se concreta, ante todo, en los derechos de acceso a la jurisdicción, a recibir una resolución motivada y fundada en Derecho, a la ejecución de las sentencias firmes y a la prohibición de indefensión.² Es decir, el derecho a la tutela judicial efectiva reconocido por el artículo 24 de la Constitución Española (en adelante, CE) es un derecho que abarca a todas las etapas del proceso, incluyendo el propio derecho de acceder a los tribunales para hacer valer una pretensión.

² Ver, entre otras, SSTC 26/1983, FJ 2; 10/2000, FJ 2; 83/2001, FJ 4; 3/2004, FJ 3, 190/2005, FJ 5.

Carrasco Durán (2010:23) indica que el derecho a la tutela judicial efectiva, tras la construcción doctrinaria realizada por el Tribunal Constitucional, supone el derecho que tienen las personas de recibir una respuesta razonable a sus pretensiones por parte de los órganos judiciales, teniendo en cuenta que dicha exigencia de razonabilidad se plasma de diversa manera según la fase del proceso o la actuación a la que se aplique.³ Así, en materia de acceso a la jurisdicción el test de razonabilidad que aplica el Tribunal Constitucional vendría guiado por el principio *pro actione*, que exige que las resoluciones de inadmisión de los recursos no sean tomadas con excesivo rigorismo formal, de modo tal que el intérprete de la norma siempre debe favorecer la admisión del recurso si esa solución es plausible mediante la interpretación de la normativa aplicable al caso.

El principio *pro actione*, entonces, exige no solo que la decisión de inadmisión de los recursos sea admisible bajo la normativa aplicable sino también que sea proporcional. Como bien indica Medina Alcoz (2019: 66-67), la doctrina constitucional entiende que, ante dos interpretaciones posibles de la regulación aplicable, el *pro actione* obliga a los órganos judiciales a interpretar los requisitos procesales de legitimación sin sacrificio desproporcionado del derecho de acceder a la justicia. Esto es consistente con diversos pronunciamientos del Tribunal Constitucional donde el mismo ha indicado que el principio *pro actione* prohíbe las decisiones de inadmisión que “por su rigorismo, su formalismo excesivo, o cualquier otra razón, revelen una clara desproporción entre los fines que aquellas causas preservan y los intereses que sacrifican” (SSTC 38/1998, de 17 de febrero, FJ 2; 17/2011, de 28 de febrero, FJ 3; entre otras).⁴

Un aspecto central a considerar al abordar el derecho a la tutela judicial efectiva en su faz de acceso a la jurisdicción es aquel de la legitimación procesal. En efecto, el artículo 24.1 CE no pareciera configurar un derecho al libre acceso a los Tribunales sino que vincula a la acción procesal con el derecho material que le sirve de sustento, mediante el requisito de la legitimación. De este modo, el artículo 24.1 CE reconocería el derecho a que todo titular de derechos subjetivos e intereses legítimos deduzca ante el juez competente las pretensiones procesales oportunas para “la defensa y protección de las situaciones jurídico-subjetivas respectivas frente a cualquier acto que constituya una vulneración de las mismas” (Mateu-Ros Cerezo, 1982:84). El requisito de la legitimación, por tanto, es un elemento intrínseco al propio derecho a la acción judicial o acceso a la jurisdicción.

Ahora bien, entendido que para el ejercicio del derecho a la tutela judicial efectiva se requiere de legitimación procesal en cada caso concreto, resta determinar cual es el alcance de dicha legitimación en el derecho español y, en particular, en relación a los recursos contencioso-administrativos y el recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional. Para ello, será importante delimitar algunos conceptos que permiten comprender las divergencias en el razonamiento entre la sentencia del contencioso-administrativo de Barcelona, que denegó legitimación a la farmacéutica, y el razonamiento del Tribunal Constitucional en la sentencia bajo análisis. En particular, haré referencia a los conceptos de derechos subjetivos, interés directo e interés legítimo, y su configuración por parte del Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo.

3 El autor indica que el Tribunal Constitucional ha desarrollado una argumentación basada en diversas vertientes del derecho a la tutela judicial efectiva (acceso al proceso, acceso a una resolución motivada, a la ejecución de sentencias y a la prohibición de indefensión), para la cual aplica diversos tests de razonabilidad.

4 Cabe destacar que en estos casos el “juicio de proporcionalidad” no sigue la tradicional subdivisión en los tres juicios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad sino que más bien apunta al rechazo de toda interpretación “excesivamente formal o rigorista”. Así lo han interpretado las propias SSTC 194/2013, FJ 6 y 71/2010, FJ 3; entre otras.

III. Interés directo, interés legítimo, derechos subjetivos.

1) Interés legítimo y derechos subjetivos.

La distinción entre interés directo, interés legítimo y derechos subjetivos importa a la hora de establecer el alcance de la legitimación procesal del recurrente. Evidentemente la distinción entre estos conceptos no es clara y ha dado lugar a diversas interpretaciones, pero interesa a los fines del presente análisis determinar cual es la evolución que ha tenido en la doctrina y jurisprudencia española, a los fines de determinar el alcance de la legitimación tanto ante el contencioso-administrativo como ante el Tribunal Constitucional mediante el recurso de amparo.

En primer lugar, cabe hacer referencia a la siempre ardua distinción entre *derecho subjetivo* e *interés legítimo*. El debate en torno a sí puede predicarse la existencia de una posición jurídica subjetiva diversa en cabeza del recurrente según el mismo sea titular de un derecho subjetivo o interés legítimo surgió con fuerza en Italia y continúa hasta nuestros días. En el derecho italiano siempre existió una jurisdicción dual para atender los recursos ante la Administración: si la controversia con la Administración suponía la necesidad de determinar la existencia de una obligación estatal frente al ciudadano o bien obligar a la Administración al pago de una suma de dinero, entonces eso se trataba de un derecho subjetivo en cabeza del recurrente que podía acudir a los tribunales ordinarios. Si, por el contrario, se trataba de exigir la anulación de un acto administrativo, entonces se invocaba un interés legítimo y resolvía un juez especial administrativo, perteneciente al Consejo de Estado.⁵ Esta distinción se mantuvo con posterioridad a la sanción de la Constitución italiana de 1947, dado el gran prestigio que los constituyentes italianos asignaban al Consejo de Estado, una institución que había mostrado bastante independencia durante el régimen fascista. (Bordalí Salamanca, 2018: 77-79).

El debate respecto a si el interés legítimo constituye una posición jurídica autónoma no se encuentra zanjado. Así, mientras algunos autores consideran que estas nociones pueden comprenderse en una misma figura a los efectos de la legitimación⁶, otros consideran que la invocación de un interés legítimo necesariamente excluye la existencia del derecho subjetivo (Medina Alcoz, 2016: 302-305), u otorgan al derecho subjetivo un carácter sustancial mientras que consideran que el interés legítimo tiene una naturaleza meramente instrumental vinculada al procedimiento administrativo (Gallego: 1996, 23-25).

Sea como fuere, lo que interesa sustancialmente es distinguir correctamente entre las nociones de "interés directo" e "interés legítimo". Sobre estos conceptos ha girado el debate en torno a la legitimación en el contencioso-administrativo español durante mucho tiempo, en un proceso evolutivo que fue abandonando el requisito de interés directo para suplantarlos por el requisito o deber más amplio de tener que demostrar simplemente un interés legítimo para recurrir ante los órganos judiciales.

2) Interés directo e interés legítimo.

En líneas generales, puede afirmarse que en el ordenamiento jurídico español hubo un primer momento de prevalencia del requisito del interés directo marcado por la vigencia

⁵ La idea predominante, en aquel entonces, era que los individuos no tenían derechos subjetivos frente a los actos unilaterales de la Administración sino meramente un interés protegido en la medida en que este coincidiera con el interés público. El interés individual se encontraba, por entonces, totalmente subordinado al de la Administración.

⁶ Ferrajoli (2007:652) es uno de los que se opone a esta distinción entre interés legítimo y derecho subjetivo ya que considera que si la Administración, en determinado supuesto, tiene la obligación de valorar un recurso de un individuo, entonces el mismo tiene derecho a que su demanda sea recibida y valorada. En similar sentido se expresa Cano Campos (2019: 349-355) al entender que en todo derecho subjetivo subyace una posición de interés legítimo.

de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (en adelante, LJCA) de 1956 y el período preconstitucional caracterizado por el régimen franquista y el nacimiento de un nuevo Derecho Administrativo, de la mano de ilustres juristas como García de Entrerría. En dicho período, la legitimación para reclamar ante la Administración se extendía a todo aquel que pudiera demostrar un “interés directo”, consistente en poder demostrar la titularidad de un derecho para instar su reconocimiento por los órganos judiciales y exigir el restablecimiento de una situación jurídica individualizada.

Posteriormente, la sanción de la Constitución Española en 1978 y el reconocimiento del derecho a la tutela judicial efectiva, trajo aparejada una interpretación más flexible del requisito de interés directo por parte de los tribunales. Este viraje terminó de consolidarse con la sanción en 1998 de una nueva LJCA, que supuso la consagración del criterio del “interés legítimo” como criterio legitimador para acudir ante la jurisdicción de lo contencioso-administrativo.⁷

Por supuesto, la noción de “interés legítimo” supone un “concepto jurídico indeterminado” que, en gran medida, ha sido precisado por los pronunciamientos tanto del Tribunal Constitucional como del Tribunal Supremo español. La doctrina que emana de estos pronunciamientos identifica al interés legítimo con una facultad concreta que posee un individuo en relación con una determinada actuación administrativa, debiendo existir una relación material unívoca entre el sujeto y el objeto de la pretensión del proceso de modo tal que, con la interposición del recurso y el reconocimiento de la pretensión, se derive un beneficio o se elimine un perjuicio para quien recurre. Es decir, el interés legítimo siempre está en relación a la pretensión que busca hacerse valer en el proceso y nunca puede ser considerado en modo abstracto como sucede con los derechos subjetivos.

Lo cierto es que tanto la jurisprudencia del Tribunal Constitucional como la del Tribunal Supremo ha ido perfilando el concepto de interés legítimo en torno a los conceptos de ventaja, beneficio y perjuicio. Así, por ejemplo, el Tribunal Constitucional ha sostenido en un temprano pronunciamiento que la legitimación “equivale a titularidad potencial de una posición de ventaja o de una utilidad jurídica por parte de quien ejercita la pretensión, que se materializaría de prosperar ésta” (STC 143/1994, de 9 de mayo, FJ 3). Al mismo tiempo, ha vinculado el interés legítimo a la existencia de una relación material unívoca entre el sujeto y el objeto de la pretensión, “de tal forma que su anulación produzca automáticamente un efecto positivo (beneficio) o negativo (perjuicio), actual o futuro, pero cierto, debiendo entenderse tal relación referida a un interés en sentido propio, cualificado y específico, actual y real (no potencial o hipotético)” (STC 38/2010, de 19 de julio, FJ 2).⁸

Por su parte, el Tribunal Supremo se ha hecho eco de la doctrina del Tribunal Constitucional y ha establecido algunas precisiones al indicar que por interés legítimo “debe reputarse toda situación jurídica individualizada caracterizada, por un lado, por singularizar la esfera jurídica de una persona respecto de las de la generalidad de los ciudadanos o administrados en sus relaciones con la Administración Pública y dotada, por otro lado, de consistencia y lógica jurídico-administrativas propias, independientes de su conexión

⁷ Así lo establece el artículo 19.1.a de la LJCA que indica que están legitimados ante el orden jurisdiccional contencioso-administrativo “las personas físicas y jurídicas que ostenten un derecho o interés legítimo”.

⁸ Una línea similar siguen las SSTC 73/2004, de 22 de abril, FJ 3; 52/2007, de 12 de marzo, FJ3; 85/2008, de 21 de julio, FJ4; 119/2008, de 13 de octubre, FJ 4; 144/2008, de 10 de noviembre, FJ 4; 28/2009, de 26 de enero, FJ 2, entre otras. La idea que subyace a estos pronunciamientos es justamente la existencia de una potencial ventaja o utilidad, que suponga una modificación de la esfera jurídica, para el titular de la pretensión de ser ésta admitida.

o derivación con verdaderos derechos subjetivos" (STS, de 4 de marzo de 2003). En suma, y sin intención de realizar un análisis exhaustivo de la jurisprudencia en la materia, lo cierto es que los máximos órganos jurisdiccionales de España coinciden en vincular la legitimación procesal al interés legítimo del recurrente, el cual se configurará cuando exista una relación material unívoca entre el sujeto y objeto de la pretensión y siempre que, tras un pronunciamiento respecto a las pretensiones del recurrente, se produzca una modificación de su posición en relación con la Administración. Es decir, una situación de la que se derive un beneficio o un perjuicio, actual o potencial, pero cierto, de quien recurre.

IV. La legitimación en el recurso de amparo.

Previo al análisis del pronunciamiento recaído en la STC 155/2020 resulta necesario hacer una breve mención a la cuestión de la legitimación para interponer el recurso de amparo, considerando que dicho pronunciamiento tiene origen en un recurso de amparo interpuesto por el titular de una farmacia contra la resolución de un juzgado de lo contencioso-administrativo de Barcelona. Al centrar el presente análisis en la cuestión de la legitimación, cabe indagar si los requisitos de legitimación para interponer un recurso contencioso-administrativo difieren sustancialmente de los requisitos para interponer un recurso de amparo. En otras palabras, debe indagarse respecto a la posibilidad de que el titular de la farmacia estuviera legitimado para interponer un recurso contencioso-administrativo pero no el recurso de amparo, o viceversa.

El recurso de amparo en el ordenamiento jurídico español se configura como un procedimiento especial del que conoce en forma exclusiva el Tribunal Constitucional, tendiente a la tutela de los derechos fundamentales contemplados en los artículos 14 a 29 y 30.2 de la CE. El artículo 162.1.b de la CE, por su parte, indica que están legitimados para interponer el recurso de amparo "toda persona natural o jurídica que invoque un interés legítimo, así como el Defensor del Pueblo o el Ministerio Público Fiscal". Como puede observarse, la Constitución Española hace referencia en este supuesto al interés legítimo como requisito de legitimación, lo que da a entender que no es necesario que sea el titular del derecho fundamental quien interponga el recurso.

En efecto, si bien la Constitución no establece precisión alguna respecto al concepto de "interés legítimo", ha sido el propio Tribunal Constitucional en sus pronunciamientos el que ha delineado sus contornos. Siguiendo en este punto a Gómez Montoro (2003: 168-170), puede afirmarse que el Tribunal Constitucional entiende que no puede equipararse el interés legítimo con la titularidad del derecho fundamental, pero tampoco puede interpretarse en forma tan amplia de modo de permitir una suerte de acción pública o popular en defensa de la legalidad.

En sentido similar se expresa Sánchez Morón (1983: 38), quien indica que la legitimación lejos de quedar reservada al titular del derecho agraviado se atribuye también a "todos los que hallen en la reparación del mismo ventajas o utilidades jurídicas de cualquier tipo".⁹ Sin embargo, y si bien el Tribunal Constitucional ha interpretado en forma amplia el requisito de "interés legítimo" para recurrir en amparo en virtud del principio *pro actione*, lo cierto es que la naturaleza propia del recurso, que tiende a la protección de

⁹ Así el autor menciona, por ejemplo, al consejero de Radio Televisión Española (RTVE) que se encuentra legitimado para interponer amparo contra los actos de restricción directa o indirecta de la libertad de expresión en la radiodifusión pública, o los sindicatos en defensa de los trabajadores. Es decir, el interés legítimo queda claro que no se asocia necesariamente con la titularidad de un derecho fundamental

los derechos fundamentales, genera también sus propias limitaciones a la amplitud de la legitimación.

Atendiendo nuevamente en este punto a Gómez Montoro (2003: 173-176), cabe destacar que el Tribunal Constitucional ha insistido siempre en que para demostrar la efectiva concurrencia del interés legítimo es necesario atender a la naturaleza del derecho fundamental vulnerado así como también a la concreta relación con el acto objeto de impugnación en vía constitucional. Y ello se vuelve particularmente necesario en el caso de la legitimación de personas jurídicas de derecho privado en defensa de los intereses de sus representados.

Evidentemente, la noción de interés legítimo para recurrir supone abandonar la idea de la legitimación predominantemente individualista, construida en relación con la noción de derecho subjetivo. Por el contrario, la legitimación basada en el interés legítimo admite que determinadas personas jurídicas de derecho privado interpongan un recurso de amparo en defensa de los derechos fundamentales de sus representados siempre que, en función de sus estatutos o de su propia esencia, demuestren una vinculación entre sus propios fines y los derechos fundamentales de sus representados. Tal sería el caso, por ejemplo, del sindicato que interpone un amparo ante el despido de algún trabajador con lesión de su derecho de huelga o libertad sindical, o de un grupo parlamentario en relación con los derechos de sus miembros.

Sin embargo, lo cierto es que los derechos fundamentales son personalísimos y la puesta en marcha de las acciones para su tutela corresponde, en principio, a su titular. Cabría preguntarse en este supuesto qué sucedería si el titular del derecho fundamental y la persona jurídica que lo representa tienen intereses contrapuestos. Ya sea tanto que la persona jurídica titular de un interés legítimo utilice la vía de amparo para defender un derecho contra la voluntad de su titular, como que la persona jurídica no accione en defensa de estos derechos y se le niegue legitimación individual al titular del derecho. Lo expuesto precedentemente permite comprender los alcances de la legitimación procesal en torno a la noción de "interés legítimo". Evidentemente, hoy en día la legitimación es más amplia y se ha abandonado la exigencia de una exclusiva legitimación individual en cabeza del titular del derecho, pero ello de ningún modo permite colegir que la existencia de una legitimación en cabeza de personas jurídicas impida la legitimación individual concurrente.¹⁰

V. La sentencia 155/2020: un pronunciamiento respetuoso de la doctrina constitucional.

La sentencia 155/2020 estima el recurso de amparo promovido por el titular de una farmacia de Cataluña respecto de la sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 9 de Barcelona, que inadmitió su demanda de reclamación de intereses de demora en el pago por suministro de medicamentos contra el Servicio Catalán de Salud. En sus alegaciones ante el Tribunal Constitucional, el Servicio Catalán de Salud manifestó que no concurrían los requisitos para la procedencia del amparo, en tanto el mismo se basaría exclusivamente en el desacuerdo con el contenido del pronunciamiento por

¹⁰ Así, por ejemplo, en la STC 217/1992 se reconoció legitimación a unos profesores de la Universidad de Sevilla para impugnar determinados preceptos de los estatutos aprobados por la universidad que consideraban contrarios al derecho a igualdad de los estudiantes. Allí, el Tribunal Constitucional reconoció que la titularidad del derecho les pertenecía a los estudiantes, pero los profesores podían, de todos modos, invocar un interés legítimo para la interposición del recurso de amparo. Resulta evidente que la legitimación de los profesores no excluye en modo alguno la de los estudiantes.

parte del recurrente, sin haber demostrado que el mismo le haya causado una efectiva indefensión.

Resulta interesante detenerse en este punto en las alegaciones del fiscal ante el Tribunal Constitucional. El fiscal realiza una excelente síntesis de la doctrina constitucional en materia de legitimación procesal, poniendo el foco en la existencia de un interés legítimo evidente para recurrir ante el contencioso-administrativo por parte del recurrente. Así, el fiscal destaca que a la luz del actual concepto constitucional de “interés legítimo” configurado por el artículo 19.1 a) de la LCJA y la consagración del derecho a la tutela judicial efectiva en el 24. 1 CE, no puede afirmarse que solo quien es parte en el convenio (en este caso el Servicio Catalán de Salud y el Consejo del Colegio de Farmacéuticos de Cataluña) se encuentre legitimado para reclamar ante el incumplimiento contractual.

Esta línea argumental es seguida por el Tribunal Constitucional en su pronunciamiento, que para resolver reitera la doctrina expuesta en la STC 80/2020, de 15 de Julio de 2020. Dicho pronunciamiento presenta un supuesto de hecho idéntico al de la STC 155/2020, ya que se trataba de una titular de farmacia que reclamó los intereses por demora en el abono de medicamentos dispensados a pacientes del servicio público de salud.

La recurrente interpuso un recurso de amparo contra la sentencia núm. 219/2017, de 16 de noviembre, del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 15 de Barcelona. Resulta interesante detenerse en el argumento brindado por dicho pronunciamiento del contencioso administrativo de Barcelona para denegar legitimación a la recurrente. El órgano judicial declaró la “patente falta de legitimación activa de la parte demandante, puesto que partiendo de que el objeto de la presente litis es un incumplimiento contractual entre dos personas jurídicas (Servicio Catalán de Salud y Consejo de Colegios farmacéuticos de Cataluña) no puede accionar *motu proprio* la actora individualmente sin venir amparada o apoyada en su accionar judicial del propio colegio oficial corporativo suscriptor del referido concierto” (fundamento de Derecho 2).

Frente a este argumento del contencioso-administrativo, y a efectos de analizar la legitimación de la recurrente, el Tribunal Constitucional analiza detenidamente, en su pronunciamiento en la STC 80/2020, los diversos derechos y obligaciones que surgen del concierto de atención farmacéutica suscrito entre el Servicio Catalán de Salud y el Consejo de Colegios Farmacéuticos de Cataluña. Así, determina que a pesar de que las oficinas de farmacia no son parte firmante del concierto o convenio celebrado, lo cierto es que la prestación de la atención farmacéutica recae sobre cada una de las farmacias. Ellas son quienes deben asumir el costo de la adquisición de medicamentos necesarios en forma anticipada al pago por parte del Servicio Catalán de Salud, de modo de hacer frente a su obligación de dispensar los medicamentos a los pacientes del servicio público de salud que presenten la receta médica pertinente (FJ 4). Asimismo, como bien señala el Tribunal Constitucional, el Consejo no asume ningún tipo de obligación en orden a reembolsar a los titulares de oficina de farmacia las facturas por los medicamentos o hacer frente a las consecuencias por el retraso en el abono de las mismas.

Es evidente entonces que las oficinas de farmacia, así como asumen un conjunto de obligaciones, también adquieren el derecho a percibir la contraprestación económica del Servicio Catalán de Salud en tiempo y forma. Y es por este motivo que, ante el retraso en el pago, las oficinas de farmacia presentan un interés legítimo, propio y directo, para

reclamar ante los órganos judiciales.

En efecto, como acertadamente indica el Tribunal, “si la actora esta obligada en virtud del concierto a efectuar una prestación, y si tiene derecho al pago por sus servicios, debe poder también reclamar el cumplimiento de esa contraprestación así como las consecuencias que se deriven de su incumplimiento temporáneo” (STC 80/2020, FJ, 4). Por tanto, el Tribunal concluye que el juzgado contencioso-administrativo de Barcelona ha lesionado en forma desproporcionada el derecho de acceso a la jurisdicción de la actora, al no interpretar con la amplitud que exige la doctrina constitucional vigente las reglas de atribución de la legitimación activa. Esta es la doctrina que aplica el Tribunal Constitucional en su Sentencia 155/2020, que se caracteriza por realizar una remisión a la STC 80/2020.

El pronunciamiento del Tribunal Constitucional bajo análisis se adecua a la doctrina actual sobre legitimación procesal e interés legítimo expuesta precedentemente. En efecto, del éxito o no de la pretensión ejercitada por la recurrente (oficina de farmacia) depende la generación o no de una ventaja, utilidad jurídica o beneficio. El interés jurídico de la recurrente en este supuesto es cierto y directo, ya que son las oficinas de farmacia las obligadas a realizar la prestación de medicamentos a los usuarios del sistema público de salud.

Suponer que la reclamación eventualmente ejercida por parte del Consejo de Colegio de Farmacéuticos de Cataluña a favor de las farmacias que operan en Cataluña priva de legitimación a las oficinas de farmacia supone una interpretación irrazonable que no supera el test de proporcionalidad exigido a este tipo de decisiones de inadmisión. En efecto, el principio *pro actione* exige no solo que la decisión de inadmisión sea admisible bajo la normativa aplicable sino que además resulte proporcionada. El Juzgado en lo Contencioso-administrativo número 9 de Barcelona ha efectuado una interpretación excesivamente restrictiva de la legitimación procesal, asimilando la legitimación al viejo “interés directo”, que habilitaría la legitimación únicamente a las partes firmantes del convenio en este supuesto. El Tribunal Constitucional, en consecuencia, determina la existencia de una lesión del derecho a la tutela judicial efectiva del recurrente mediante un pronunciamiento que realiza una interpretación de los requisitos de legitimación procesal acorde a la evolución doctrinaria y jurisprudencial, y que resulta respetuosa del principio *pro actione* rector en materia de acceso a la jurisdicción.

VI. Conclusiones

La Sentencia 155/2020 del Tribunal Constitucional español reitera la doctrina de la STC 80/2020 y reafirma así la importancia del principio *pro actione* en materia de acceso a la jurisdicción. Se consolida con este pronunciamiento, entonces, la doctrina constitucional que realiza una interpretación amplia del deber de acreditar un “interés legítimo” para tener legitimación procesal.

Este pronunciamiento da cuenta del abandono de la teoría tradicional que identificaba la legitimación procesal con la acreditación de un “interés directo”, donde únicamente el titular de un derecho lesionado se encontraba legitimado para recurrir ante los órganos judiciales. La consagración del derecho a la tutela judicial efectiva en la Constitución Española de 1978 y la nueva Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso- Administrativa de 1998, con su expresa referencia a los intereses legítimos de los recurrentes como

criterio de legitimación procesal, han contribuido enormemente a generar un cambio de paradigma en materia de acceso a la jurisdicción.

Conforme a la actual doctrina constitucional española, no resulta suficiente que la decisión de denegación de legitimación a un recurrente resulte simplemente admisible bajo la normativa vigente, sino que además el Tribunal Constitucional evaluará en cada caso que dicha decisión no suponga un sacrificio desproporcionado del derecho de acceso a la jurisdicción. Este paradigma, de hecho, es el que inspiró la sanción de una nueva Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, buscando terminar con el blindaje de la Administración frente al particular para enfocarse en la protección del ciudadano frente a las extralimitaciones de la Administración y el sometimiento de ésta al Derecho.

La actual vinculación de la legitimación procesal a la noción de interés legítimo y la amplia interpretación de este requisito conforme a las exigencias del principio *pro actione* no debe interpretarse como instaurando una suerte de acción popular en el ordenamiento jurídico español por la cual todo ciudadano pueda recurrir a los órganos judiciales en defensa de la mera legalidad. Por el contrario, y como ha sido expuesto en el presente análisis, todo recurrente debe demostrar una conexión entre su particular posición jurídica y el objeto de su pretensión, de modo tal que de la resolución del mismo se derive un beneficio o perjuicio. Es decir, que de algún modo se produzca una modificación de su esfera jurídica en palabras del Constitucional.

El pronunciamiento del Tribunal Constitucional español en su STC 155/2020 se ajusta adecuadamente a la actual doctrina constitucional en materia de legitimación procesal. Evidentemente, la decisión del juzgado de lo contencioso-administrativo de Barcelona que denegó la legitimación al titular de una farmacéutica para reclamar ante el Servicio Catalán de Salud resulta desproporcionada y no respeta el principio *pro actione* en materia de acceso a la jurisdicción.

En ese sentido, la decisión del contencioso-administrativo de Barcelona parecería enlazar más en el antiguo paradigma de legitimación procesal que aplicaba el contencioso-administrativo, generando un blindaje hacia la Administración (en este caso de Cataluña), al pretender obligar a los titulares de oficinas de farmacia a asumir obligaciones producto de un convenio del que no han sido parte, entre el Consejo de Colegios Farmacéuticos de Cataluña y el Servicio Catalán de Salud. En efecto, como bien destaca el Constitucional en su pronunciamiento, son los titulares de farmacia los que asumen la obligación de adquirir y dispensar los medicamentos a los usuarios del servicio Catalán de Salud y son ellos, por tanto, quienes adquieren el derecho a recibir la contraprestación económica en tiempo y forma.

La legitimación que tenga el Consejo de Colegio de Farmacéuticos de Cataluña para reclamar por los derechos de sus representados no puede ni debe obstar en modo alguno la legitimación a título individual de cada titular de oficina de farmacia, máxime cuando el Consejo de Colegios Farmacéuticos no asume ninguna obligación frente a los titulares de farmacia ante el retraso en el pago por parte del Servicio Catalán de Salud.

La sentencia analizada reafirma el rol del principio *pro actione* en materia de acceso a la jurisdicción y determina el alcance que debe darse al interés legítimo como requisito de legitimación procesal, recordando que la legitimación de ciertas personas jurídicas de

derecho privado en defensa de sus representados no obsta en modo alguno la legitimación a título individual, y reafirmando el rol del Tribunal Constitucional en la verificación de que las decisiones de inadmisión por denegación de legitimación no adolezcan de un rigorismo formal excesivo que suponga una restricción desproporcionada del acceso a la jurisdicción, con la consecuente lesión del derecho a la tutela judicial efectiva del recurrente.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Bordalí Salamanca, A. (2018). Interés legítimo e interés para recurrir en el contencioso administrativo ambiental chileno. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, 51, 69-94.
- Cano Campos, T. (2014). La legitimación especial en el contencioso-administrativo de la contratación. En E. Carbonell Porras (dir.). *Intereses colectivos y legitimación activa* (pp. 349-370). Navarra: Thomson Reuters.
- Carrasco Duran, M. (2010). La definición constitucional del derecho a la tutela judicial efectiva. *Revista de Derecho Político*, 107, 13-40.
- Ferrajoli, L. (2007). *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia*, (1). Teoria del Diritto. Roma: Laterza.
- Gallego, E. (1996). *Tradición jurídica y derecho subjetivo*. Madrid: Dykinson.
- Gómez Montoro, A. (2003). El interés legítimo para recurrir en amparo. La experiencia del Tribunal Constitucional español. *Cuestiones Constitucionales*, 9, 159-185.
- Mateu de Ros Cerezo, R. (1982). El derecho constitucional a la tutela judicial efectiva y el requisito de la legitimación. *Revista de Administración Pública*, 98, 79-105.
- Medina Alcoz, L. (2016). *Libertad y autoridad en el Derecho Administrativo. Derecho subjetivo e interés legítimo: una revisión*. Madrid: Marcial Pons.
- Medina Alcoz, L. (2019). El derecho a la acción en el contencioso-administrativo español. *P.A. Persona e Amministrazione*, 2, 53-72. Disponible en: <https://doi.org/10.14276/2610-9050.2100>
- Sánchez Morón, M. (1983). La legitimación activa en los procesos constitucionales. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 3 (9), 9-49.

REFLEXIONES ACERCA DEL ROL DEL ESTADO EN LAS CONTROVERSIAS DE SALUD: GARANTE PRIMARIO O SUBSIDIARIO

REFLECTIONS ON THE ROLE OF THE STATE IN HEALTH CONTROVERSIES: PRIMARY OR SUBSIDIARY GUARANTOR

María Alejandra Asencio¹ - Fedra Carla Gatti²

DOI: [https://doi.org/10.37767/2591-3476\(2021\)13](https://doi.org/10.37767/2591-3476(2021)13)

Comentario a

Padilla, Laura Rosario c/ Hospital de General Roca y otros s/ Amparo –apelación
Corte Suprema de Justicia de la Nación

Disponible en

<https://bit.ly/3BvIREL>

RESUMEN:

En el presente artículo se analiza la decisión adoptada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en una acción de amparo de salud, desde una perspectiva de la protección integral de la discapacidad y del enfoque protectorio de los derechos humanos. Asimismo, se indaga respecto del carácter principal o subsidiario de la responsabilidad del Estado en su rol de garante del excelso derecho a la salud de las personas discapacitadas.

ABSTRACT

In this work, the adopted decision of the Supreme Court of Justice of the Nation in a health protection action is analyzed. The comprehensive protection of disability and the protective approach to human rights is used as a comprehensive context. Likewise, the principal or subsidiary nature of the responsibility of the State, in its role as guarantor of the right to health of disabled persons, is investigated.

1 Abogada (UNC); Egresada sobresaliente. Diplomada en Derecho Procesal Civil (UBP); Se desempeña profesionalmente en la Cámara Contencioso Administrativa de Segunda Nominación de Provincia de Córdoba. Mail: aleasencio@gmail.com. ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0001-9147-2609>.

2 Abogada (UNC); Egresada sobresaliente. Adscripta a la Cátedra de Derecho Procesal Administrativo (UNC); Maestrando en Gerencia y Administración en Servicios de Salud (Escuela de Salud Pública – UNC). Se desempeña profesionalmente en la Secretaría Electoral y de Competencia Originaria del Tribunal Superior de Justicia de Córdoba. Mail: fedragatti@gmail.com. ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0002-4382-5948>

PALABRAS CLAVE: Derecho a la salud - Protección integral de la Discapacidad- – Responsabilidad del Estado – Carácter principal o subsidiario - Extrema vulnerabilidad .

KEY WORDS: Right to health - Comprehensive Disability Protection - State responsibility - The principal or subsidiary character - Extreme vulnerability.

I. Introducción

El propósito de estas consideraciones es efectuar un análisis del caso judicial que nos convoca desde una perspectiva de la garantía constitucional del debido proceso en el marco de la acción de amparo formulada por la actora, paciente en situación de discapacidad, a fin de obtener de parte del Estado Provincial de Río Negro y de los codemandados, Ministerio de Salud Pública de la Provincia de Río Negro y del Hospital de General Roca, la cobertura integral de ciertas prestaciones en resguardo de su derecho de salud y en base a la existencia de un acuerdo previo celebrado con la Provincia.

La metodología interpretativa seguida en el caso judicial por el Máximo Tribunal de la Nación invita a reflexionar acerca de dos conceptos fundamentales: la protección integral de la discapacidad y la obligación del Estado en el marco de la legislación de protección integral de la discapacidad.

Tal como lo sostendremos, se trata de dos conceptos que, en base a un razonable equilibrio, conviven en una dialéctica destinada a la tutela preferente del derecho a la salud de las personas con discapacidad.

Finalmente, desde un enfoque de los derechos humanos y en base a la incontrastable realidad de demandas crecientes de cobertura de salud en casos complejos, efectuaremos una especial consideración sobre la obligación del Estado como garante del derecho a la salud, delineando los límites de su responsabilidad y el carácter en el cual resulta comprometido en este tipo especial de procesos.

II. El caso bajo examen

El Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Río Negro revocó el decisorio de la primera instancia e hizo lugar, por vía de apelación, a la petición de la actora acerca de la cobertura total de las prestaciones médicas que aquella requiriese por su situación de discapacidad, sin perjuicio de reclamar a la obra social.

A su tiempo, la Jueza de Primer Grado había rechazado la acción de amparo planteada al considerar que, conforme lo acreditado en autos, no se encontraba violentado el derecho a la salud, debiendo recurrirse en primer término a la obra social a efectos de obtener la cobertura indicada, sin perjuicio de que el sistema público pudiese amparar a la actora en caso de urgencia con la opción de repetir a la obra social.

A los fines de fundamentar su resolución, el Superior Tribunal valoró la realidad económica de la actora quien, como afiliada, no habría podido afrontar el costo de los coseguros de la Obra Social OSDOP, y consideró especialmente la adhesión del Estado Provincial a la ley 24.901, al afirmar que tanto esta ley como la normativa prevista por la ley 22.431 “ponen a cargo del Estado el sistema de prestaciones básicas para discapacitados”.

De tal modo que, el Tribunal de Apelación pese a enfatizar sobre la obligación prevista por el art. 2º de aquella norma en cuanto dispone “Las obras sociales, ... tendrán a su cargo, con carácter obligatorio, la cobertura total de las prestaciones básicas enunciadas en la ley, que necesiten las personas con discapacidad afiliadas a las mismas”, concluyó que el hecho de que la peticionaria fuese afiliada a una obra social era insuficiente para liberar al Estado de las obligaciones que pesaban sobre él por integrar el sistema de salud.

Contra ese fallo, la demandada interpuso recurso extraordinario federal en base a la causal de arbitrariedad pues, desde su posición, se habrían soslayado cuestiones de hecho fundamentales toda vez que no se acreditó en el expediente que la actora se encontrase en situación de urgencia ni mucho menos que hubiese quedado sin atención médica.

Adicionó como agravio federal el argumento de que la decisión impugnada viola el derecho federal, al sustentarse en una interpretación que desconoce la normativa aplicable al caso; esto es, que el sistema de salud se estructura en base a las leyes nacionales 23.660 (art. 3) y 23.661 (arts. 1 y 2); art. 59 de la Constitución de la Provincia de Río Negro y ley R 2570 (art. 1). En consecuencia, a su entender, la atención médica de la actora debía canalizarse, en principio, a través de la Obra Social respecto de la cual la amparista era afiliada y subsidiariamente, a través del Estado en su rol de garante de la salud, lo cual fue soslayado por el Superior Tribunal de la Provincia.

En esta tesitura, el Estado Provincial demandado insistió en que el fallo generaba a su cargo obligaciones inexistentes al tiempo que lo obligaba a utilizar fondos públicos para financiar a la Obra Social no demandada, ocasionándole una ruptura de su equilibrio financiero público local e incurriendo en una verdadera gravedad institucional.

Por su parte, en su decisión, el Máximo Tribunal de la Nación, consideró que el derecho de defensa en juicio y del debido proceso consagrados por la norma constitucional, constituían materia federal suficiente y en consecuencia, invalidó el pronunciamiento de lo actuado y decidido en el marco del proceso por el Tribunal ad quo.

De los términos reseñados del caso judicial, y tal como fuese anunciado, la interpretación de la Corte nos orienta hacia una primera categoría de análisis: la obligación del Estado como responsable y garante del derecho a la salud. A partir de ello, amplía nuestra indagación respecto del carácter principal o subsidiario de la responsabilidad del Estado en su rol de garante del excelso derecho a la salud de las personas discapacitadas.

III. Derecho a la salud. Concepto. La obligación del Estado en el marco de la protección integral de la discapacidad

Del breve repaso de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, se destacan las siguientes nociones básicas: “El derecho a la salud, máxime cuando se trata de enfermedades graves, está íntimamente relacionado con el derecho a la vida, siendo éste el primer derecho de la persona humana que resulta reconocido y garantizado por la Constitución Nacional; el hombre es el eje y centro de todo el sistema jurídico y en tanto fin en sí mismo -más allá de su naturaleza trascendente- su persona es inviolable y constituye un valor fundamental, con respecto al cual los restantes valores tienen siempre carácter instrumental” (329:4918).

“El derecho a la vida, más que un derecho no enumerado en los términos del art. 33 de

la Ley Fundamental, es una prerrogativa implícita, ya que el ejercicio de los derechos reconocidos expresamente requiere necesariamente de él y, a su vez, el derecho a la salud está íntimamente relacionado con el primero y con el principio de autonomía personal, desde que un individuo gravemente enfermo no está en condiciones de optar libremente por su propio plan de vida" (329:4918)

Por su parte, la Constitución de la Organización Mundial de la Salud consagra que "La salud es un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades. El goce del grado máximo de salud que se pueda lograr es uno de los derechos fundamentales de todo ser humano sin distinción de raza, religión, ideología política o condición económica o social... Los gobiernos tienen responsabilidad en la salud de sus pueblos, la cual sólo puede ser cumplida mediante la adopción de medidas sanitarias y sociales adecuadas". (OMS, 2017).

A su turno, la Corte Interamericana de Derechos Humanos define el derecho a la salud como "Un derecho humano fundamental e indispensable para el ejercicio adecuado de los demás derechos humanos, y 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 como un estado completo de bienestar físico, mental y social, derivado de un estilo de vida que permita alcanzar a las personas un balance integral" (Corte IDH. Caso Poblete Vilches y otros Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de marzo de 2018. Serie C No. 349, § 118; Caso Cuscul Pivaral y otros Vs. Guatemala. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de agosto de 2018. Serie C No. 359, § 105; Caso Hernández Vs. Argentina. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2019. Serie C No. 395, § 76).

En virtud de lo dispuesto por los tratados internacionales, que en nuestro sistema normativo gozan de jerarquía constitucional (art. 75, inc. 22, de la C.N.), se reafirma el derecho a la preservación de la salud, y como su corolario, la obligación impostergable del Estado en miras de garantizar este 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. En este sentido, se ha expedido el Máximo Tribunal en innumerables precedentes jurisprudenciales (CSJN, Fallos 323:3229 in re "*Campodónico de Beviacqua*"; 321:1684; 323:1339, mayoría y votos concurrentes y dictamen del señor Procurador General de la Nación a cuyos fundamentos se remiten)

Expresamente, el art. 75, inc. 23 de la C.N. consagra esta obligación en cuanto dispone que corresponde al Congreso Nacional "legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos, en particular respecto de los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad".

Lo afirmado se confirma en materia de regulación de la discapacidad, pues en consonancia con las previsiones sobre el *Sistema de protección integral de los discapacitados* de la ley nacional 22.431 (B.O. 16/03/1981), la ley nacional 24.901 (B.O. 05/12/1997), bajo el título de *Sistema de prestaciones básicas en habilitación y rehabilitación integral a favor de las personas con discapacidad*, instituyó "un sistema de prestaciones básicas de atención in-

tegral a favor de las personas con discapacidad, contemplando acciones de prevención, asistencia, promoción y protección, con el objeto de brindarles una cobertura integral a sus necesidades y requerimientos" (art. 1).

Asimismo, dispuso que "Las obras sociales, comprendiendo por tal concepto las entidades enunciadas en el artículo 1° de la ley 23.660, tendrán a su cargo con carácter obligatorio, la cobertura total de las prestaciones básicas enunciadas en la presente ley, que necesiten las personas con discapacidad afiliadas a las mismas" (art. 2).

A renglón seguido, el legislador reconoció la trascendente misión del Estado en materia de protección integral de la discapacidad, modificando el anterior régimen del art. 4, primer párrafo, de la Ley 22.431, al disponer que "El Estado, a través de sus organismos, prestará a las personas con discapacidad no incluidas dentro del sistema de las obras sociales, en la medida que aquellas o las personas de quienes dependan no puedan afrontarlas, los siguientes servicios." (art. 3). Luego, el art. 4 de la ley 24.901 dejó establecido que: "Las personas con discapacidad que carecieren de cobertura de obra social tendrán derecho al acceso a la totalidad de las prestaciones básicas comprendidas en la presente norma, a través de los organismos dependientes del Estado".

Es decir, tras la reforma introducida y del juego armónico de sus disposiciones, la cobertura de atención integral a favor de las personas con discapacidad en primer lugar está a cargo de las obras sociales y empresas de medicina pre paga, resultando entonces la obligación de su cobertura integral por el Estado sólo procedente en caso de ausencia de afiliación.

IV. El Estado como garante del derecho a la salud: el carácter primario o subsidiario de su responsabilidad.

De todo lo relevado, resulta evidente que existe una obligación de fuente constitucional a cargo del Estado como garante del derecho a la salud. Su fundamento se encuentra, además, avalado en los compromisos internacionales asumidos por el Estado Argentino, quien deberá, a tales fines, adoptar acciones positivas, a través del diseño y gestión de políticas públicas.

En igual sentido, tal como fuere reseñado el plexo normativo conformado por las leyes 22.431 y 24.091 pone a cargo del Estado la atención y asistencia integral de la discapacidad en cuanto constituye una política pública del país.

Sentado ello, y adentrándonos en nuestro análisis nace el interrogante respecto del alcance material de la responsabilidad del Estado en materia de salud y, más específicamente, si procede en controversias de protección de la discapacidad con carácter primario o de manera subsidiaria.

En lo concerniente al fallo comentado, el Alto Cuerpo, entendió que la decisión sustentada por el Tribunal a quo resultaba dogmática, pues otorgó un tratamiento inadecuado a la controversia suscitada, al apartarse de las circunstancias del caso – amparista afiliada a una obra social no demandada en primer lugar- y de las normas aplicables a su respecto (Ley 24.901), dando a la decisión un fundamento solo aparente y, por ende, afectando la garantía constitucional de defensa en juicio del Estado Provincial demandado.

En su decisorio, la Corte Suprema no se pronunció expresamente respecto de la legitimación procesal pasiva de los demandados Estado Provincial y Ministerio de Salud de la Provincia de Río Negro, a diferencia de la postura asumida por la Jueza de Primera

Instancia y del voto en disidencia del Dr. Sergio M. Barotto, Vocal del Superior Tribunal de Río Negro, quien al momento de resolver sobre la concesión del recurso extraordinario federal expuso: “atento a que los amparistas iniciaron la presente acción contra el Estado Provincial – Ministerio de Salud Pública, en el entendimiento de que éste era el legítimo pasivo, sujeto primario de la obligación de garantizar la salud integral, advertí (citando el precedente “Esparza”, ST JRNS4, Se. 163/12) que no corresponde al Ministerio de Salud de la Provincia de Río Negro asegurar el derecho a la salud de quien posee una Obra Social obligada a dicha cobertura, contra quien efectivamente debió incoarse la acción”.

Sin embargo, la Corte dejó a salvo que a la luz de la legislación aplicable al caso y del estudio de las constancias de la causa y considerando los términos en que había sido formulada la acción de amparo, el Hospital “Francisco López Lima” de General Roca, el Ministerio de Salud Pública provincial y la Provincia de Río Negro no podían ser demandados en forma directa respecto de las prestaciones de salud reclamadas.

En el caso judicial las contingencias propias de la causa y la relación jurídica existente entre la actora en su carácter de afiliada y la obra social no autorizaban su proposición como demandados directos y únicos responsables.

Más aún, en su Considerando 5º la Corte Suprema hizo hincapié en el hecho de que la propia actora, al interponer la acción, no cuestionó la falta de atención de sus patologías por parte del hospital local, sino que lo que concretamente reclamó es la atención con carácter preferente por parte de especialistas y la entrega de medicamentos, anteojos y audífonos, entre otras prestaciones, a la que habría creído tener derecho, con base en el acuerdo celebrado con la Provincia mediante el que se había estipulado una indemnización por daños y perjuicios a su favor.

En ese entendimiento, en ocasión de contestar el traslado del recurso extraordinario federal la Defensora General, representante de la actora, manifestó: “el voto mayoritario (del Superior Tribunal de Río Negro) no se expidió sobre el contenido del convenio, dado que la amparista tiene derecho a ser asistida por el servicio de salud pública y el Estado Provincial se encuentra obligado a prestarlo sin necesidad que existiera aquel”, argumento que fue recibido por el Alto Tribunal Provincial en la denegación del recurso en cuestión.

Es claro que, si la acción de amparo sólo resulta admisible para conjurar, evitar o remediar un acto u omisión de una autoridad pública o de particulares que conlleve una arbitrariedad o ilegalidad manifiesta (art. 43 C.N.), en este caso no se configuró, pues el convenio en el que la actora fundó su pretensión no incluyó disposición alguna sobre la atención de su salud como tampoco acreditó que hubiese requerido a su obra social las prestaciones en cuestión.

En otras palabras, el Hospital “Francisco López Lima” de General Roca, el Ministerio de Salud Pública provincial y la Provincia de Río Negro, no revestían el carácter de obligados directos y principales, como para exigir la integración de un litisconsorcio (pasivo) necesario ante la promoción de la acción de amparo por parte de la actora (afiliada).

Cobra relevancia que “Si bien se reconoce el carácter fundamental del derecho a la salud y la especial atención que merecen las personas con discapacidad, tales derechos de

raigambre constitucional, así como los principios y garantías consagrados en la Constitución Nacional, no son absolutos sino que deben ser desplegados con arreglo a las leyes que reglamentan su ejercicio, en la forma y extensión que el Congreso, en uso de sus facultades propias, lo estime conveniente a fin de asegurar el bienestar general (arts. 14 y 28 de la Constitución Nacional), con la única condición de no ser alterados en su sustancia" (CSJN, fallos 341:919)

Desde la doctrina se ha señalado la importancia de la relación jurídica sustancial que da sustento a la acción de amparo formulada por razones de salud, en cuanto ella "se debe esgrimir directamente contra la obra social puesto que el vínculo subyacente, donde se efectiviza la omisión prestataria, se entabla entre el ente público no estatal o sujeto privado y el afiliado" (Rodríguez Traversa, 2014).

V. La especial responsabilidad del Estado en materia de controversias de salud en casos graves y complejos. El límite de la extrema vulnerabilidad

Sentadas estas premisas básicas acerca de la responsabilidad del Estado, en cualquiera de sus esferas nacional, provincial o municipal, y habiendo ya delimitado sus contornos y su carácter subsidiario en cuestiones atinentes a la protección integral de la discapacidad conforme el marco normativo señalado, es preciso detenernos a fin de cuestionarnos si aquella impronta de subsidiariedad de la obligación del Estado transita los mismos carriles en casos de salud de mayor complejidad.

La pregunta obligada es acerca del temperamento que debería seguirse por parte de los actores judiciales y de la labor jurisdiccional en estos supuestos de entidad diversa, piénsese, por ejemplo, en las terapias innovadoras, en los medicamentos "huérfanos", *breakthrough therapy*, en situaciones de enfermedades raras o poco frecuentes, y en las alternativas terapéuticas de elevado costo.

Es decir, la cuestión reside en determinar si en aquellos casos donde el derecho a la salud se encuentra grave y complejamente comprometido por la gravedad de la patología, por obstáculos legales y/o reglamentarios (ley de creación de las Obras Sociales, Programa Médico Obligatorio en base a los cuales las entidades demandadas niegan la cobertura reclamada), por valladares de tipo económicos o por fallas del mercado (Tafari, R., 2010), los reclamos administrativos y judiciales de cobertura procederían conjuntamente contra las Obras Sociales o entidades de medicina prepaga y el Estado nacional, provincial o municipal; y en ese caso, el Estado resultaría responsable principal o subsidiariamente.

En otras palabras, y desde la solución judicial del caso comentado, *¿sólo en el supuesto del incumplimiento de la cobertura por parte de las obras sociales, se podría ocurrir al Estado Nacional y/o Provincial?, ¿el Estado es responsable sólo de manera subsidiaria?*

Desde una primera aproximación, y en base a la lectura del fallo objeto de nuestro estudio, la respuesta positiva se impone, pues tal como lo resolvió el Máximo Tribunal la acción judicial no podía prosperar en contra de los demandados sino que, por el contrario, el tratamiento adecuado de la controversia suscitada y de las normas aplicables al caso, hubieran reparado en el hecho de que el Estado estaba obligado a brindar las prestaciones enunciadas en la ley 24.091 sólo de manera subsidiaria.

Pero más allá de la solución concretamente propiciada por la Corte en el caso judicial comentado, cuando el Estado, en cualquiera de los tres órdenes federales, es llamado a in-

tervenir en los casos graves y complejos de salud, es necesario delimitar y asignar correctamente su rol en la controversia como garante de este derecho humano fundamental.

En este rumbo, cabe destacar la orientación de la jurisprudencia y el valor de sus precedentes. Así, la propia Corte Suprema ha dicho que: "Las obligaciones sanitarias de la autoridad local no implican desconocer el deber de coordinación con el Estado Nacional -mediante el Ministerio de Salud- el que debe acudir en forma subsidiaria, de manera de no frustrar los derechos de la amparista; de no ser así, las leyes sancionadas en la materia no dejarían de ser sino enfáticas enumeraciones programáticas vacías de operatividad" (CSJN, Fallos 329:2552).

Al respecto, es ilustrativo el voto en disidencia de la Dra. Carmen Argibay, en los términos siguientes: "Opino que en el presente caso existe materia federal para ser examinada por esta Corte, pues se ha controvertido la interpretación que adjudica responsabilidad al Estado Nacional como garante del derecho a la preservación de la salud de todos sus habitantes. Según el recurrente su obligación se limita a satisfacer las necesidades sanitarias de aquellas personas que no tienen cobertura alguna, razonamiento que colisiona con la hermenéutica efectuada por esta Corte en la causa A.186.XXXIV Asociación Benghalensis y otros c/ Ministerio de Salud y Acción Social - Estado Nacional s/ amparo ley 16.986" (Fallos: 323:1339) que le ha asignado responsabilidad subsidiaria sin efectuar distinciones de ningún tipo. A mi entender, si bien es cierto que los jueces aclararon que sólo ante el incumplimiento de la condena por parte de la codemandada I.N.S.S.J.P. (PAMI) la amparista estará habilitada para ocurrir al Estado Nacional, no tratar en esta oportunidad los planteos que dedujo cierra la posibilidad de revisarlos en el futuro" (CSJN, "AD., M. de los A. c/ I.N.S.S.J.P. y/o E.N. s/ amparo", D. 809. XLII., 01/07/2008).

En el ámbito del Poder Judicial de la Provincia de Córdoba, resulta esclarecedor el voto reciente de la Dra. Inés del Carmen Ortiz de Gallardo, "...En este sentido, la Ley 24.901 ha creado un sistema de prestaciones básicas de atención integral a favor de las personas con discapacidad para brindarles asistencia integral, poniendo su cobertura en primer lugar a cargo de obras sociales, la Provincia de Córdoba y el Estado Nacional. Este razonamiento no implica afectar el principio del federalismo, ni pone en crisis las facultades reservadas por los gobiernos locales en la organización de su sistema de salud, que debe ser concebido en base a un federalismo de concertación en materia sanitaria, en el que las omisiones o dilaciones en adoptar las medidas legislativas y/o reglamentarias necesarias, no puede sostenerse como óbice para la efectiva vigencia de los derechos constitucionales fundamentales, dejando establecida la responsabilidad primaria del Estado Provincial y del Estado Nacional, en un supuesto como el de M.O.S. que es el primer caso de solicitud de cobertura planteado ante la APROSS a partir de una Enfermedad Poco Frecuente" (Auto 239/21, "S., M. E. y otro c/Administración Provincial del Seguro de Salud (A.P.R.O.S.S.) - Amparo (Ley 4915)", Cámara Contencioso Administrativa de Segunda Nominación de la Ciudad de Córdoba).

En consonancia con el perfil de un Estado afianzado en su rol y función de garante primario del derecho a la salud, el Dr. Horacio Rosatti, Vocal de la Corte Suprema de la Nación ha expuesto: "Complementariamente, no puede obviarse en esta instancia que el Estado Nacional ha asumido compromisos internacionales encaminados a promover y facilitar la vigencia de los derechos, sin que el federalismo constituya obstáculo para ello (Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, arto 28; Convención

Americana sobre Derechos' Humanos, arto 28.2~, no siendo razonable desligarse de los deberes asumidos so pretexto de la inactividad de otras entidades públicas o privadas, máxime cuando ellas participan de un mismo sistema sanitario y lo que se halla en juego es la rehabilitación integral del minusválido, que debe ser tutelada por todos los departamentos gubernamentales" (CSJN, Fallos: 323:3229, ya citado, considerando 21).

En sentido coincidente también se ha afirmado enfáticamente que: "En suma, el Estado es garante del derecho a la salud, cuya vulneración habilita a interponer la acción de amparo. El derecho a la salud no obliga al Estado a curar ni a lograr el completo bienestar, sino a brindar, en la medida de los recursos disponibles –decimos aquí parafraseando al Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas en su Observación General N° 14– las condiciones, prestaciones y bienes necesarios para lograr el más alto nivel posible de salud. Y ello ha de ser, como bien dice la Corte Suprema de Justicia de la Nación, mediante acciones positivas –y progresivas, agregamos aquí–, esto es, a través de un rol activo y no de mero espectador (fallos 321:1684; 323:1339; 323:3229; 324:3569, entre muchos otros)" (Urbina P., 2017).

Entonces, a la luz de estos valiosos precedentes corresponde destacar que el Estado, por mandato legal, tiene la trascendente encomienda de velar por la protección del derecho a la salud desde un enfoque del sistema de los derechos humanos. Los estándares jurídicos del control de constitucionalidad y de convencionalidad refuerzan lo antedicho.

No obstante, la señalada y especial vocación y función del Estado, "cuando esté de por medio la salud y con ella, el derecho a la vida de las personas, la labor jurisdiccional debe partir necesariamente de un pormenorizado análisis de las circunstancias vitales particulares y singulares que subyacen al planteo, en aras de dotar de equidad a la solución que se procure" (Palacio de Caeiro S., 2015).

De modo que, para hacer efectivos los derechos cuya protección se requiere, la función jurisdiccional no puede soslayar las circunstancias, contingencias y contornos de la controversia en materia de salud que se le presenta.

En esa sintonía, y proyectando estos conceptos al caso judicial bajo comentario (en el cual la cuestión a resolver concernía a una persona en situación de discapacidad), estamos en condiciones de afirmar que, tal como lo tiene dicho la doctrina, la experiencia de la discapacidad es singular para cada individuo, no solo porque la manifestación concreta de la enfermedad, desorden o lesión es única, sino porque tal condición de salud se encuentra necesariamente influida por una compleja combinación de factores (personales, emocionales, psicológicos, intelectuales, contexto social, físico y cultural) (Egea García, C. y Sarabia Sánchez, A. (2001).

Realizadas estas aclaraciones, y en torno a nuestro interrogante, podemos afirmar que la ineludible obligación del Estado y su responsabilidad en controversias de salud se delinea en todos los casos frente a un derecho fundamental como lo es el derecho a la salud. La salud, en cuanto bien individual y social a alcanzar, requiere necesariamente de la presencia del Estado porque consagra obligaciones a su cargo. Ambos conceptos conviven (o debieran hacerlo) en un razonado equilibrio.

Por otra parte, como fue antes esbozado, el cumplimiento de la obligación del Estado se tornaría más estricto ante ciertos límites, esto es, frente a situaciones de enfermedad de

mayor gravedad y complejidad. Ese límite, en definitiva, entre el carácter principal o subsidiario de la responsabilidad del Estado en materia de salud transita por las situaciones de “extrema vulnerabilidad”.

VI. Conclusiones.

La obligación del Estado en materia de salud implica una tarea y un rol a desempeñar encomendada por la Constitución Nacional y por el bloque supraconstitucional con carácter imperativo.

El desarrollo del presente trabajo pretende ser tan solo una aproximación a los interrogantes formulados respecto de la obligación del Estado como garante del derecho a la salud, delineando los límites de su responsabilidad y el carácter en el cual resulta comprometido en este tipo especial de controversias judiciales.

Sin perjuicio de la postura a adoptar acerca del carácter primario o subsidiario con el cual el Estado debe responder, es claro que, en las reclamaciones basadas en la tutela del derecho a la salud, los operadores jurídicos, so pena de incurrir en arbitrariedad, deben fundamentar sus decisiones ponderando las concretas circunstancias del caso desde un enfoque protectorio de los derechos humanos que garantice los derechos de la tutela judicial efectiva y de la defensa en juicio.

Tal como pone de resalto la OMS que el enfoque de la salud basado en los derechos humanos ofrece estrategias y soluciones que permiten afrontar y corregir las desigualdades, las prácticas discriminatorias y las relaciones de poder injustas que suelen ser aspectos centrales de la inequidad en los resultados sanitarios (OMS, 2017).

Si aceptamos este estándar de interpretación estaremos en condiciones de desandar caminos más reales, pero no menos justos.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Egea García, C. y Sarabia Sánchez, A. (2001); “Clasificaciones de la OMS sobre discapacidad”, Servicio de Información sobre Discapacidad (SID) perteneciente a la Red Española de Información sobre Discapacidad. Disponible en: https://sid.usal.es/idocs/F8/ART6594/clasificacion_oms.pdf
- Organización Mundial de la Salud (2017). Salud y derechos humanos. (Notas descriptivas). Ginebra. Suiza. Disponible en: <https://www.who.int/es/news-room/fact-sheets/detail/human-rights-and-health>
- Palacio de Caeiro S., (2015), Acción de amparo en Córdoba, *Advocatus*, Córdoba, pág. 560.
- Rodríguez Traversa, M. L., (2014); Amparo contra obras sociales: acerca de la improcedencia de demandar de manera directa al Estado Nacional, *Sistema Argentino de Información Jurídica (SAIJ)*, Id. SAIJ: DACF140766.
- Tafani R. y Tafani M.L., (2010); Gestión y Gerencia Pública. *Revista de Salud Pública*, UNC, Disponible en: <https://revistas.unc.edu.ar/index.php/RSD/article/view/7080>
- Urbina, P. A. (2017), El derecho a la salud como obligación estatal, Ministerio de Salud, Presidencia de la Nación. Disponible en: <https://salud.gob.ar/dels/entradas/el-derecho-la-salud-como-obligacion-estatal>

EL DERECHO DE TODAS LAS MUJERES A PERCIBIR LA ASIGNACIÓN UNIVERSAL POR HIJO

THE RIGHT OF ALL WOMEN TO RECEIVE THE UNIVERSAL CHILD ALLOWANCE

María Florencia Blanco Pighi¹

DOI: [https://doi.org/10.37767/2591-3476\(2021\)14](https://doi.org/10.37767/2591-3476(2021)14)

Comentario a

Recurso de hecho deducido por la Administración Nacional de la Seguridad Social en la causa Internas de la Unidad n° 31 SPF y otros s/habeas corpus

Corte Suprema de Justicia de la Nación

Disponible en

<https://bit.ly/38hUAdI>

RESUMEN:

La Corte Suprema de Justicia de la Nación, al resolver el recurso extraordinario interpuesto, estableció que las asignaciones familiares son un derecho de los progenitores, debiendo ser pagadas por el Estado, aun cuando los niños en cuestión se encuentren viviendo en un establecimiento penitenciario, en virtud de que sus madres han optado por esa modalidad. El más alto tribunal argentino estableció que interpretar lo contrario, implicaría un agravamiento ilegítimo de las condiciones originarias de detención. Estos beneficios de la seguridad social, implican garantizar el acceso de los niños y niñas a un adecuado nivel alimentario, de salud, vestimenta, entre otros derechos humanos inalienables, no siendo admisible su privación por el solo hecho de que la progenitora y el niño se alojen dentro del sistema penitenciario argentino. En este contexto, cobra relevancia el habeas corpus como herramienta central para la protección de las personas detenidas y la normativa de derechos humanos que goza de raigambre constitucional en nuestro país.

ABSTRACT

The Argentine Supreme Court of Justice, when deciding the extraordinary appeal filed, established that family allowances are a right of the parents, and must be paid by the State,

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 las materias Política y Derecho Educacional y Pedagogía General 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>

even when the children in question are living in a penitentiary, due to their mothers have opted for this modality. The highest Argentine court established that interpreting the opposite would imply an illegitimate aggravation of the original conditions of detention. These social security benefits imply guaranteeing the access of kids to an adequate level of food, health, clothing, among other inalienable human rights, their deprivation is not admissible based on the fact that the parent and the child are housed in the prison system. In this context, habeas corpus becomes relevant as a central tool for the protection of detained persons and the human rights regulations that enjoy constitutional roots in our country.

PALABRAS CLAVE: Habeas corpus; asignaciones familiares; igualdad; derechos humanos; sistema penitenciario.

KEY WORDS: Habeas corpus; family's assignments; equality; human's rights; prison system.

I. Introducción

A continuación, se procederá a analizar de manera concreta el fallo: “Recurso de hecho deducido por la Administración Nacional de la Seguridad Social en la causa Internas de la Unidad n° 31 SPF y otros s/habeas corpus” de fecha 11 de febrero de 2020.

La causa se inicia con la interposición del habeas corpus efectuada por la Procuración Penitenciaria de la Nación, en representación de mujeres embarazadas privadas de la libertad, como así también de aquellas que optaron por permanecer encarceladas con sus hijos menores de cuatro años bajo su cuidado, a los fines de que se les reconociera el derecho a percibir las asignaciones familiares: la asignación por hijo, la asignación universal por hijo y la asignación universal por embarazo, según el caso.

La Cámara Federal de Apelaciones de La Plata, Sala III, rechazó el pedido de habeas corpus, por lo que se interpuso recurso de casación, el que fue resuelto de manera favorable por la Cámara Federal de Casación Penal, Sala IV. Ante esta resolución, la Administración Nacional de la Seguridad Social (ANSES) interpuso recurso extraordinario cuya denegación dio origen a un recurso de queja, por el que interviene la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

Así las cosas, el más alto tribunal argentino confirmó la decisión de la cámara de casación, al entender que los derechos de los niños y niñas alojados en el servicio penitenciario, como así también sus madres, requieren de una protección integral para garantizar el ejercicio y disfrute pleno, efectivo y permanente reconocido, no solo por nuestro ordenamiento interno sino también por el derecho internacional.

En este marco, el presente artículo pretende analizar los derechos en pugna y su protección constitucional e internacional, a los fines de dilucidar si la decisión de la Corte Suprema de Justicia de la Nación es acorde a la normativa vigente en la materia.

II. Reseña del caso. Las diferentes posturas

La ANSES había establecido no otorgar las asignaciones familiares por hijo, asignación

universal por hijo ni asignación universal por embarazo, a las mujeres que se encontraban cumpliendo condena dentro del sistema penitenciario, por entender que las necesidades a las que están destinadas dichos fondos ya se encontraban cubiertas por el Estado, ya que el propio sistema penitenciario asegura la asistencia y el cuidado de los niños y niñas allí alojados.

La Procuración Penitenciaria de la Nación y la Defensoría General de la Nación plantearon un habeas corpus al interpretar que se configuraba un agravamiento ilegítimo de las condiciones en las que se cumple condena y que el rechazo de cobertura de estos beneficios de la seguridad social no tiene su origen en la ley, ya que la normativa vigente no excluye a las mujeres presidiarias de los mismos, no existiendo alusión alguna a este supuesto dentro de nuestro marco legal.

III. Algunas aclaraciones conceptuales

Resulta fundamental distinguir los tres institutos a los que hace alusión el fallo en cuestión, ya que, si bien se tratan de beneficios de la seguridad social, cubren situaciones diferentes, a pesar de estar todas contempladas en la misma norma, la que, a la fecha, ha sufrido varias reformas.

Cuando hablamos de asignaciones familiares, nos referimos a las creadas por la Ley N° 24.714, es decir, a ciertos montos que se abonan de manera periódica o por única vez a aquel que tiene la obligación y la responsabilidad de asumir cargas vinculadas a la familia, las que son soportadas, en general, por la parte patronal. Para la Asociación Internacional de la Seguridad Social se trata de:

“toda asignación en especie o en dinero cuyo objeto es permitir la construcción o el desarrollo de las familias, ya por aportación regular y constante de una contribución al sustento de las personas a cargo del cabeza de familia, ya por medio de una ayuda especial en determinados momentos de la vida de la familia”².

Las asignaciones familiares se caracterizan por ser uniformes, unitarias, obligatorias y universales. Se basan en el principio de solidaridad, ínsito en todo instituto de seguridad social³.

Dentro de las asignaciones previstas por la normativa citada, se enumeran las siguientes: asignación por hijo, asignación por hijo con discapacidad, asignación prenatal, asignación por ayuda escolar anual para la educación inicial, general básica y polimodal, asignación por maternidad, asignación por nacimiento, asignación por adopción, asignación por matrimonio, asignación Universal por Hijo para Protección Social, asignación por Embarazo para Protección Social y la asignación por Cuidado de Salud Integral.

En nuestro país, los únicos límites establecidos a la percepción de las asignaciones familiares, legalmente dispuestos, se relacionan con el monto de la remuneración del trabajador (cuando el progenitor o la progenitora que las percibe se encuentra vinculado laboralmente de manera registrada), existiendo topes en ese aspecto, y la exclusión expresa de los trabajadores del servicio doméstico.

2 “Función social de los regímenes de asignaciones familiares” en Documentos A.I.S.S., Palpa 1977, p. 6. Disponible en: <https://ww1.issa.int/es/recognition/documents> fecha de consulta 30/06/2021

3 Ruprecht, Alfredo J. *Asignaciones Familiares*. Buenos Aires. 1998. Ed. Zavallia. P. 14 y 19.

Así las cosas, podemos distinguir, en torno al caso que nos ocupa, la asignación por hijo, para el caso de tener un progenitor o progenitora que esté en relación de dependencia, quedando bajo la órbita del sistema contributivo previsto por la Ley 24.714. Por otro lado, dentro del subsistema no contributivo de la norma, la Administración Nacional de la Seguridad Social (ANSES) se encarga del pago de la Asignación Universal por Hijo (A.U.H.) y la Asignación Universal por Embarazo (A.U.E.).

Ambos institutos fueron incorporados a la norma con posterioridad a su sanción, y responden a un fuerte convencimiento de la necesidad de proteger el embarazo y las infancias, pudiendo cubrir ciertas necesidades a partir del pago de esas asignaciones. La A.U.H. fue incorporado por art. 4° del Decreto N° 1602/2009, y la A.U.E. fue incorporado por art. 2° del Decreto N° 446/2011.

Por otra parte, es fundamental mencionar que el acceso a los beneficios de la seguridad social, constituye un derecho humano inalienable de toda persona, y que debe ser protegido por el Estado.

IV. La normativa en juego

1. Las leyes nacionales

Como ya mencionáramos, las asignaciones familiares, en sentido amplio, se encuentran contempladas en la Ley N° 24.714, pero, asimismo las leyes N° 24.463 y N° 26.417 establecen la movilidad de las prestaciones de la seguridad social. Es decir que, todo lo atinente a este tipo de beneficios se encuentran regulados en dichas normas y sus modificatorias. Además, la A.U.H se encuentra reglamentada mediante Resolución 393/2009 de la ANSES.

A su vez, Argentina ha sancionado la Ley N° 26.485, llamada de Protección Integral para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra las Mujeres en los Ámbitos en que Desarrollen sus Relaciones Interpersonales, la que ha sido considerada en el fallo en cuestión, por interpretarse que la negativa al pago de estas asignaciones a las mujeres alojadas dentro del servicio penitenciario constituye una forma de violencia institucional (art. 6).

Por otro lado, la Ley N° 24.660, mediante el art. 195, les concede a las mujeres que han sido condenadas con penas privativas de la libertad, a transitar su embarazo y vivir con sus hijos e hijas hasta que cumplan los cuatro años de edad, dentro del sistema penitenciario. Es decir, que la situación de convivencia con los niños dentro de la unidad carcelaria donde están alojadas, también responde a una posibilidad establecida por la ley.

Otra norma importante, a los fines de dilucidar los alcances de la acción impetrada, es la ley N° 23.098 que rige el procedimiento de la garantía constitucional del habeas corpus, para los casos en los que se produjese una agravación ilegítima de la forma y condiciones en que se cumple la privación de la libertad (art. 3 inc. 2).

Finalmente, nuestro país dictó la Ley N° 26.061 de Protección integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes, que establece la importancia de tener en miras el interés superior del niño (art. 3) y que se deben tomar en cuenta políticas públicas que promuevan el fortalecimiento del rol de la familia (art. 4). En dicha norma, se garantiza su derecho a la vida, salud y educación, todas necesidades contempladas por las asignaciones familiares, en términos de su implementación para que sean satisfechas.

2. Normas constitucionales

La Constitución Nacional prevé en el art 14 bis que el Estado otorgará los beneficios de la seguridad social, que tendrá carácter de integral e irrenunciable, manifestando que se asegurará la protección integral de la familia. Es relevante destacar que la normativa constitucional no establece ninguna distinción ni en el tipo de familia ni en la situación de libertad de sus integrantes, a los fines de la efectividad de este resguardo.

En concordancia con esta protección, el art. 75 inc. 23 pone en cabeza del Congreso de la Nación la obligación de legislar medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos, en particular respecto de los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad. A su vez, se establece el deber de dictar un régimen de seguridad social especial e integral en protección del niño en situación de desamparo, desde el embarazo hasta la finalización del período de enseñanza elemental, y de la madre durante el embarazo y el tiempo de lactancia. Es decir que, expresamente, la manda constitucional establece la necesidad de proteger a mujeres, niños y niñas, en un marco de igualdad real de oportunidades.

De igual manera, el art. 18 de nuestra Carta Magna establece que:

“Las cárceles de la Nación serán sanas y limpias, para seguridad y no para castigo de los reos detenidos en ellas, y toda medida que a pretexto de precaución conduzca a mortificarlos más allá de lo que aquélla exija, hará responsable al juez que la autorice”.

En consonancia con esta norma, el art. 43, en su última parte, establece la posibilidad de interponer acción de habeas corpus, para garantizar el cumplimiento y la protección de los derechos de las personas encarceladas o detenidas.

El art. 28 de nuestra Constitución Nacional, expresamente regula que las leyes que reglamenten el ejercicio de los derechos y garantías contemplados por nuestra constitución no pueden alterar su espíritu. Con lo cual, ninguna norma posterior que dictara el Poder Legislativo, o incluso ninguna resolución de los organismos gubernamentales, ni un decreto del Poder Ejecutivo, podrían violentar la intención expresa del constituyente que se evidencia en el articulado citado.

3. Tratados internacionales de derechos humanos

Nuestro país ha firmado una serie de tratados internacionales cuyo contenido es protectorio de derechos humanos, incluso algunos de ellos gozan de jerarquía constitucional a partir de la reforma del año 1994 (art. 75 inc. 22 C.N.).

Entre estos tratados, algunos se relacionan directamente con la temática en cuestión, pudiendo mencionar, sin pretender ser exhaustivos: el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (que reconoce el derecho al acceso a la seguridad social, art. 9), la Convención Americana sobre Derechos Humanos (que establece el principio de no trascendencia de la pena, art. 5), la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (que le asegura el acceso a la seguridad social en los arts. 11 y 13) y la Convención sobre los Derechos del Niño (que establece que siempre se tendrá en cuenta el interés superior del niño, art. 3, como así también la protección integral y un desarrollo de vida adecuado, art. 27).

En el marco de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, se establece en el art. 25 "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". En consonancia con el art. 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, mencionado con anterioridad.

Queda claro entonces que el acceso a estos beneficios de la seguridad social incide de manera directa en el acceso y el goce pleno que tiene toda persona de su derecho a la salud. Así lo ha entendido también el Comité de las Naciones Unidas de Derechos Económicos, Sociales y Culturales⁴, que plantea que el derecho a la salud está estrechamente vinculado con el ejercicio de otros derechos humanos y depende de esos derechos, en particular el derecho a la alimentación, a la vivienda, al trabajo, a la educación, a la dignidad humana, a la vida, a la no discriminación, a la igualdad, a no ser sometido a torturas, a la vida privada, al acceso a la información y a la libertad de asociación, reunión y circulación.

En este sentido, los derechos humanos se caracterizan por estar interrelacionados, ser interdependientes e indivisibles⁵, razón por la cual, la falta de acceso o de protección de uno de ellos, ineludiblemente implicará la privación o vulneración de otros.

V. Los derechos de los niños y niñas

Si bien el eje central del fallo es la concesión o no de las asignaciones familiares a las mujeres madres insertas en el sistema penitenciario, no debemos perder de vista que todas estas prestaciones estatales tienen en miras la protección y satisfacción de necesidades de niños y niñas.

En este aspecto, deviene central tomar en cuenta su interés superior, que ha sido considerado el corazón de la Convención sobre los derechos del niño. Así las cosas, este interés es el que debe orientar y condicionar las decisiones de los tribunales de todas las instancias⁶.

La mencionada Convención también protege los derechos económicos y sociales de los niños, niñas y adolescentes, si bien se ha puesto de resalto que su exigibilidad ha tenido baja intensidad y en muchos países, en especial de América Latina, los Estados vulneran estos derechos económicos y sociales por omisión. Asimismo, el tratamiento académico de la temática, suele reducir el análisis a los derechos civiles de los niños, niñas y adolescentes y a todo lo relativo al régimen penal juvenil, existiendo un escaso tratamiento de los demás derechos que son contemplados por la Convención⁷.

Dentro de los derechos sociales a los que se hace referencia este tratado internacional, se debe citar el acceso a la vivienda, el derecho a la alimentación, a la educación, entre otros. Muchos de estos derechos, son los que se intenta proteger mediante el acceso a las asignaciones familiares.

4 Oficina del Alto comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos – OACNUDH (1991): "Observación general N° 14: El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (Art. 12 del Pacto)". Disponible en: https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=E%2fC.12%2f2000%2f4&Lang=en en fecha de consulta: 02/06/2021.

5 De Cicco, Andrés Oscar, Riesgo habitacional de personas vulnerables y su impacto en el derecho a la salud: la conducta omisiva del estado provincial en Revista Derecho y Salud. Sala de Derecho a la salud. EUBP. Año 3. N° 3. Noviembre de 2019. P. 192. ISSN (Versión impresa): 2591-3468. ISSN (Versión online): 2591-3476.

6 CSJN. Fallos: 341:1733

7 MORENO, Gustavo Daniel. La gran ausencia en el ejercicio de la convención. La exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales en: A 30 años de la Convención sobre los derechos del niño. Avances, críticas y desafíos. Dir. Herrera, M. Gil Domínguez, A. Giosa, L. Buenos Aires, Ediar, 2019. P. 140-141.

En este sentido, resulta fundamental que, los operadores del derecho, pero sobre todo el Estado, sean garantes del cumplimiento de los derechos que se plasman en los instrumentos internacionales, ya que la exigibilidad de los mismos pareciera ser la gran ausente del ejercicio convencional⁸.

Por supuesto que no escapa a nuestro entendimiento que existe una vinculación muy fuerte entre la pobreza que sufren los niños, niñas y adolescentes y el acceso a la justicia, relación que ha sido tratada por el documento internacional conocido como las Cien Reglas de Brasilia⁹, ya que, la pobreza constituye una causa de exclusión social y es el Estado quien debe garantizar las medidas de protección necesaria para los casos de niños y niñas en situación de riesgo¹⁰.

Consideramos que se encuentran dadas todas las condiciones para que los derechos económicos y sociales de los niños, niñas y adolescentes sean exigibles, ya que así ha sido establecido por el Comité de los Derechos del Niño de las Naciones Unidas¹¹.

En esta línea de pensamiento, se ha dicho que, en nuestro país, existen cuatro mecanismos fundamentales de injusticia y exclusión, a saber: el racismo, el clasismo, la desigualdad de género y la inequidad territorial¹². En el caso que nos ocupa estamos ante una población que es excluida en virtud de la mayoría de estos factores.

Podemos decir que, la acción interpuesta por la Procuración Penitenciaria de la Nación, si bien no lo hace de manera expresa, exige al Estado Argentino que se garanticen los derechos de esos niños y niñas, a través de la asignación que se les otorga a sus madres, encargadas de su cuidado.

VI. La interpretación armónica de las normas y la supremacía constitucional

De un análisis pormenorizado de toda la normativa citada, podemos establecer que las asignaciones familiares son un derecho que tienen los progenitores que trabajan en relación de dependencia (sistema contributivo) o los progenitores que tienen a sus hijos a su cargo a pesar de no encontrarse trabajando o no hacerlo de manera registrada (sistema no contributivo). El acceso a estas asignaciones permite que los niños, niñas y adolescentes que son los beneficiarios de las mismas, puedan acceder a derechos de tipo económico y social, los que son garantizados por normas nacionales y supra nacionales.

A su vez, la normativa interna de nuestro país, que regula las cuestiones relativas a las asignaciones familiares no establece ningún tipo de distinción en torno al lugar donde se encuentre viviendo el progenitor o progenitora que percibe la asignación que beneficia al niño o niña, por lo cual la situación de encontrarse cumpliendo algún tipo de condena no debería ser obstáculo para su percepción. Por otro lado, tampoco distingue en cuanto a la forma del trabajo en relación de dependencia, por lo cual, si la progenitora presta

8 Moreno, Op. Cit. ... p. 142.

9 Cien Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en condiciones de vulnerabilidad, adoptadas en la Asamblea Plenaria de la XIV Edición de la Cumbre Judicial Iberoamericana, 2008, a las que ha adherido la CSJN mediante Acordada N° 5/2009. Disponible en: <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2009/7037.pdf> Fecha de consulta: 28/05/2021.

10 CIADH, "Villagrán Morales y otros- caso de los niños de la calle" Sentencia del 19/11/1999.

11 O.N.U., Observación General N° 5, 27/11/2003. Disponible en: <https://www.unicef.org/UNICEF-ObservacionesGeneralesDelComiteDeLosDerechosDelNiño-WEB.pdf> Fecha de consulta: 28/05/2021

12 Grimson, Alejandro. La formación ciudadana en sociedades desiguales y heterogéneas en La educación argentina: la urgencia del largo plazo. Tedesco, Juan Carlos, compilador. Buenos Aires, Siglo veintiuno editores, 2015. P. 105

tareas remuneradas dentro del Servicio Penitenciario, es su derecho legal, garantizado por el art. 14 bis C.N., percibir la asignación familiar por sus hijos.

En este sentido, podemos decir que las leyes nacionales de nuestro país, como así también el marco legal de los tratados internacionales de derechos humanos que Argentina ha suscripto y ratificado, al igual que nuestra Constitución Nacional, son armónicos en este punto y aseguran el acceso de todas las personas a estos beneficios de la seguridad social.

Se garantiza, entonces, por medio de la normativa invocada, la protección de los niños, niñas y adolescentes, como así también de las mujeres y de las personas que se encuentran privadas de la libertad.

Además, el acceso a los beneficios de la seguridad social se encuentra íntimamente ligado con el derecho a la salud de las personas en contextos de encierro y de los hijos e hijas que se encuentran a su cargo en el sistema penitenciario, siendo obligación del Estado Argentino garantizar condiciones carcelarias dignas para esa población, debiendo asegurar y promover su bienestar psicofísico¹³.

VII. A modo de conclusión

A la luz de todo lo analizado, podemos concluir que la solución establecida por nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación es ajustada a derecho y a todo sentido de justicia, cumpliendo así con la manda supra nacional de garantizar la protección y el efectivo cumplimiento de los derechos humanos que regulan las convenciones en las la República Argentina es parte.

Interpretar de otra manera lo establecido por el más alto tribunal argentino implicaría discriminar a las mujeres que se encuentran privadas de su libertad y, lo que es más grave aún, desproteger a sus hijos e hijas, los que no han podido decidir en absoluto sobre la situación en la que se encuentran.

Privar a las mujeres que están presas de las asignaciones que les corresponden por su trabajo o de las que deberían percibir en beneficio de los hijos e hijas a su cargo (nacidos o por nacer), por el hecho de que el Estado ya cubre sus necesidades a través del sistema penitenciario, implica, sin lugar a dudas, agravar las condiciones de su detención y colocarlas en una situación de mayor vulnerabilidad, lo cual es, inaceptable.

Ha quedado probado en la causa en comentario que, muchas de las necesidades de las mujeres que se encuentran en contextos de encierro deben ser cubiertas por ellas mismas, por medio de compras que realizan dentro del propio establecimiento carcelario y que lo mismo ocurre con algunos bienes que deben comprar para sus hijos e hijas. Que, en este aspecto, deviene obvio que, impedirles percibir las asignaciones mencionadas, implicaría privarlas de cubrir esas necesidades propias y de sus hijos e hijas. Este argumento de ANSES no puede ser de recibo, ya que coloca en una situación de mayor indefensión y discrimina a estas mujeres insertas en el sistema penitenciario argentino.

Entendemos que, cuando una mujer realiza la opción que la ley le permite de tener un

13 Copello, Nadia Virginia. Derecho a la salud intramuros en: Revista Derecho y Salud. EUBP. Año 4. N° 5. Diciembre, 2020. P. 282. ISSN (versión impresa): 2591-3468. ISSN (versión online): 2591-3476.

hijo o hija a su cargo dentro del sistema penitenciario, debe poder gozar del acceso a la A.U.H. o asignación familiar, según corresponda. Privarla de este beneficio es contrario a derecho e implica una discriminación injustificada que podría generar la responsabilidad de nuestro país ante organismos internacionales, por constituir un flagrante incumplimiento de las normas de derechos humanos que hemos ratificado y cuya operatividad debemos garantizar.

Así las cosas, el Estado argentino está obligado no solo a dar cumplimiento a lo establecido en los tratados de derechos humanos que ha ratificado, sino que los poderes que lo integran, deben asegurar que las normas contenidas en los mismos gocen de plena operatividad, garantizando el goce y ejercicio de los derechos protegidos por la normativa invocada. Todo ello, acaece en el fallo analizado, garantizándole a las mujeres privadas de la libertad, el acceso pleno a los beneficios de la seguridad social, para ellas y los niños y niñas bajo su cuidado.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Copello, Nadia Virginia. Derecho a la salud intramuros en: Revista Derecho y Salud. EUBP. Año 4. N° 5. Diciembre, 2020.
- De Cicco, Andrés Oscar, Riesgo habitacional de personas vulnerables y su impacto en el derecho a la salud: la conducta omisiva del estado provincial, en Revista Derecho y Salud, 3(3).
- Grimson, Alejandro. La formación ciudadana en sociedades desiguales y heterogéneas en La educación argentina: la urgencia del largo plazo. Tedesco, Juan Carlos, compilador. Buenos Aires, Siglo veintiuno editores, 2015. P. 105.
- Moreno, Gustavo Daniel. La gran ausencia en el ejercicio de la convención. La exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales en: A 30 años de la Convención sobre los derechos del niño. Avances, críticas y desafíos. Dir. Herrera, M. Gil Dominguez, A. Giosa, L. Buenos Aires, Ediar, 2019. P. 140-142.
- Ruprecht, Alfredo J. Asignaciones Familiares. Buenos Aires. 1998. Ed. Zavalía. P. 14 y 19.

LA SALUD: UN CONSUMO PRIVILEGIADO

HEALTH: A PRIVILEGED CONSUMPTION

Ignacio López Seco¹

DOI: [https://doi.org/10.37767/2591-3476\(2021\)15](https://doi.org/10.37767/2591-3476(2021)15)

Comentario a

W.,D. c/ OMINT S.A. DE SERVICIOS s/ incumplimiento de prestación de obra social/med. prepaga.

Cámara Civil y Comercial Federal, Sala I - Poder Judicial de la Nación

Disponible en

<https://bit.ly/38gllbk>

RESUMEN:

El presente comentario aborda el razonamiento formulado por la Cámara Civil y Comercial Federal del Poder Judicial de la Nación, que confirmó la sentencia de primera instancia, que acogió la pretensión del actor, condenado a la demandada, entidad de medicina prepaga, a disponer el cambio de plan médico que fuera unilateralmente denegado por ésta, así como también, al reintegro de los gastos que el accionante desembolsó, como consecuencia de dicha negativa. En el presente caso, el actor transitaba una enfermedad oncológica, que motivó la solicitud del cambio del plan contratado, lo que fue resistido por la entidad de medicina prepaga. Ello motivó que, frente al avance de su enfermedad, y la negativa de la demandada a efectivizar el cambio de plan, el actor desembolse, de manera particular, el importe correspondiente al tratamiento que el plan contratado no cubría. La demandada, resistió la pretensión, alegando que no está obligada a asegurar el derecho a la salud. El razonamiento reproducido por la sentencia de Cámara descansa en dos aspectos fundamentales: por un lado, la imposibilidad de que la demandada sea desvinculada de la salud de su afiliado, y por el otro lado, la aplicación del régimen tuitivo consumeril al contrato de medicina prepaga.

ABSTRACT

This comment contains the reasoning formulated by the Federal Civil and Commercial Chamber of the Judicial Power of the Nation, which confirmed the sentence of first instance, which accepted the claim of the plaintiff, sentenced to the defendant, a prepaid medicine entity, to order the change of the medical plan that was unilaterally denied by it, as well as the

¹ Abogado (Universidad Nacional de Córdoba); Martillero y Corredor Público (Colegio Nacional de Monserrat); Maestrando en Derecho Procesal (Universidad Siglo XXI). Se desempeña como Auxiliar en el Juzgado Civil y Comercial de 1º Instancia y 36º Nominación. Mail: ignaciolopezsec@hotmail.com. ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0002-2582-5856>

reimbursement of the expenses that the plaintiff disbursed. In the present case, the plaintiff was suffering from an oncological disease, which led to the request to change the contracted plan, which was resisted by the prepaid medicine entity. This led to the fact that, given the advance of his illness, and the defendant's refusal to effect the change of medical plan, the plaintiff paid, the amount corresponding to the treatment that the contracted plan did not cover. The defendant resisted the claim, claiming that it is not obliged to ensure the right to health. The reasoning reproduced by the Chamber rests on two fundamental aspects: in first place, the impossibility for the defendant to be disconnected from the health of its affiliate, in second place, the application of the consumer protection regime to the prepaid medicine contract.

PALABRAS CLAVE: Medicina prepaga; Derecho a la salud; Defensa del consumidor; Abuso del derecho; Vulnerabilidad.

KEY WORDS: Prepaid medicine; Right to health; Consumer Defense; Abuse of rights; Vulnerability.

I. Introducción

En el mes de mayo del año 2020, en los autos caratulados "W.,D. c/ OMINT S.A. DE SERVICIOS S/ INCUMPLIMIENTO DE PRESTACIÓN DE OBRA SOCIAL/MED. PREPAGA", la Cámara Civil y Comercial Federal, Sala I, del Poder Judicial de la Nación, resolvió confirmar a sentencia de primera instancia dictada con fecha 25/10/2019 por el magistrado a cargo del Juzgado Civil Y Comercial Federal N.º 4. En esta última resolución, el magistrado de primera instancia resolvió condenar a la demandada, Omint S.A. de Servicios, entidad de medicina prepaga, a disponer el cambio de plan médico que fuera unilateralmente denegado por ésta al accionante, así como también, al reintegro de los gastos que el pretensor desembolsó, como consecuencia de dicha negativa.

I) Los hechos.

Conforme surge de la resolución de primera instancia, confirmada por la sentencia comentada, el actor, D.W, promueve demanda en contra de Omint S.A de Servicios a fin de que disponga el cambio de plan de asistencia médica que le fue negado por la demandada en sede extrajudicial, así como también el reintegro de los gastos que incurrió como consecuencia de dicha negativa, con más daños y perjuicios.

El accionante relata que en el año 2013 se realizó una biopsia en el Centro de Urología y el resultado fue positivo, indicando la existencia de un adenocarcinoma. Frente a tal panorama, el accionante, Sr. D.W, realiza una interconsulta con el Jefe de Servicio de Urología del Hospital Alemán, quien forma parte integrante de la cartilla de Omint, pero no pertenece a los prestadores de la cartilla que el actor había contratado.

En consecuencia, con fecha 26/12/2013, el actor concurre a la prestadora Omint, para solicitar el cambio de plan contratado, quien rechaza su solicitud.

Luego de ello, el Sr. D.W, ante la apremiante urgencia de su enfermedad, comenzó el tratamiento con el jefe de Urología del Hospital Alemán, quien le recomendó la reali-

zación de una intervención quirúrgica, debiendo afrontar los gastos de esta. Asimismo, luego de la intervención, los médicos le indicaron un tratamiento protocolar de “rayos de intensidad media modulada”, en el centro médico “VIDT”, prestador de Omint, pero perteneciente a un plan distinto al que el afiliado había originalmente contratado. El Actor señala que al requerir a la demandada la cobertura del tratamiento, esta se la negó alegando que a su criterio bastaban los rayos 3D. Frente a esta denegación, el accionante asumió de manera particular el costo de la prestación.

Por su parte, la demandada, resiste la pretensión del accionante, alegando que su afiliado, el Sr. D.W contrató con la entidad un plan cerrado, por lo que, si el afiliado decide acudir a médicos y centros asistenciales de la cartilla de su mandante, la cobertura no tiene ningún tipo de límite o tope, sin embargo, si decide acudir a prestadores ajenos, su mandante no tiene obligación contractual de afrontar los gastos generados.

Alegó también que las solicitudes de cambio de plan se encuentran sujetas al análisis y aprobación de la entidad de medicina prepaga.

Finalmente, señaló que el actor, solicitó el cambio de plan, fuera del plazo predeterminado por la empresa, esto es, del 1 al 20 de abril de cada año, conforme a la cláusula 4.3 del Reglamento de Servicios que es parte integrante del contrato que vincula a la empresa demandada con sus afiliados.

1) El fallo de primera instancia.

En su resolución, el magistrado de primera instancia comienza sentando los criterios jurisprudenciales de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, vinculados al derecho de la Salud. En tal sentido, expone que el derecho a la vida es el primer derecho de la persona humana que resulta reconocido y garantizado por la Constitución Nacional.

Expresa que nuestro máximo tribunal nacional, reafirmó que el ordenamiento convencional, con jerarquía constitucional (art. 75 inciso 22 CN), establece que el derecho a la Salud, comprendido dentro del derecho a la vida, conlleva la obligación impostergable que debe desarrollar la autoridad pública para garantizarlo con acciones positivas, sin perjuicio de las obligaciones que deban asumir las jurisdicciones locales, las obras sociales o las entidades llamadas de medicina prepaga. De allí que el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales reconoce el derecho que se le otorga a todas las personas a disfrutar del más alto nivel posible de salud física y mental (art.12.1). Asimismo, refiere que las empresas de medicina prepaga se encuentran igualadas en cuanto a sus obligaciones prestacionales en relación con las obras sociales (*confr. CNCCFed., Sala I, causa 3054/2013 del 3.3.2013 y 3959/18 del 7.2.2019, entre otras*).

Luego de reseñada la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, el magistrado de primera instancia, señala que resulta aplicable el régimen tuitivo del derecho consumeril al contrato de cobertura médica celebrado entre las partes y atento que los usuarios y consumidores son sujetos particularmente vulnerables, la interpretación de las cláusulas y prerrogativas insertas en el contrato o reglamento deberá, ajustarse a los principios del derecho de consumo, como la buena fe, el trato digno, y no discriminación, el deber de información adecuada y veráz y en caso de duda, la interpretación mas favorable para el consumidor (art. 42 de la Constitución Nacional y art. 37 de la ley 24.240).

El magistrado, señala que no se puede prescindir de la función social que tiene el contrato de medicina prepaga, en virtud de los bienes en juego, como la salud y la vida de las personas, protegidos por la Constitución Nacional y tratados internacionales, máxime cuando ningún ordenamiento jurídico puede justificar el abuso del derecho.

La sentencia de primera instancia resuelve que le asiste derecho al actor al cambio de plan médico asistencial a un plan superador con relación al originalmente contratado, y por el otro, le asiste derecho al reintegro de los gastos afrontados de manera particular, como consecuencia de la negativa de la demandada a la pretensión del actor.

II) La sentencia de Cámara.

Contra la sentencia de primera instancia, la demandada Omint se alza en apelación. Se agravia, en cuanto alega que no es su parte obligada a asegurarle la contraria el derecho a la salud, ya que se trata de una sociedad anónima que no ha asumido tal obligación, bajo ningún concepto, al mismo tiempo que aduce, que es el Estado Nacional, es quien ostenta en general, el carácter de garante de la salud de la población. Invoca que no está obligada a cubrir una prestación médica más allá de lo convenido con los accionantes y que la negativa al cambio de plan solicitado constituye un acto discrecional de la empresa, facultad que ha ejercido en forma razonable.

Tal como se adelantó, esta resolución rechaza los agravios de la demandada y confirma la resolución de primera instancia.

Para decidir de tal manera, en primer lugar, la Cámara hizo hincapié en que, conforme a la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, la obligación del Estado Nacional de garantizar el derecho a la salud con acciones positivas, lo es sin perjuicio de las obligaciones que deban asumir en su cumplimiento las entidades de medicina prepaga (conf. Fallos 328:4640; entre muchos otros).

En este sentido, este agravio resulta inadmisibles, toda vez que la obligación principal de la empresa de medicina prepaga, en el sistema de cartilla o sistema cerrado, es justamente prestar el servicio médico, lo que lleva a cabo a través de los integrantes de la cartilla.

La sentencia, refiere sobre ello que: *“En base a ese estándar, la predicada ajenidad de la demandada respecto de la salud de los actores, no resulta un argumento atendible. Máxime, si se pondera que la prestación de servicios de salud es la actividad comercial a la que se dedica.”*

Luego, continúa su razonamiento, al señalar que la controversia no se circunscribe a establecer si corresponde obligar a la demandada a asumir una prestación médica no convenida contractualmente, sino de dirimir si su negativa a encuadrar a los actores en un plan superador al que habían contratado fue legítima.

Al respecto, concluye que la cláusula 4.3 del Reglamento de Servicios, que es parte integrante del contrato que vincula a la empresa demandada con sus afiliados y establece la posibilidad de que estos manifiesten sus intenciones de cambio de plan una vez al año, entre el 1 y el 20 de abril, debe ser interpretada a la luz de los principios del régimen de defensa del consumidor, plenamente aplicable al contrato de medicina prepaga. A la luz

de tales principios, la resolución resuelve que, estando en juego el derecho a la salud de las personas, la denegatoria del cambio de plan formulado por la demandada constituye un abuso del derecho.

La resolución destaca que, conforme la Jurisprudencia de nuestro máximo tribunal nacional, el régimen de defensa del consumidor es plenamente aplicable al contrato de medicina prepaga por lo que la interpretación de las cláusulas y prerrogativas del contrato deben efectuarse de acuerdo con la normativa consumeril. En este entendimiento, señala que la negativa de la demandada a concretar el cambio de plan del accionante, con fundamento en que este no efectuó en el periodo habilitado a tales efectos (del 1 al 20 de abril, conforme la cláusula 4.3 del Reglamento de Servicios), configura un abuso del derecho, máxime, cuando está en juego el derecho a la salud de las personas.

Respecto de esto último, la sentencia de Cámara agrega que el abuso del derecho se configura en el presente caso, en tanto la demandada no ha brindado ninguna razón atendible que justifique la negativa a brindar mayor cobertura, asumiendo el actor el costo que representa el nuevo plan, lo que se agrava en función del delicado estado de salud que transitaba el accionante.

III) El derecho a la salud como punto de partida.

Se advierte que, en ambas resoluciones, esto es, tanto en la sentencia de Cámara comentada, así como también en la sentencia de primera instancia que ésta confirma, el razonamiento de los magistrados inicia abordando el derecho a la salud, inescindiblemente vinculado al derecho a la vida y a la dignidad humana.

En este sentido, el punto de partida del razonamiento es impecable, puesto que logra encuadrar la cuestión debatida, para luego, dentro de ese enfoque (insisto, el derecho a la salud, la vida y la dignidad humana), aportar herramientas conceptuales, que integran un sistema más amplio, de protección de derechos reconocidos en el orden constitucional y convencional.

El fin último del ordenamiento legal (en sentido lato), su razón de ser, es la persona humana. Esta premisa implica un sistema de ponderación de los bienes jurídicos reconocidos, dentro del cual, el primer derecho que debe ser reconocido y tutelado, es el derecho a la vida y la integridad psicofísica de las personas. Esto toda vez que, el resto de los derechos y garantías consagrados en el ordenamiento positivo, se encuentran subordinados al derecho a la vida, presupuesto ineludible para el ejercicio de los demás.

En nuestra Constitución Nacional, el derecho a la salud ha sido introducido en la reforma del año 1994, con la incorporación de los tratados de derechos internacionales de derechos humanos, que constituyen el llamado bloque de constitucionalidad (art. 75 inciso 22° CN).

Previo a ello, con frecuencia la doctrina ubicaba el derecho a la salud en el marco de los derechos implícitos del art. 33 de la Constitución Nacional.²

Asimismo, debe destacarse que, a partir del año 2015, con la reforma del Código Civil y

² Díaz Ana Inés (2019). "Conceptualización del derecho a la salud en la Argentina" -. Publicado en: LA LEY 29/10/2019, 1 • LA LEY 2019-E, 1135 - Cita: TR LALEY AR/DOC/2805/2019.

Comercial de la Nación se acogió normativamente la constitucionalización del derecho privado (art. 1° CCCN).

Ahora bien, en cuanto al ordenamiento convencional, con jerarquía constitucional (art. 75 inciso 22° CN) vinculado al derecho a la salud, se destacan: la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (Aprobada en Bogotá en el año 1948), cuyo artículo 11 dispone: *“ 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.”* Encontramos también el Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales, cuyo artículo 12, inciso 1° reza: *“Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental.”* En la Convención Americana sobre Derechos Humanos, también conocida como Pacto de San José de Costa Rica, en el art. 4 inciso 1° se reconoce el derecho a la vida: *“toda persona tiene derecho a que se respete su vida”* y en su art. 5 el Derecho a la integridad personal, disponiendo el inciso 1° que *“Toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral”*. La Declaración Universal de Derechos Humanos, en su art. 25 inciso 1° dispone: *“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 (...)”*

De la normativa citada, resulta innegable la prevalencia de ciertas normas y principios con las que el ordenamiento positivo tutela el derecho a la vida y a la salud, como bien jurídico protegido, y es a la luz de tales principios que la resolución que la sentencia de Cámara advierte como cuestión liminar, que deberá resolverse el caso traído a su conocimiento.

Ahora bien, considero, que lo enriquecedor de la resolución comentada, recae en el hecho que la Cámara no se detiene solo en este encuadre jurídico, sino que da un paso más, e integra, con acierto, estos principios a una rama del derecho, que igualmente tutela a las personas, pero frente a determinados tipos de abusos, no necesariamente vinculados al derecho a la salud: el régimen de defensa del consumidor.

IV) El derecho a la salud y el derecho de consumo. Dialogo de fuentes.

Recapitulado, la sentencia comentada, encuadra el caso en el régimen protectorio del derecho a la vida, y dentro de ello, a la salud del afiliado de la entidad de medicina prepaga, en base al ordenamiento convencional (con jerarquía constitucional), al que se hizo referencia en el punto anterior.

A ese régimen, protectorio de la persona en su integridad psicofísica, y que encuentra su fundamento en el valor de la vida humana, la resolución lo integra, de manera armónica, con el derecho de defensa del consumidor. En tal sentido, la Cámara señala que la Corte Suprema de Justicia de la Nación establece que el régimen de defensa del consumidor es plenamente aplicable al contrato de medicina prepaga, lo que conlleva a que la interpretación de las cláusulas y prerrogativas insertas en el contrato o reglamento deberá efectuarse con arreglo a la normativa consumeril. (del dictamen del procurador general que la Corte hace suyo) (*13/03/2001*, E., R. E. c/ Omint S.A. de Servicios*, LA LEY 2001-B, 678 -L LEY 2001-E, 22, con nota de Inés A. D´Argento -DJ 2001-2, 87- ED del 09/05/2001, p. 9) (confr. CNCCFed. Civil y Comercial, Sala II, causa 45.393/95 del 20/12/05).

Sobre esto último, la doctrina advertía: *“De esta forma, la jurisprudencia enroló los contra-*

tos de medicina prepaga bajo las características expuestas de adhesión y consumo , atribuyéndoles las consecuencias jurídicas correspondientes y diferenciándolo de aquellos convenios en los cuales prima la paridad e igualdad contractual reconocida en los arts. 1137 y 1197, entre otros, del Código Civil (ley 340).³

La sentencia de primera instancia, también señala que el contrato que vincula al actor, como afiliado del plan de la entidad de medicina prepaga demandada, es un típico contrato de adhesión, en el que las cláusulas son predispuestas unilateralmente por la accionada y el adherente solo cuenta con la posibilidad de aceptarlo o rechazarlo, sin posibilidad de discutir el contenido del negocio jurídico, que se presenta como inmodificable.

Ahora bien, esta posibilidad de integrar ambos regímenes normativos, ensanchando considerablemente la protección de los afiliados al régimen de medicina prepaga, requiere de un método de interpretación orgánico, comúnmente denominado en la doctrina como "diálogo de fuentes".

Esto permite la coordinación de las normas al interior del sistema jurídico, que deja atrás el modelo de las antinomias del derecho, que se basaba en que una regla debe excluir a otra por razones temporales o de especialidad. Así, en el dialogo de fuentes, la finalidad de las normas se da mediante el "diálogo entre ellas", lo que permite integrar el sistema, de manera coherente y coordinada.

Esta comunicación entre diversos regímenes jurídicos, puede presentarse de manera horizontal, es decir, entre normas de igual jerarquía, de manera vertical, cuando la jerarquía no es la misma (por ejemplo entre un precepto legal y otro constitucional o convencional).

Es este sentido, cierta doctrina, respecto al "diálogo de fuentes", ha sostenido: *"Esto no es una cuestión exclusiva en materia de Derecho del Consumidor, sino que esas "relaciones dialógicas" entre Código Civil y Comercial y leyes especiales se observa también en otras materias, como niñez y adolescencia, salud mental, personas jurídicas, ambiente, entre otras. Así, necesariamente para entender el dispositivo jurídico aplicable a un hecho social, requerirá necesariamente, no sólo de un "diálogo horizontal" entre el Código Civil y Comercial y las leyes especiales —en este caso, las leyes de protección al consumidor —sino también, previa, y más importante, un "diálogo vertical" de estas normas con aquellas de fuente constitucional y convencional. En este último caso no hay, en rigor, un "diálogo", pero sí un "monólogo", porque las reglas superiores preponderan necesariamente sobre aquellas que se sitúan en un nivel inferior".⁴*

Repárese, en que la reforma constitucional del año 1994 otorgó jerarquía constitucional al derecho de los consumidores, en el artículo 42, que dispone: "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", otorgando de tal modo jerarquía constitucional al principio protectorio del usuario o consumidor.⁵

3 Cao Christian Alberto (2016) – "La protección del derecho constitucional a la salud en los contratos de adhesión y consumo. Nota particular sobre el contrato de medicina prepaga, su impacto en el código civil y comercial y normas complementarias" - Publicado en: RCCyC 2016 (noviembre), 227 Cita: TR LALEY AR/DOC/3189/2016)

4 Barocelli, Sergio Sebastián (2015), "Contratos de seguros y derecho del consumidor. Diálogo de fuentes y perspectivas a la luz del nuevo código civil y comercial". Publicado en: rdc0273, 1021, cita tr laley ar/doc/5192/2015.

5 (Cfr. CARLOS A. HERNÁNDEZ, SANDRA A. FRUSTAGLI (2003) JURISPRUDENCIA ARGENTINA-LEXIS NEXIS 2003-IV-1541 Id SAJ: DASF070020)

Terminan de integrar el régimen normativo de defensa del consumidor, la ley 24.240 con sus respectivas modificaciones y los artículos 1092 al 1122 del CCCN.

v) La salud como consumo privilegiado.

Sentadas estas bases, se advierte que, este sistema dialógico, integrado por el derecho a la salud y el derecho de consumo, tiene a la persona humana, adherente a un sistema de medicina prepaga mediante cláusulas predispuestas, como centro de protección.

Autorizada doctrina conceptualiza al derecho del consumidor, como *“un sistema global de normas, principios, instituciones e instrumentos de implementación, consagrados por el ordenamiento jurídico en favor del consumidor, para garantizarle en el mercado una posición de equilibrio en sus relaciones con los empresarios.”*⁶

Asimismo, en cuanto a la aplicación del régimen del derecho del consumidor al contrato de medicina prepaga se ha sostenido *“Sabido es que el contrato de medicina prepaga es fuente de derechos y deberes recíprocos entre la empresa y el usuario. Así como la primera, tiene la obligación de informar —en los términos del art. 4º de la ley 24.240 y concordantes—; de cumplir las prestaciones de salud comprometidas; no interrumpir la cobertura sin causa justificada —continuidad y/o regularidad del servicio—; no rescindir unilateralmente el contrato sin causa justificada, garantizar condiciones de atención y trato digno (art. 8º bis, LDC); etc. El adherente también debe informar (su declaración jurada debe ser completa y veraz para no incurrir en reticencia o falsedad); abonar las cuotas, prestar colaboración; abstenerse de hacer un uso indebido del sistema”*.⁷

En este entendimiento, los principios que orbitan el derecho de consumo, entre los que encontramos el principio protectorio, el orden público, in dubio consumidor, trato digno y equitativo, gratuidad, deber de información, obligación de seguridad y el principio de sustentabilidad, adquieren una dimensión particular, cuando se encuentra comprometida la salud del consumidor.

Esto último se justifica, en un aspecto al que hace referencia el fallo de primera instancia (al que la sentencia comentada se remite): la mayor vulnerabilidad de aquel sujeto que ve comprometida su salud. Ello justifica, que los principios tutelares del régimen consumeril, graviten incluso con mayor intensidad que si se tratase de un acto de consumo en el que no se ve directamente comprometida la salud del consumidor, como por ejemplo la contratación de un plan de telefonía celular, o la adquisición de un electrodoméstico.

Repárese que, en fallo comentado, el accionante sufría una grave enfermedad oncológica, que comprometía su gravemente su salud y ponía en peligro su vida. En tal sentido, la conducta desplegada por la demandada, consistente en la negativa de efectivizar el cambio de plan contratado por el afiliado, se agrava, en torno al desamparo en que la enfermedad puso al accionante, que se encontraba, sin hesitación, en situación de vulnerabilidad.

En este sentido, autorizada doctrina ha sostenido: *“Si se analiza la definición de “persona vulnerable” desde el punto de vista del derecho a la salud, por ejemplo, podremos afirmar*

⁶ Stiglitz Gabriel A. Ley de Defensa del Consumidor (una primera visión de conjunto) Publicado en: Jurisprudencia Argentina. Cita TR la ley 0003/011878

⁷ Nager María Agustina (2019) “Protección del consumidor de servicios médicos prepagos” Publicado en: RCCyC 2019 (julio) , 194 - Cita: TR LALEY AR/DOC/1649/2019

claramente que cualquier persona que necesite una resolución judicial por una afección en su salud es, a estos efectos, un sujeto vulnerable. El paciente siempre es vulnerable, tanto por no gozar plenamente de su estado de plenitud, como también por su engranaje dentro del sistema sanitario.” (el énfasis me pertenece).⁸

Destaco que, la asimetría existente entre la entidad de medicina prepaga como proveedora de servicio de salud y el afiliado que pretende cambiar su plan de cobertura a uno superador (y contratado mediante un pliego de adhesión cláusulas preimpresas), se agrava con la condición de hipervulnerabilidad que transitaba este último. Ello, implica que los principios del derecho del consumidor, cuya finalidad descansa en contrarrestar los disvaliosos efectos que acarrea la posición asimétrica en la relación de consumo, operen, en casos donde se ve comprometida la integridad psicofísica del consumidor, en el máximo grado de protección posible.

En tal entendimiento, se destaca que las relaciones de consumo en las que se encuentra comprometido el derecho a la salud de las personas, y en base a la condición de particular vulnerabilidad que estas transitan, deben privilegiarse por sobre aquellas en donde no existe afección a la salud, y su protección debe ser necesariamente mayor. Esto, como una consecuencia natural del enfoque que pone en el centro del ordenamiento jurídico a la persona humana, y como principal bien jurídico protegido la vida y la salud.

Así, la Cámara, resolvió el caso haciendo aplicación del régimen de defensa del consumidor al contrato de medicina prepaga, y concluyó que a la luz de los principios que orbitan en dicho régimen protectorio principio (protectorio, orden público, in dubio pro-consumidor, trato digno y equitativo, gratuidad, deber de información, obligación de seguridad y principio de sustentabilidad) resulta abusiva la postura de la entidad demandada, en cuanto se negó a realizar el cambio de plan solicitado a uno superador, sin justificar de ninguna forma dicha negativa.

VI) CONCLUSION

Entiendo que el valor del fallo comentado descansa en que logra, tal como se desarrolló a lo largo del presente trabajo, integrar diversos regímenes protectorios para abarcar una determinada relación jurídica, como lo es el contrato de medicina prepaga, que sin lugar a duda cumple una función de innegable trascendencia social.

Respecto a esto último, la resolución, señala con acierto que, siendo que la prestación de servicios de salud es justamente la actividad comercial a la que se dedica la entidad de medicina prepaga, esta no puede seriamente alegar ser ajena a la salud de sus afiliados.

Entiendo, que este primer abordaje que realiza la Cámara se vincula de manera directa con la función social del contrato de medicina prepaga, que justifica que las mismas tengan la obligación (sin perjuicio de la obligación que corresponda al Estado Nacional) de garantizar el derecho a la Salud.

Comparto plenamente este criterio, toda vez que implica reconocer el valor social de las actividades que realizan estas entidades, y establecer que las mismas están obligadas a prestar un servicio que por lo menos garantice el acceso a la salud de sus afiliados.

⁸ Gonzalo Gabriel Carranza y Claudia Elizabeth Zalazar (2015) – “Justicia y personas en condición de vulnerabilidad” Revista Derecho y Salud | Universidad Blas Pascal 2018-11-15 | journal-article DOI: [https://doi.org/10.37767/2591-3476\(2018\)01](https://doi.org/10.37767/2591-3476(2018)01)

El derecho es una construcción social, cuyo fundamento es la persona humana. El derecho a la vida, es un derecho humano básico, y debe ser el primero en ser reconocido, puesto que es el presupuesto ineludible para el ejercicio de los demás derechos. En este entendimiento, la vida y la salud no pueden quedar librados exclusivamente a las condiciones del mercado, ni naufragar en su lógica implacable: la rentabilidad.

Por otra parte, el valor de la resolución comentada reside en la aplicación del régimen del consumidor a los contratos de medicina prepaga, integrando, junto al derecho a la vida y la salud, un sistema mucho más amplio de protección.

De esta manera, se reconoce a un sujeto que se encuentra en una situación doblemente desventajosa: por un lado, con fundamento en las relaciones asimétricas propias que se establecen entres proveedores y consumidores, y por el otro, por la vulnerabilidad en que lo coloca su afección a la salud. Frente a ello, se integra un sistema que reconoce esta realidad y otorga a este sujeto un marco tutelar propio, acorde a su situación de desamparo.

En definitiva, la idea de un “consumo privilegiado”, busca de alguna manera sintetizar este régimen integrado por el derecho a la salud y el derecho al consumo (diálogo de fuentes) cuya premisa principal, residen en que, a mayor vulnerabilidad, mayor debe ser la protección que brinde el derecho.

REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS:

- Barocelli, Sergio Sebastián (2015), “Contratos de seguros y derecho del consumidor. Diálogo de fuentes y perspectivas a la luz del nuevo código civil y comercial”. Publicado en: rdco273, 1021, cita tr laley ar/doc/5192/2015
- Cao, Christian Alberto (2016) – “La protección del derecho constitucional a la salud en los contratos de adhesión y consumo. Nota particular sobre el contrato de medicina prepaga, su impacto en el código civil y comercial y normas complementarias” - Publicado en: RCCyC 2016 (noviembre) , 227 Cita: TR LALEY AR/DOC/3189/2016)
- Carlos a. Hernández, sandra a. Frustagli (2003)” jurisprudencia argentina“-lexis nexis 2003-iv-1541 id saij: dasf070020
- Diaz Ana Inés (2019). “Conceptualización del derecho a la salud en la argentina” -. Publicado en: LA LEY 29/10/2019 , 1 • LA LEY 2019-E , 1135 - Cita: TR LALEY AR/DOC/2805/2019
- Gonzalo Gabriel Carranza y Claudia Elizabeth Zalazar (2015) – “Justicia y personas en condición de vulnerabilidad” Revista Derecho y Salud | Universidad Blas Pascal 2018-11-15 | journal-article DOI: [https://doi.org/10.37767/2591-3476\(2018\)01](https://doi.org/10.37767/2591-3476(2018)01)
- Nager María Agustina (2019) “Protección del consumidor de servicios médicos prepagos” Publicado en: RCCyC 2019 (julio) , 194 - Cita: TR LALEY AR/DOC/1649/2019
- Stiglitz Gabriel A. “Ley de Defensa del Consumidor (una primera visión de conjunto)”

MEDIOS TELEMÁTICOS PARA LA ENTREVISTA PERSONAL DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD INTELECTUAL EN EL PROCESO DE RESTRICCIÓN DE LA CAPACIDAD DE EJERCICIO

TELEMATIC MEANS FOR THE PERSONAL INTERVIEW OF PEOPLE WITH INTELLECTUAL DISABILITIES IN THE PROCESS OF RESTRICTING THEIR EXERCISE CAPACITY

Juan Antonio Seda¹

DOI: [https://doi.org/10.37767/2591-3476\(2021\)16](https://doi.org/10.37767/2591-3476(2021)16)

Comentario a

"S. J. V. S/ DETERMINACION DE LA CAPACIDAD JURIDICA"

Juzgado de Familia N° 1 de Tigre – Poder Judicial de la Provincia de Buenos Aires

Disponible en

<https://bit.ly/38hY13J>

RESUMEN:

El proceso de restricción de la capacidad de ejercicio para las personas con discapacidad mental o intelectual, requiere de una entrevista personal entre el causante y el magistrado a cargo de la causa. Esta entrevista no debería considerarse como una medida de prueba, ya que los jueces no tienen competencias profesionales para evaluar la salud mental o las limitaciones cognitivas de un individuo. En cambio, sí se la puede considerar como una forma de entablar un vínculo inmediato entre quien acude al sistema judicial y quien lo administra. En este comentario se analizarán algunos aspectos relacionados a la situación sanitaria vigente

¹ Abogado (UBA); Doctor en Derecho (UBA). Profesor Adjunto Regular de Derecho de Familia y Sucesiones (UBA). Profesor Adjunto Regular de Práctica Profesional (UBA). Licenciado en Ciencias Antropológicas (UBA). Director de la Carrera de Especialización en Discapacidad y Derechos (UBA). Mail: juan.antonio.seda@gmail.com. ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0002-7362-2607>

en 2020 y 2021 y cómo esa intermediación, a su vez queda mediada por medios telemáticos. Esta alternativa puede constituir una vía para mantener contactos periódicos entre personas con discapacidad mental o intelectual y los equipos técnicos de los juzgados.

ABSTRACT

The process of restricting exercise capacity for people with mental or intellectual disabilities requires a personal interview between the deceased and the magistrate in charge of the case. This interview should not be considered as a test measure, as judges do not have the professional competence to assess an individual's mental health or cognitive limitations. On the other hand, it can be considered as a way of establishing an immediate link between who goes to the judicial system and who administers it. This comment will analyze some aspects related to the current health situation in 2020 and 2021 and how that immediacy, in turn, is mediated by telematic means. This alternative can be a way to maintain regular contacts between people with mental or intellectual disabilities and the technical teams of the courts.

PALABRAS CLAVE: Capacidad de ejercicio; restricción; proceso; intermediación; apoyos.

KEY WORDS: PExercise capacity; restriction; process; immediacy; supports.

I. Introducción

El proceso de restricción de la capacidad de ejercicio para las personas con discapacidad mental o intelectual tiene un primer objetivo, directo e inmediato, que es el de restringir la posibilidad de celebración de actos jurídicos por parte del causante, que pudieran luego ser tachados de nulos (por carecer de discernimiento quien los celebró). Se trata de una limitación que no afecta la personalidad jurídica del individuo, sino la facultad de ejercer por sí mismo esa capacidad. El segundo objetivo, complementario, es el de buscar un acompañamiento para que esa persona pueda celebrar aquellos actos jurídicos, pero con los apoyos necesarios y las salvaguardias que correspondan. El acceso a la justicia y la tutela judicial efectiva a personas que, por causa de una discapacidad mental o intelectual, están en situación de vulnerabilidad, requieren de un celoso apego a ciertas garantías procesales. Son causas en las cuales se necesita un especial cuidado en asegurar que sea escuchada la voz del titular del proceso, de allí que la legislación previó una instancia de intermediación en el trato entre magistrado y causante.

Tan importante es el respeto por la subjetividad de la persona con discapacidad mental o intelectual, que el legislador ha considerado especialmente la efectivización de una forma de comunicación, personal e intransferible. Así, una de las reformas incorporadas en el Código Civil y Comercial en este proceso es la obligatoriedad de una entrevista personal entre el causante y el magistrado que interviene en la determinación de la capacidad de ejercicio (y su eventual restricción). No se puede considerar que esa reunión reviste un carácter menor, por la trascendencia que la ley de fondo le otorga a su omisión. Tal es la magnitud de la importancia de este encuentro personal, que su falta de realización conlleva la nulidad del procedimiento. Inclusive se prevé que, ante la imposibilidad de asistencia del causante a la sede del juzgado, será el magistrado quien deberá trasladarse al lugar donde se encuentre la persona con discapacidad mental o intelectual, para llevar adelante la entrevista.

En este comentario se analizará la modificación obligada que sufrió el formato de esta entrevista personal, a partir de la situación sanitaria vigente en 2020 y 2021. Las circunstancias sanitarias hicieron que esa reunión, en algunos casos, haya quedado mediada por medios telemáticos. Justamente, el primer punto a analizar en este sentido, es si el uso de esas tecnologías mantiene la noción básica de intermediación. Antes de avanzar sobre los debates que abre la mediación tecnológica en esa entrevista, deberíamos interrogarnos brevemente acerca de la naturaleza jurídica de ese encuentro personal. ¿Es una medida para mejor proveer? ¿Una oportunidad para la defensa de los derechos del causante? ¿Una notificación? ¿Una mera ceremonia protocolar? Algunos magistrados han planteado inclusive que la reunión es, en sí misma, la representación del llamado "acceso a la justicia", un término frecuentemente utilizado en documentos internacionales de derechos humanos, como las denominadas "Cien Reglas de Brasilia para el Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad". Si bien este documento lleva el título de "reglas", hay que aclarar que no son normas formales, sino solamente recomendaciones formuladas por un conjunto de jueces de diversos países, reunidos en el año 2008 en la décimo cuarta Cumbre Judicial Iberoamericana, en la ciudad de Brasilia. Se trata de un texto muy citado, pero que no constituye una norma de cumplimiento obligatorio. Sin perjuicio de ello, se puede tomar como derecho blando (soft law) y, por lo tanto, sin ser vinculante, no carece totalmente de significado legal.

Estas Reglas de Brasilia aspiran a aportar una interesante perspectiva de empatía y protección hacia los grupos más débiles de la sociedad, pero también hay que prevenir por algunos efectos perjudiciales para la calidad institucional, como es una interferencia de los jueces en la esfera del legislador, por medio del activismo judicial (Ramos, 2014; Calvino, 2015). Nociones como el acceso a la justicia o la tutela efectiva constituyen principios, objetivos a lograr, ideas fuerza que marcan un clima de época y que se reiteran en diversos pronunciamientos de tribunales de diverso orden. Por ello, también las leyes sustantivas y adjetivas han tomado el compromiso de acercar a los funcionarios judiciales al público, de manera de obtener un servicio de justicia de mayor calidad y legitimidad.

Esta entrevista personal tiene varias dimensiones y quizás sería un error tratar de encasillarla en una única función dentro de un proceso tan peculiar. Hay aspectos de la noción de la intermediación que se explican mejor con el análisis situado en la práctica cotidiana, entendiendo el estilo que elige cada magistrado. Son muchos los jueces que asumen una comunicación directa con quien es circunstancial usuario del servicio de justicia y que, con sentido de responsabilidad por su tarea, se preocupan por entablar vínculos de empatía, siempre dentro de lo que su rol les permite. Hay un conocimiento que surge en estos encuentros, que se complementa de manera aleatoria con la información proveniente del expediente judicial y esto puede tener importancia para quien administra justicia, ya que no son pocos los magistrados que desarrollan una intuición que puede ser valiosa para el desarrollo de su función.

A primera vista, parece evidente que tal entrevista no podría considerarse como una medida de prueba, ya que los jueces no tienen conocimientos profesionales en ciencias médicas, neurológicas o de la conducta, como para evaluar la salud mental o las limitaciones cognitivas de un individuo. Claro que en algunos casos los magistrados pueden tomarlo como una especie de constatación personal de lo que han recibido en el informe del equipo interdisciplinario. Desde esa perspectiva, sí podría considerarse de manera amplia como una medida para mejor proveer, que pone al magistrado en contacto per-

sonal con el causante y sus familiares. O sea que impacta en su convicción, pero también en el titular de este proceso voluntario y de sus familiares. A continuación, analizaremos brevemente un caso en el cual se recurrió a la realización de la entrevista personal por vía telemática.

II. Desarrollo del comentario

Hemos planteado hasta aquí, que todo el proceso de restricción de la capacidad de ejercicio debe tener un sustrato de protección y resguardo de garantías para las personas con discapacidad mental o intelectual, ya que se hallan en una condición de mayor dificultad o vulnerabilidad por su falta de discernimiento. Se ha dicho en muchos pronunciamientos judiciales que hay grupos de la población que requieren de una protección especial, tanto por parte de la ley como de sus familias (Medina, 2016). La carencia de discernimiento del causante en estos procesos, hace más relevante aún el cuidado en la tramitación y en cada detalle del procedimiento.

Aquí nos detendremos especialmente en una novedad específica que surge como producto del contexto del aislamiento social preventivo y obligatorio que derivó de la pandemia del COVID-19. El fallo analizado trata sobre un proceso de restricción de la capacidad de ejercicio de una persona adulta. Esta causa tramitó en el Juzgado de Familia N° 1 de Tigre (Provincia de Buenos Aires) y la sentencia analizada es de julio del 2020, en medio de las restricciones establecidas por la situación sanitaria. El causante contaba con cuarenta y nueve años al inicio del proceso, que fue iniciado por su hermana, también mayor de edad. El patrocinio jurídico quedó a cargo de la Defensoría Oficial. Recordemos que la legitimación para instar estos procesos es limitada a los colaterales sólo hasta el segundo grado.

El diagnóstico de quien es titular del proceso es de retraso mental moderado, con un comportamiento que no puede considerarse adaptado a la vida social. La restricción de la capacidad de ejercicio para ciertos actos, tiene como propósito que el titular de los derechos no celebre determinados negocios jurídicos, que lo pudieren perjudicar o que simplemente podrían ser anulados, por carencia de discernimiento. En este caso, se dispuso una medida de inhibición general de bienes, de modo de evitar cualquier acto de disposición de su patrimonio. Se trata de un adulto que nació en una familia con una madre y cinco hermanos, aunque ha sido la hermana que inició el proceso quien desde muy pequeña se ocupó de los cuidados personales. En la actualidad, el causante, no tiene empleo y concurre a un Centro de Día y a un polideportivo municipal, como actividades de integración y de esparcimiento. Si bien su discapacidad intelectual es moderada, requiere de apoyos para las actividades de la vida diaria, de lo cual se ocupa su hermana.

Vemos aquí una situación bastante frecuente y es el inicio del proceso por parte del familiar que ya en los hechos llevaba adelante los apoyos². Inclusive, de la lectura de la sentencia, surge que esta hermana es quien entiende lo que dice el causante y puede traducirlo. En las evaluaciones psicológicas se suele dejar constancia sobre detalles que marcan características de las limitaciones de la persona para interactuar socialmente, como por ejemplo la dificultad para entender el valor del dinero. También se evalúa si el individuo tiene habilidades para sostener una existencia autónoma, lo cual es fundamental para saber qué clase de apoyos se requerirán. Generalmente, esto suele plantearse

2 Los cuidados personales por parte de los familiares cercanos suelen ser la regla más habitual y los sistemas legales que controlan esas situaciones, pretenden evitar situaciones de abuso, tanto sea de un posible aprovechamiento de una influencia indebida, como también de las limitaciones fácticas que puedan tornarse en una sobre protección tiránica (Seda, 2021)

nuevamente en la entrevista personal, lo cual le otorga un carácter híbrido porque si bien no es una medida de prueba, sirve a la magistrada para darse una idea por sí misma de las posibilidades fácticas del causante.

Un aspecto a destacar del fallo es que vincula la condición del causante con la categoría jurídica y política de “persona con discapacidad”, que es mencionada atinadamente en los fundamentos de la sentencia. Hay que aclarar que el Código Civil y Comercial en sus artículos 48 y 2448 brinda una definición operativa de “persona con discapacidad”. Esta definición propia del Código es de dudosa consistencia convencional, ya que existía otra en nuestro ordenamiento jurídico. Esta definición plantea que “...se considera persona con discapacidad a toda persona que padece una alteración funcional permanente o prolongada, física o mental, que en relación a su edad y medio social implica desventajas considerables para su integración familiar, social, educacional o laboral”. Hay que decir que es similar a la que proporciona la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, pero no es la misma (tal Convención fue ratificada por nuestro país por medio de la Ley N° 26.378 y obtuvo jerarquía constitucional, en los términos del inciso 22 del artículo 75 de la Constitución Nacional, por medio de la Ley N° 27.044). Es necesario remarcar y enfatizar en que no tiene ninguna explicación razonable que el legislador argentino haya dado una nueva definición a la persona con discapacidad, cuando ya existe otra vigente, proveniente de un tratado internacional de derechos humanos³.

La idea de certificar la discapacidad por parte del Estado surgió en 1981, a través de la Ley N° 22.431 y luego se actualizó en 2009, por medio de la Ley N° 25.504. El Certificado Único de Discapacidad es un documento emitido por la Administración, sólo a pedido del interesado y que se gestiona en cada jurisdicción, aunque con parámetros comunes en todo el país. Estos estándares para medir la discapacidad, surgen de un documento emitido en el año 2001 por Organización Mundial de la Salud, denominado “Clasificación Internacional sobre el Funcionamiento de la Salud y de la Discapacidad”. En este documento se evalúa la discapacidad, a partir de lo que se denomina un diagnóstico funcional y que contempla varias categorías: funciones corporales, estructuras corporales, actividad, participación y factores ambientales. En la Convención, los cuatro tipos genéricos de deficiencias mencionadas son: físicas, sensoriales, mentales e intelectuales.

La prueba de la condición de persona con discapacidad, por lo tanto, podría surgir del Certificado Único de Discapacidad (CUD), en tanto documento público, que se emite luego de una evaluación interdisciplinaria. Sin embargo, ese certificado no podría nunca reemplazar integralmente a la evaluación del equipo interdisciplinario que surge del artículo 37 del Código Civil y Comercial. El CUD solamente puede constituir una prueba documental más, a la cual eventualmente los peritos de la causa pueden consultar. Esto queda bien explicado en el fallo que se analiza, donde se produce prueba testimonial y pericial para dar cuenta cabal de las limitaciones en la vida cotidiana del causante. En este caso, se convocó a declarar a vecinos de la familia, que testimoniaron acerca del vínculo de cuidados que percibían de parte de la hermana al causante.

Uno de los aspectos a destacar en este proceso es en la utilización de medios digitales para

³ Este tema ha sido planteado ya en otras oportunidades, en el marco de un Proyecto de Investigación de la Universidad de Buenos Aires (UBACYT) denominado “Discapacidad y Derechos Sucesorios” y en publicaciones previas (Seda, 2017). La definición de personas con discapacidad tiene una connotación identitaria y nuestro país, al ratificar la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, debería utilizar las nomenclaturas que trae ese tratado internacional de derechos humanos

suplir la presencialidad, pero mantener la intermediación. ¿Cómo se puede hacer una entrevista personal entre la magistrada y el causante durante el aislamiento social preventivo obligatorio, ordenado como producto de la pandemia? En la primera oportunidad posible, se hizo uso de los medios técnicos disponibles y se habilitó la opción de una audiencia por medio telemáticos, tal como había autorizado la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires, a través de la Resolución N° 480/2020. Por supuesto que para que ello fuera posible, se pidió la conformidad de su letrado patrocinante (en este caso a través de la Defensoría Oficial) pero además del Ministerio Público. La entrevista se realizó a través de la aplicación Zoom, con la participación del causante, su hermana, su letrado patrocinante (Defensor Oficial), la representante de la Asesoría de Incapaces, la magistrada y personal de su juzgado.

III. Conclusiones

La utilización de medios telemáticos para la realización de la entrevista personal constituye, en este caso, un acierto que permitió avanzar con el proceso sin omitir ningún requisito. Podemos notar, a partir de lo referido en la sentencia, que la experiencia fue satisfactoria para la magistrada como así también para el propio causante y sus familiares. Si bien la persona con discapacidad intelectual cuya capacidad de ejercicio estaba en debate, no podía expresarse por sí mismo, sí interactuaba con la mediación de su hermana. Vemos mucho en la práctica forense esa clase de traducciones, producto de años de convivencia y vínculo de apoyo en la vida cotidiana. Entonces, la aparición de los medios telemáticos no puede significar una frustración para estas audiencias, más bien son una modalidad diferente y a la que se puede acudir cuando se haga imposible el encuentro por otro medio.

Hay que agregar que también esta tecnología abre la puerta a un seguimiento que no termine con la eventual declaración de una restricción y la designación de apoyos. Gracias a esta clase de soluciones, que son producto de desafíos que plantea el contexto mundial, podemos pensar en adaptaciones de esta entrevista personal, siempre con un criterio de brindar mayores garantías a las personas con discapacidad mental o intelectual. Por supuesto que no es lo mismo el contacto a través de los dispositivos informáticos que el contacto personal directo, pero ello no quita que no podamos considerar a estas entrevistas como "personales".

¿Cuáles son, a fin de cuentas, los componentes de la entrevista personal? ¿Qué clase de interacción se produce allí? De la consulta con muchos colegas y también con magistrados, podemos decir que los roles son variables, según la condición del causante, el entorno familiar, los potenciales conflictos económicos y la clase de cuidados personales que se requieran. En cualquier caso, la fugacidad del contacto y la trascendencia de los efectos no son proporcionales, sea a través de medios telemáticos o no. Esta forma de entablar un vínculo inmediato entre quien acude al sistema judicial y quien lo administra, condensa un contenido simbólico que no desaparece por el uso de la tecnología. Hay un valor intangible en ese encuentro, difícil de definir pero que cada juez y cada familia involucrada percibe. La ofrenda del tiempo de los magistrados, uno de los núcleos en que se apoya esa búsqueda de legitimidad del proceso, no necesariamente se diluye por la mediación tecnológica.

El propósito de brindar mayor participación al causante, así como informarlo de manera directa, se puede perfectamente llevar adelante a través de otros medios⁴. Las entrevistas

4 En estos años se han llevado a cabo experiencias valiosas en todo el país en este sentido, sólo por citar una de la ciudad de Concepción del Uruguay (Entre Ríos), mencionaré al juez Dante Abel Command, que ha desarrollado una serie de criterios para la preparación de las entrevistas y la lectura y explicación de la sentencia.

tas por vía telemática pueden constituir una alternativa válida para mantener contactos periódicos entre personas con discapacidad mental o intelectual y los equipos técnicos de los juzgados. En cuanto a la evaluación técnica interdisciplinaria, fue llevada adelante por un equipo conformado por un médico psiquiatra, un psicólogo y un trabajador social, todos ellos dependientes del propio juzgado. De la sentencia no surge con tanto detalle cómo hicieron sus respectivas pericias, pero es posible que también se hiciera uso de los medios telemáticos para facilitar las comunicaciones.

Merece un párrafo aparte el cuidado del fallo en asegurar la "lectura fácil", una incorporación de dudosa eficacia, pero sobre todo de riesgosa inclusión en una sentencia. No son poco los casos de un agregado al fallo en el cual se trata de explicar lo mismo, pero en términos coloquiales, como si de esa forma el causante pudiera participar de un modo más activo en el proceso. Sin dudas que en la mayoría de los casos hay una noble intención, pero se corre el riesgo de caer en la incongruencia si hubiera cualquier clase de discordancia entre el texto original y fragmento presentado como de "lectura fácil".

Es posible que la entrevista personal sea una anomalía en términos procesales, una creación que todavía requiere del paso del tiempo para ver cómo los magistrados la aplican. Hemos visto que puede resultar de valor humano y social, más allá de no tener utilidad probatoria. La incorporación de la entrevista personal es uno de los cambios en este procedimiento, posiblemente valioso, pero no creo que tenga la suficiente entidad como para afirmar que estamos ante un "cambio de sistema" ni mucho menos de "modelo" o "paradigma". En general, la hipérbole retórica no es útil para el discurso jurídico preciso y consistente. En lugar de ello, esa clase de exageraciones valorativas desproporcionadas, incitan al ingenuo optimismo de creer que estamos ante un cambio revolucionario. Hemos visto que, en cambio, a veces las mejores respuestas surgen de la aplicación del sentido común y de la prudencia aplicada al caso concreto.

REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS:

- CALVINHO, Gustavo (2015) "Los derechos humanos en la teoría del proceso" 2013, disponible on line: <http://gustavocalvinho.blogspot.com.ar/2013/03/los-derechos-humanos-en-la-teoria-del.html> Consulta: 30/3/2015
- MEDINA, Graciela (2016) "La adaptación de la sociedad al envejecimiento", Revista Derecho Privado y Comunitario, Rubinzal Culzoni, Santa Fe.
- PÉREZ, Miguel, ELISEU CASTELL, Frigus y BELMONTE CALDERÓN, Laura (2004) "Deterioro cognitivo leve. Pruebas de cribado en Atención Primaria". Comunicación oral. 24º congreso de la SEMFYC. Sevilla, 2004.
- RAMOS, Glauco (2014) "Activismo vs. garantismo en el proceso civil: presentación del debate" Revista Latinoamericana de Derecho Procesal, Nº 2, 2014
- SEDA, Juan (2017) Discapacidad y Derechos. Impacto de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, Jusbaire, Buenos Aires.
- SEDA, Juan (2021) "Familias de personas con discapacidad intelectual. ¿Apoyos o sustitución?", Revista Iberoamericana de Bioética / nº 15 / 01-10 [2021] Madrid.

INEFICACIA DEL DESPIDO INCAUSADO: PRIMACÍA NORMATIVA Y LA VULNERABILIDAD DE LA TRABAJADORA EMBARAZADA

INEFFECTIVENESS OF THE INCAUSED DISMISSAL: NORMATIVE PRIMACY AND THE VULNERABILITY OF THE PREGNANT WORKER

Marcos Maximiliano Cáceres Falkiewicz¹

DOI: [https://doi.org/10.37767/2591-3476\(2021\)17](https://doi.org/10.37767/2591-3476(2021)17)

Comentario a

Z., M. E. c/ C. S.A. - MEDIDA AUTOSATISFACTIVA

**Juzgado de Conciliación y Trabajo de Cuarta Nominación – Secretaria Octava
Poder Judicial de Córdoba**

Disponible en

<https://bit.ly/3BkqLVM>

RESUMEN:

El Juzgado de Conciliación y Trabajo de Cuarta Nominación Secretaría Octava de la Provincia de Córdoba, resolvió hacer lugar a la demanda autosatisfactiva incoada por la trabajadora y en consecuencia, declarar la nulidad del despido dispuesto por la empleadora estando vigente tanto, el período de prueba del artículo 92 bis de la Ley de Contrato de Trabajo como así también, la prohibición de despedir consagrada por el Decreto de Necesidad y Urgencia Nro. 329/2020 dictado por el Poder Ejecutivo Nacional. Es decir, le otorgó primacía normativa a este DNU por sobre el artículo 92 bis de la LCT, atento la situación de vulnerabilidad de la trabajadora embarazada y en virtud de la excepcionalidad de la situación y jerarquía del bien jurídico tutelado constitucionalmente.

¹ Abogado, egresado sobresaliente con mención de honor por la Universidad Nacional de Córdoba (UNC). Especialista en Derecho del Trabajo (UNC- UNL – UCC). Magister en Derecho de la empresa y la contratación, por la Universidad Rovira i Virgili de Tarragona, España (URV). Adscripto a la Cátedra de Derecho Tributario (UNC) y docente Universidad Empresarial Siglo XXI. Investigador del Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales de la UNC. Integrante de la Gerencia de Asesoría y Gestión Legal de la Empresa Provincial de Energía de Córdoba (EPEC) y profesional liberal. Correo electrónico: maxicaceresf@gmail.com - ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0003-0248-4806>.

ABSTRACT

The Fourth Nomination Labor and Conciliation Court Eighth Secretariat of the Province of Córdoba, allowed the so called self-satisfying lawsuit filed by the worker and consequently, declare the nullity of the dismissal ordered by the employer during the trial period of article 92 bis of the Labor Contract Law and also with the current prohibition to dismiss guaranteed by the Decree of Necessity and Urgency No. 329/2020 issued by the National Executive Power. In other words, the court ruled the legal supremacy of the Decree of Necessity and Urgency over the article 92 bis, due to the vulnerable situation of the pregnant worker, the exceptionality of the situation and hierarchy of the constitutionally protected legally protected interest.

PALABRAS CLAVE: Trabajadora; embarazada; vulnerabilidad; primacía; constitucional.

KEY WORDS: Worker; pregnant; vulnerability; legal primacy; constitutional.

I. Introducción

El 26 de junio del año 2020, el Juzgado de Conciliación y Trabajo de Cuarta Nominación Secretaría Octava de la Provincia de Córdoba, resolvió hacer lugar a la demanda autosatisfactiva incoada por la trabajadora y en consecuencia, declarar la nulidad del despido dispuesto por la empleadora estando vigente tanto, el período de prueba del artículo 92 bis de la Ley de Contrato de Trabajo (en adelante, LCT) como así también, la prohibición de despedir consagrada por el Decreto de Necesidad y Urgencia Nro. 329/2020 (en adelante DNU) dictado por el Poder Ejecutivo Nacional. En este marco, la demandada debió reincorporar a la actora a su puesto de trabajo en las mismas condiciones en la que se encontraba antes del despido y abonar los salarios caídos correspondientes.

En virtud de la excepcionalidad de la situación y la jerarquía del bien jurídico tutelado constitucionalmente, el magistrado concluyó que existen elementos probatorios suficientes que demuestran que el despido debe enmarcarse dentro de la prohibición establecida por el DNU n° 329/2020, es decir, que conforme los fundamentos que desarrollaremos infra, le otorgó primacía normativa a este DNU por sobre el artículo 92 bis de la LCT.

Asimismo, atento que la medida autosatisfactiva se despacha sin intervención de la contraria y que sobre esta cuestión no resulta pacífica ni la doctrina ni la jurisprudencia, el juzgador impuso las costas por su orden (art. 28 Ley 7987), ya que la demandada pudo entender que le asistía razón en su manera de obrar.

II. Medidas Autosatisfactivas

En el fallo que nos ocupa, podemos advertir que la trabajadora pretende resguardar y hacer valer sus derechos y garantías constitucionales a través de un instituto que forma parte de los denominados procesos urgentes: las medidas autosatisfactivas.

A tales medidas, autorizada doctrina las ha definido como una providencia dictada en el marco de un proceso autónomo, a los fines de satisfacer en forma definitiva una pretensión de urgente necesidad. Por ello, en palabras de Marcellino (2013) citada por el juzgador del caso, se requiere un interés tutelable manifiesto y la necesidad de que exista una tutela inmediata imprescindible. También, "... las medidas autosatisfactivas se erigen en

instrumentos que permiten a los jueces dar una solución rápida a situaciones conflictivas que requieren urgentemente una decisión jurisdiccional, procurando hacer realidad los principios constitucionales de efectivo acceso a la justicia y de afianzamiento de la paz social" (Zalazar, 2010:307).

En sentido coincidente, Peyrano (1999) afirma que "la medida autosatisfactiva es un requerimiento 'urgente' formulado al órgano jurisdiccional por los justiciables que se agota -de ahí lo de autosatisfactiva- con su despacho favorable, no siendo, entonces, necesaria la iniciación de una ulterior acción principal para evitar su caducidad o decaimiento, no constituye una medida cautelar por más que en la praxis muchas veces se la haya calificado, erróneamente, como una cautelar autónoma".

En nuestro país se impuso la terminología acuñada por Jorge Peyrano porque fue él quien las divulgó con ese nombre. Otros autores la denominan "Proceso urgente no cautelar" (Andorno), otros "Cautela Material" (De Lazzari, Morello), "Tutela Civil Inhibitoria" (Lorenzetti), "Tutela Anticipatoria" (Verizonce), "Tutela Inhibitoria" (Nicoleau), "Cautela Satisfactiva" (Morello).

Pero lo cierto es que la medida autosatisfactiva requiere un interés tutelable manifiesto y la necesidad de que exista una tutela inmediata imprescindible. Huelga destacar, las diferencias de estas medidas con las cautelares y la tutela anticipada, en el sentido que las autosatisfactivas no encuadran en la actividad jurisdiccional asegurativa sino en la dirimente, ya que si bien comparte con las cautelares la circunstancia de ser resueltas, en la mayoría de los casos, inaudita parte, y con las anticipatorias la de basarse en la cuasi certeza del derecho, significan lisa y llanamente el dictado de una sentencia que resuelve el conflicto a favor del demandante (Riva, 2007:32).

Sin ánimos de agotar la temática, debemos tener en cuenta que la medida autosatisfactiva puede ser revisada en una segunda instancia de lo que surge que no hace cosa juzgada y subsana el hipotético déficit o mudada la circunstancia originaria que motivó la denegatoria, el planteo podrá renovarse. Pero si por el contrario se dicta la medida y cumplida ésta autoconsume la materia litigiosa, hace cosa juzgada material, al igual que si se articula la preclusión de la vía recursiva, la decisión tiene carácter de cosa juzgada formal.

El Código Procesal Laboral de la Provincia de Córdoba (Ley 7987) no regula expresamente a estas medidas, ni tampoco lo hace el Código Procesal Civil y Comercial de aplicación supletoria. Ahora bien, aquellas leyes rituales de otras provincias que regulan las medidas autosatisfactivas, como regla general disponen que debe ser resuelta sin previa sustanciación y con ejecución inmediata, aunque suelen habilitar a que excepcionalmente de ser ponderado necesario se corra traslado simplemente para ser oído el destinatario, sin apertura a prueba².

Es dable advertir que las legislaciones del Uruguay, Brasil e Italia —por ejemplo— aceptan la tutela anticipatoria, más de ninguna manera reciben una figura semejante a las autosatisfactivas y menos aún, la contiene la Ley de Enjuiciamiento Civil Española del año 2000 (Bordenave, 2009:133).

2 Art. 637 del CPCC de la Provincia de Misiones. Una regulación similar contiene el Código Procesal Civil y Comercial de Corrientes (art. 786).

En síntesis, con algunas variantes y matices los procesalistas, nacionales y extranjeros, coinciden en señalar que se trata de un proceso de ejecución inmediata (auto-satisfactivo), monitorio (insustanciado), y la diferencia del generado por las medidas cautelares se caracteriza por no ser instrumental de otro principal (Andorno, 1995:887). Es una medida definitiva, autónoma y no instrumental; y para su aceptación, debe ponderarse la alta probabilidad e importancia del derecho y la irreparabilidad del perjuicio irrogado en su privación³.

Por tanto, se trata de un proceso urgente, autónomo y no accesorio, no cautelar, en el que se debe ponderar principalmente la prisa del peticionante y que se agota con la resolución que se dicta.

En este sentido, el juzgador en el caso bajo análisis sostuvo que “si bien no se encuentran aún reguladas legislativamente...poseen fundamento jurídico basados en: 1) el bloque Convencional incorporado a partir de la reforma constitucional del año 1994, principalmente el Pacto de San José de Costa Rica y Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, donde prevén la necesidad de que los estados provean una tutela judicial efectiva de los derechos de sus conciudadanos; 2) en el articulado de la Constitución Nacional: artículos catorce en cuanto establece el derecho a peticionar a las autoridades, y el diecinueve que expresamente instituye todo aquello que no está prohibido por la ley; y 3) En el artículo 3 del Código Civil y Comercial de la Nación que establece el deber de los jueces de resolver los asuntos que sean sometidos a su jurisdicción mediante una decisión razonablemente fundada. En razón de ello, es que estas medidas pueden fundamentarse en la potestad cautelar genérica o vía interpretación analógica en las disposiciones legales que prevén supuestos que pueden calificarse como acciones de esta naturaleza”.

III. Análisis y argumentos del sentenciante

Una vez descripta -aunque sucintamente- los principales rasgos del presente proceso incumbe seguidamente analizar la procedencia de la solicitud de la parte actora. En tal sentido se destaca que la accionante solicita se declare la nulidad del despido comunicado por la empleadora encontrándose vigente la prohibición de despedir prevista por el Decreto de Necesidad y Urgencia 329/2020 y la consiguiente reinstalación laboral en su puesto de trabajo y el pago de los salarios caídos desde el distracto.

Cabe destacar que el sentenciante en primer lugar, comienza - con buen tino - realizando un “tamiz constitucional” del decreto antes mencionado para el caso concreto. Así, recurre a los estándares establecidos por nuestro máximo Tribunal Nacional (Corte Suprema de Justicia de la Nación, en adelante CSJN), en situaciones de emergencia para validar los DNU⁴.

Posteriormente, considera cumplimentados todos los requisitos formales, estos es, que el DNU en cuestión ha sido suscripto en Acuerdo General de Ministros, con los recaudos previstos por el art. 99 inc. 3° de la Constitución Nacional ya que la materia legislada no versa sobre cuestiones excluidas por dicho precepto (penal, tributaria, electoral o régimen de partidos políticos) y se la ha comunicado a la Comisión Bilateral Permanente, en cumplimiento de la Ley 26.122.

3 Cámara Nacional de la Plata el 14/08/2012 en autos: “L. V. c. AFIP — BCRA s/ medida autosatisfactiva”.

4 Causas “Peralta Luis y otros c/ Estado Nacional” (La ley 1991-C,158); “Provincia de San Luis c. Estado Nacional”, Fallos: 326:417; “Aceval Pollacchi, Julio Cesar c. Compañía de Radiocomunicaciones Móviles S.A.” (CSJN, 28/06/11 – Número interno A. 996. XLI), entre otros.

Con respecto a los requisitos sustanciales, también los entiende cumplidos, por cuanto las condiciones que dieron origen al DNU 329/20 y su prórroga, poseen una finalidad pública y la necesidad de su dictado encuentra fundamento en la grave situación de riesgo social y sanitario, que afecta intereses vitales para la sociedad toda lo que habilita la delegación legislativa excepcional prevista por el art. 76 de la Constitución Nacional (en adelante, CN). En tanto, la urgencia se basa en que deviene imposible someter a una norma al trámite ordinario de sanción de las leyes, ya que el Congreso de la Nación no puede reunirse por circunstancias de fuerza mayor que lo impiden, como es la emergencia sanitaria de público conocimiento producto de la pandemia mundial (COVID 19 – Coronavirus). Asimismo, la temporalidad se encuentra cumplida al determinarse una duración primigenia de sesenta días de la medida, prorrogada por igual término, poniendo de manifiesto su transitoriedad.

Continuando con el análisis del DNU, el magistrado manifiesta que “desde el punto de vista de las condiciones socioeconómicas reales” la medida luce razonable. Es importante advertir aquí, como el juzgador utiliza, conjuga y complementa dos principios: el de razonabilidad y primacía de la realidad.

Siguiendo con los requisitos sustanciales, acerca de la proporcionalidad, la CSJN exige para validar los DNU que la norma no altere la esencia de la relación jurídica que legisla, y aquí estamos ante una normativa legal que dispone la ineficacia jurídica de los despidos sin causa (acto con objeto ilícito), resultando en caso de tomarse dicha decisión un acto anulable.

Sin embargo, el juzgador coincide con la opinión y valoración efectuada por el Dr. Diego J. Tula (2020) al considerar el DNU proporcional con el bien jurídico protegido: la fuente de trabajo. Así, haciendo suyas las palabras del precitado, manifiesta que “...la prohibición de despedir en forma incausada y por falta o disminución de trabajo y fuerza mayor, garantiza de manera adecuada la protección contra el despido arbitrario (art. 14 bis, Constitución Nacional), dentro del marco de la emergencia pública en materia económica, financiera, fiscal, administrativa, previsional, tarifaria, energética, sanitaria y social (Ley 27.541, DNU 260/2020 y DNU 297/2020), pues se verifica como necesaria para garantizar las fuentes de trabajo. Dicho de otro modo, la garantía de retribución justa contra el despido arbitrario -aún agravada por el DNU 34/2019- luce temporariamente ineficaz para garantizar el bien jurídico a proteger: preservación de la fuente de trabajo (y con ello la remuneración, la obra social, y demás beneficios de las personas que trabajan en relación de dependencia). La necesidad de proteger a las personas que trabajan de los daños inmediatos que produce habitualmente la extinción del vínculo laborativo (desempleo, ausencia de ingresos económicos, imposibilidad de acceder a un servicio de medicina privado, etc.) en un escenario excepcional de emergencia pública en materia económica, financiera, fiscal, administrativa, previsional, tarifaria, energética, sanitaria y social, debe ser seguida por una medida eficaz y contundente en esa protección. Y ello, precisamente, evidencia una de las pautas de valoración de las razones de necesidad y urgencia de la prohibición temporaria de despedir: inexistencia de otros medios alternativos adecuados para lograr los fines buscados...”. Finalmente, en cuanto al control de legalidad, sostiene que la legislación de emergencia traspone el tamiz constitucional.

Una vez finiquitado el análisis constitucional, el magistrado se adentró en la plataforma fáctica de marras a los fines de resolver la cuestión brindando una resolución lógica y legal.

Así, se debe inferir que la registración de la relación de trabajo por parte de la empleadora resultó tempestiva y en consecuencia dicha relación se encontraba cursando el periodo de prueba. Este último se trata del lapso caracterizado como el primer tramo del contrato de trabajo por tiempo indeterminado, donde cualquiera de las partes posee la facultad de extinguir el vínculo sin expresión de causa y sin obligación de abonar una indemnización. Es decir, que las personas que se encuentren atravesando los primeros tres meses de la relación laboral, no gozan aun de estabilidad impropia -protección contra el despido arbitrario- consagrada en el art. 14 bis de la Constitución Nacional (art. 92 bis, L.C.T.).

En palabras de Etala (1998), el período de prueba es un período de carencia, cuyo transcurso es necesario para que puedan encontrar aplicación en plenitud las normas de protección que corresponden a un contrato de trabajo por tiempo indeterminado. Por su parte, Montoya Melgar (2000) nos ilustra que el contrato de trabajo a prueba es el negocio jurídico bilateral mediante el cual el empresario y el trabajador pretenden el conocimiento empírico de las condiciones contractuales que habrán de regir en el futuro, buscando por consiguiente experimentar sobre el terreno de la relación de trabajo mediante la ejecución de las prestaciones respectivas de las partes.

En este momento del comentario, es dable destacar la comparación normativa que se efectúa en el fallo y sobre la cual, se pronunciará a posteriori el magistrado. Precisamente, se analiza cómo se compatibilizan las disposiciones de la LCT vinculadas al periodo de prueba con los DNU 329 y 487/2020, que disponen la prohibición de despedir. En este orden, el magistrado citando al Dr. Sergio Omar Rodríguez (2020) destaca que doctrinariamente existen posturas encontradas sobre la solución que debería adoptarse. Por una parte, la postura que afirma que prevalece el artículo 92 bis, por sobre el decreto 329/20, que tiene fundamentos en una lectura más inclusiva de ambas partes en el contrato de trabajo. Esto quiere decir, que si bien entiende que adolece un contexto excepcional, interpreta que los efectos lesivos de la pandemia afectan de un lado y del otro de la relación laboral. En tal sentido, se argumenta que bastante daño implicará el esfuerzo de mantenerse abonando salarios el empleador en medio de la caída de su rentabilidad, incluso yendo a pérdida negocial, como para eso sumarle la obligación de mantener un vínculo el cual en tiempos normales no hubiese tenido que sustentar si hubiera despedido en modo previo. El despido en los términos del artículo 92 bis es cierto que implica un daño para ese trabajador, pero muy inferior atento al grado de perspectiva que se puede tener cuando un trabajador sabe que está a prueba. Esta postura, aplica un orden de prelación directo, en tanto entiende a la ley general, la LCT, como superior frente a un decreto contingencial y de carácter temporal.

Por otro lado, existe doctrinariamente una corriente que sostiene que el decreto 329/2020 que dispone la prohibición de los despidos en la República Argentina por el término de 60 días, es aplicable a los trabajadores en período de prueba. Autores doctrinales destacadísimos como el Dr. Sergio Adrián Arce, sostienen que sin lugar a dudas el análisis de la coyuntura de las relaciones laborales en época de pandemia debe llevarse a cabo bajo el tamiz de los principios protectorios del derecho del trabajo. Esto hace, que el carácter tuitivo de la relación de trabajo, extienda los efectos del DNU 329/20, ya que sostiene el doctrinario, que no hay que hacer distinción de trabajadores que ni el propio decreto realiza.

En sentido coincidente, el juez del caso de marras entiende que no se puede adoptar de manera absoluta y general una u otra posición, pero en el caso concreto consagra que resulta aplicable el DNU N° 329/20 y su prorrogación N° 487/20. Para ello, el sentenciante aduce que la notificación del despido incausado ingresó a la esfera de conocimiento de la trabajadora – teoría de la recepción (Lascano y Calvimonte, 2019: 145) - encontrándose vigente la prohibición de despedir⁵.

En segundo término, analiza y tiene presente las condiciones personales de la actora, en tanto resulta sostén de hogar, que además es madre de una menor de edad y se encuentra cursando un embarazo, lo que la ubica en una situación de vulnerabilidad en los términos del Art. 9 de la convención de Belem do Pará (ratificada por Ley 24.632). Ello sumado al escenario de emergencia nos obliga a aplicar principios convencionales vigentes, que poseen estatus constitucional a partir de la reforma del año 1994, como son los compromisos asumidos por nuestro país mediante la suscripción de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (en adelante CEDAW). Sobre este fundamento, acerca de la especial tutela que merece y se le dispensa a la maternidad, nos detendremos en el acápite subsiguiente.

Continuando con su tarea argumental y abonando su postura en el sentido de otorgarle primacía al DNU por sobre la LCT en el caso concreto, el Tribunal menciona expresamente las Reglas de Brasilia. Entre estas Reglas, que definen las causas de vulnerabilidad, se mencionan, el género (regla 4) y la pobreza (regla 15), entendiendo que la discriminación que la mujer sufre en determinados ámbitos supone un obstáculo para el acceso a la justicia, que se ve agravado en aquellos casos en los que concurra alguna otra causa de vulnerabilidad (regla 17) y busca promover las condiciones necesarias para que la tutela judicial de los derechos reconocidos por el ordenamiento sea efectiva, adoptando aquellas medidas que mejor se adapten a cada condición de vulnerabilidad (regla 25), debiendo preservar en toda intervención en un acto judicial la dignidad de la persona en condición de vulnerabilidad, otorgándole un trato específico adecuado a las circunstancias propias de su situación (regla 50).

De este modo, las decisiones judiciales se deben configurar, como un instrumento para la defensa efectiva de los derechos de las personas en condición de vulnerabilidad, ya que de nada sirve que el Estado reconozca formalmente un derecho si su titular no puede acceder a la tutela efectiva del mismo, y así asegurar el eficaz cumplimiento de la transversalización que supone el derecho de acceso a la justicia, entendido como “el derecho a la igualdad ante los tribunales y cortes de justicia y a un juicio imparcial, y como elemento fundamental de la protección de los derechos humanos” (Sbdar, 2017: 1). Por estos fundamentos y en virtud de la excepcionalidad de la situación y jerarquía del bien jurídico tutelado constitucionalmente, sumado a la imposibilidad en el contexto actual de obtener un nuevo empleo, cobertura de obra social, máxime si se tiene en cuenta su estado de embarazo, sostén de su grupo familiar, todo lo cual provocaría un daño inmediato a la pérdida del derecho causado por el riesgo de la demora en la tramitación de un proceso ordinario, el juzgador resuelve que existen elementos probatorios suficientes que demuestran que el despido acaecido debe enmarcarse dentro de la prohibición establecida por el DNU n° 329/20 y por consiguiente, dispone la procedencia de la medida

5 Nuestro más alto Tribunal provincial, adopta en sus pronunciamientos la teoría de la recepción, por ejemplo en autos: Ocampo Marcelo Gustavo c/ GTL S.A. y otros – Ordinario Despido – Recurso de Casación Sent. 136/14; Pasetti, Franco Ramón c/ Tigero Ricardo (Betel Ejecutivo) – Ordinario Despido – Recurso de Casación, Sent. N° 159/17, entre otros.

autosatisfactiva impetrada por la actora, declarando la nulidad del despido y ordenando la reincorporación de la trabajadora.

Por último, en su resuelto y en cumplimiento de las Reglas de Brasilia⁶ N° 58 a 60, el magistrado le dedica un párrafo a la actora. Estas Reglas, recordemos tienen como objetivo garantizar las condiciones de acceso efectivo a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad, sin discriminación alguna, englobando el conjunto de políticas, medidas, facilidades y apoyos que permitan a dichas personas el pleno goce de los servicios del sistema judicial.

En este sentido, el funcionario judicial le comunica a la actora, "...finalmente decidí hacer lugar a tu reclamo, teniendo presente que, si bien el despido se produjo cuando el periodo de prueba no estaba cumplido, justo te lo comunicaron cuando entró en vigencia el decreto presidencial que prohibía los despidos. Además el hecho de encontrarte embarazada y ser sostén de hogar me obliga a tener muy en cuenta esa situación, para que mi resolución cumpla con las pautas que me dan las leyes locales y los convenios internacionales en materia de derechos humanos, para las personas en situación de vulnerabilidad..." y continúa expresándole a la trabajadora, "te pido que aproveches la oportunidad y asumas lo resuelto con toda responsabilidad, teniendo en cuenta el gran esfuerzo que le ordena cumplir a tu empleadora".

IV. Marco Normativo Aplicable. Bloque de Constitucionalidad

Por todo lo hasta aquí expresado, entendemos que la protección de la mujer en contra de cualquier tipo de discriminación laboral, sea en el ámbito público como el privado, debe ser una principal preocupación de los magistrados del trabajo.

En este orden de ideas, merece un acápite la aplicación expresa formulada por el juzgador de los convenios internacionales en materia de derechos humanos con jerarquía constitucional y supralegal, como lo son la Convención de Belem do Pará y Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (CEDAW). La Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la violencia contra la mujer, "Convención de Belem Do Pará", ratificada por nuestro país por Ley 24.632, consagra en su artículo 9 que "...los Estados Partes tendrán especialmente en cuenta la situación de vulnerabilidad a la violencia que pueda sufrir la mujer en razón, entre otras, de su raza o de su condición étnica, de emigrante, refugiada o desplazada. En igual sentido se considerará a la mujer que es objeto de violencia cuando está embarazada, es discapacitada, menor de edad, anciana, o está en situación socioeconómica desfavorable o afectada por situaciones de conflictos armados o de privación de su libertad"⁷.

A su turno, la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, conocida por sus siglas en inglés como CEDAW (*Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women*), fue adoptada en diciembre de 1979 por Resolución 34/180 de la Asamblea General de las Naciones Unidas. La Argentina la aprobó mediante ley 23.179 de junio de 1985 y desde 1994 goza de jerarquía constitucional (art. 75, inc. 22, CN). La CEDAW toma como punto de partida la discriminación estruc-

6 Aprobadas en la XIV Cumbre Judicial Iberoamericana realizada en Brasilia en marzo de 2008.

7 Debemos recordar que dicha Convención en su Artículo 8 inc. c), reza: "Fomentar la educación y capacitación del personal en la administración de justicia, policial y demás funcionarios encargados de la aplicación de la ley, así como del personal a cuyo cargo esté la aplicación de las políticas de prevención, sanción y eliminación de la violencia contra la mujer".

tural e histórica hacia las mujeres, reconociendo y protegiendo sus derechos. A su vez, en el año 2006, mediante ley 26.171, la Argentina aprobó el Protocolo Facultativo de la CEDAW, adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas en octubre de 1999.

En idéntico sentido, nuestro más alto Tribunal Nacional recomienda extrema prudencia para estos casos de específica tutela que dispensa el ordenamiento jurídico a la maternidad (Fallos: 318:871) como sujeto de especial tutela constitucional, así como la normativa de jerarquía constitucional que enmarca la tutela de la mujer embarazada en las relaciones laborales, entre ellas el art. 75 inc. 23 en cuanto establece que corresponde al Congreso de la Nación: "Legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos, en particular respecto de los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad. Dictar un régimen de seguridad social especial e integral en protección del niño en situación de desamparo, desde el embarazo hasta la finalización del período de enseñanza elemental y de la madre durante el embarazo y el tiempo de lactancia".

Así, la CEDAW conforme los términos del art. 4 y en particular el art. 11, establece que "...con el fin de impedir la discriminación contra la mujer por razones de matrimonio o maternidad y asegurar la efectividad de su derecho a trabajar, los Estados partes tomarán medidas adecuadas para: a) prohibir, bajo pena de sanciones, el despido por motivo de embarazo o licencia de maternidad y la discriminación en los despidos sobre la base del estado civil...".

Asimismo, es menester tener en cuenta que el Estado provincial dictó la Ley Provincial Nro. 10401, que "establece aspectos jurisdiccionales y procesales vinculados a la aplicación, en el ámbito de la Provincia de Córdoba, de las disposiciones pertinentes de la Ley Nacional N° 26485, cuya adhesión se dispuso mediante Ley N° 10352, tendiente a fortalecer el marco procesal vigente para asegurar a las víctimas de violencia hacia las mujeres por cuestiones de género, una protección integral en instancias administrativas y jurisdiccionales, contribuyendo a hacer reales y efectivos los principios de equidad consagrados en la Constitución Nacional, protegiendo su integridad física, psíquica, sexual, libertad y trato igualitario, seguridad y no discriminación por su condición de mujer"⁸.

Finalmente, también en las Reglas de Brasilia se consagra que la discriminación que la mujer sufre en determinados ámbitos supone un obstáculo para el acceso a la justicia, que se ve agravado en aquellos casos en los que concurra alguna otra causa de vulnerabilidad. La mentada normativa entiende por discriminación contra la mujer, toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera (Regla 18) y considera violencia contra la mujer, cualquier acción o conducta, basada en su género, que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito público como en el privado, mediante el empleo de la violencia física o psíquica (Regla 19).

⁸ Ley 10401, artículo 1.

En su consecuencia, se impulsarán las medidas necesarias para eliminar la discriminación contra la mujer en el acceso al sistema de justicia para la tutela de sus derechos e intereses legítimos, logrando la igualdad efectiva de condiciones, prestando una especial atención en los supuestos de violencia contra la mujer, estableciendo mecanismos eficaces destinados a la protección de sus bienes jurídicos, al acceso a los procesos judiciales y a su tramitación ágil y oportuna (Regla 20).

Por lo expuesto, coincidimos in totum con el juzgador del caso de marras, en que los magistrados en aquellos procesos donde se encuentra amenazado o vulnerado el derecho a la igualdad y no discriminación de las mujeres, tienen la obligación de fallar con perspectiva de género⁹.

V. Reflexión Final

Como colofón, podemos destacar varios aspectos del fallo que nos ocupa. En un primer término, la primacía normativa que le otorgó el magistrado al DNU por sobre el articulado de la Ley de Contrato de Trabajo referido al período de prueba, siendo conteste con la doctrina que entiende que "...el Decreto 329/2020 no sólo va en línea con las facultades que se le reconocen constitucionalmente al Presidente de la República, sino que además se encuentra hermanado con la lógica y el sentido tutelar con que el derecho social pretende la especial relación que se materializa entre un trabajador y el empleador -actuando como consecuencia de ello- en beneficio del sujeto hiposuficiente dentro del vínculo laboral" (Balbín, 2020: 2), más aun tratándose de una trabajadora embarazada, sostén de hogar y con un menor a su cargo.

Tal como señala Orsini (2020) "no existe objeción constitucional alguna para ordenar judicialmente la nulidad del despido y la reinstalación en favor de los trabajadores del sector privado. Máxime cuando el art. 7.d. del Protocolo de San Salvador (instrumento con jerarquía supra legal en el país) consagra expresamente el derecho a la estabilidad y la readmisión del trabajador despedido como uno de los mecanismos de garantizar el derecho al trabajo". En este marco, creemos necesario que en esta actualidad de grave riesgo para la salud pública, las condiciones del mercado deben ser orientadas al servicio del Ser Humano y no a la inversa.

En segundo lugar, poner de resalto la aplicación expresa y concreta que formula el juzgador del llamado bloque de constitucionalidad y con ello, tratados internacionales con jerarquía constitucional y supra legal como lo son, la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW) y la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la violencia contra la mujer (Convención de Belém Do Pará) ya que consideramos que la protección de la mujer en contra de cualquier tipo de discriminación laboral debe ser una principal preocupación de los magistrados del trabajo y en aquellos casos donde se encuentra amenazado o vulnerado el derecho a la igualdad y no discriminación de las mujeres, los tribunales tienen la obligación de fallar con perspectiva de género atento que esta última es una cuestión transversal a todas las ramas jurídicas.

Finalmente, es menester tener en cuenta el párrafo que se le dedica a la trabajadora en virtud de las Reglas de Brasilia porque debemos ser conscientes de quienes son los

⁹ Fallo "R. L. S. vs Sanatorio 9 de Julio S.A. S/ Cobro de pesos", Juzg. del Trabajo III Nominación, San Miguel de Tucumán, citado por el Dr. Juan Facundo Quiroga Contreras.

destinatarios reales de las resoluciones judiciales en el ámbito laboral. De este modo, concluimos que producto de los tiempos que corren, nunca resultó más claro que el Estado así como el régimen jurídico en su totalidad, deben procurar como su fin último, la protección de la persona humana con especial consideración de la persona que trabaja bajo una relación de dependencia (art. 14 bis, CN –Principio Protectorio), más aun cuando se trata de una persona en condiciones de vulnerabilidad.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Andorrono, L.O. (1995). El denominado proceso urgente no cautelar en el derecho argentino como instituto similar a la acción inhibitoria del Derecho italiano. J.A. T. II-887.
- Balbín, A. (2020). Acerca de la constitucionalidad del decreto de necesidad y urgencia que prohíbe los despidos y las suspensiones en el marco de la crisis del COVID-19, Derecho del Trabajo y Coronavirus. Revista La Ley, Tomo B.
- Bordenave, L. (2009). La medida autosatisfactiva como solución inconstitucional para un problema de la justicia moderna. Rosario: Juris.
- Etala, C.A. (1998). Contrato de trabajo. Buenos Aires: Astrea.
- Lascano, E.J. y Calvimonte, B. (2019). Derecho del Trabajo - Interpretación Judicial Jurisprudencia Sala Laboral T.S.J. 2005-2018. Córdoba: Advocatus.
- Marcellino, V. (2013). Procesos Urgentes: Despacho interino de fondo y medida autosatisfactiva. Revista Catorce bis año XV, n° 45.
- Montoya Melgar, A. (2000). El período de prueba en el contrato de trabajo. Madrid: Tecnos.
- Orsini, J.I. (2020). Estabilidad absoluta temporal y nulidad de los despidos en el Decreto N.º 329/2020 en COVID-19 y su impacto en las relaciones laborales en Argentina: reflexiones iniciales en estos tiempos. Disponible en: <https://ar.ijeditores.com/pop.php?option=articulo&Hash=cfb461dcf66587ee43015d8d4f0a5a7f>.
- Peyrano, J.W. (1999). Régimen de las medidas autosatisfactivas. Nuevas propuestas, en Medidas autosatisfactivas. Buenos Aires: Rubinzal Culzoni.
- Riva, A. A. (2007). Medidas cautelares. Buenos Aires: Lexis Nexis.
- Rodríguez, S.O. (2020). Las dos posiciones frente a los despidos en el período de prueba (Art. 92 bis, LCT), en plena vigencia del Decreto 329/2020 que prohíbe los despidos. Disponible en: <http://www.saij.gob.ar/DACF200090>.
- Sbdar, C. (2017). La transversalización de la perspectiva de género: un enfoque necesario. Revista La Ley, año LXXXI N° 112.
- Zalazar, C. E. (2010). Medidas Cautelares. Cordoba: Alveroni.

DEBER DE PREVENCIÓN DEL ESTADO, FUNDAMENTALMENTE EN CONTEXTO PANDÉMICO

THE STATE'S DUTY OF PREVENTION, FUNDAMENTALLY IN A PANDEMIC CONTEXT

María Yanina Gázquez¹

DOI: [https://doi.org/10.37767/2591-3476\(2021\)18](https://doi.org/10.37767/2591-3476(2021)18)

Comentario a

Bustos, Vilma Del Valle c/ Provincia de Córdoba - Amparo (Ley 4915)

**Cámara Contenciosa Administrativa de 3° Nominación
Poder Judicial de la Provincia de Córdoba**

Disponible en

<https://bit.ly/3BhQ1w1>

RESUMEN:

La Cámara en lo Contencioso Administrativo de 3° Nominación de la ciudad de Córdoba no hizo lugar a una medida cautelar planteada por una psicóloga que trabaja en un centro de atención primaria de la salud (CAPS). La profesional solicitaba, entre otras cosas, que el Estado provincial se abstenga de obligarla a prestar servicio y que el tribunal la autorice a no concurrir a su lugar de trabajo, sin afectación de ingresos, hasta tanto la Provincia entregue los equipos de protección personal y garantice, en su lugar de tareas, las recomendaciones de bioseguridad para evitar el contagio de coronavirus COVID-19.

ABSTRACT

The Chamber in Administrative Litigation of the 3rd Nomination of the city of Córdoba did not accept a precautionary measure raised by a psychologist who works in a primary health care center (CAPS). The professional requested, among other things, that the provincial State refrain from forcing her to provide service and that the court authorize her not to attend her workplace, without affecting income, until the Province delivers the personal protection equipment and ensure, instead of tasks, the biosecurity recommendations to avoid the spread of coronavirus COVID-19.

¹ Abogada, Especialista en Derecho Laboral - Cohorte 2015/2016, egresada de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Córdoba. Escribana egresada de la Universidad Siglo XXI. Estudiante de la Especialización Derecho Penal en la Universidad Nacional de Córdoba. Se desempeña profesionalmente como relatora en la Cámara Sexta del Crimen del Poder Judicial de la Provincia de Córdoba. Adscripta de la Cátedra de Derecho Público Provincial y Municipal (UNC). Mail: yanigazquez@hotmail.com - ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0003-3191-916X>.

PALABRAS CLAVE: Acción de amparo; derecho a la salud; contexto pandémico; medidas de seguridad laboral; función preventiva del Estado.

KEY WORDS: protection; right to health; pandemic context; occupational safety measures; preventive function of the State.

I. Introducción

Un miembro de sanidad de la provincia de Córdoba, interpuso acción de amparo por encontrarse vulnerado su derecho a la vida y a la preservación de su salud en razón de las condiciones laborales dentro del establecimiento asistencial, en contexto pandémico.

La Cámara en lo Contencioso Administrativo de 3° Nominación de la ciudad de Córdoba no hace lugar a la medida cautelar solicitada por la ausencia simultánea de los requisitos del art. 484 del C.P.C.C. aplicable por remisión del art. 17 de la Ley N° 4915. Sin embargo, exhorta a la provincia a que brinde los elementos de protección necesarios para el desempeño de las funciones en las mejores condiciones de seguridad conforme los protocolos de salubridad, no solo para la actora sino para todo el personal de salud.

I. El caso bajo análisis

1. Pretensión de la actora

Vilma del Valle Bustos, personal de salud, interpone una acción de amparo ley 4915 en contra de la Provincia de Córdoba. Como medida cautelar peticiona:

- El estricto cumplimiento, en su lugar de trabajo, de las recomendaciones de bioseguridad según lo estipulado por la Organización Mundial de la Salud, los protocolos nacionales y los protocolos provinciales adoptados por el Ministerio de Salud;
- La entrega de equipos de protección personal;
- Que su empleador se abstenga de obligarla a prestar servicio, así como de aplicarle sanciones, autorizándola -el Tribunal- a no concurrir a su lugar de trabajo, sin afectación de ingresos; hasta tanto no se cumplimente y acredite lo solicitado en los puntos precedentes.

El fundamento de su pretensión radica en el derecho a la vida y a la preservación de su salud, que entiende en serio riesgo debido a la situación de emergencia sanitaria acaecida por la contingencia COVID-19; el hecho de que es licenciada en psicología y presta servicios en el CAP Ciudad de los Niños de Juárez Celman y finalmente que, a raíz de la pandemia, la provincia le asignó nuevas tareas las cuales considera que no integran su especialidad y que son altamente riesgosas por sus características y por las condiciones en que las realiza.

2. Postura de la demandada

La provincia, al evacuar la vista a través de un informe presentado por el Dr. Rodrigo Baena -funcionario público y médico coordinador de los CAPS provinciales-, arguye que no existe verosimilitud en el derecho reclamado por la actora. El informe mencionado va en consonancia con las políticas desplegadas por el gobierno a los fines de evitar la propagación comunitaria de la enfermedad.

3. Análisis por parte del tribunal

El tribunal menciona que el art. 484 del CPCC, aplicable por remisión del art. 17 de la

Ley N° 4915, establece que quien tiene un fundado motivo para temer que durante el tiempo anterior al reconocimiento judicial de su derecho, éste pudiere sufrir un perjuicio inminente o irreparable, puede solicitar las medidas que, según las circunstancias, sean aptas para asegurar provisionalmente el cumplimiento de la sentencia.

Remarca que la procedencia de toda medida cautelar exige la concurrencia simultánea de los siguientes requisitos de admisibilidad, a saber: a) la verosimilitud del derecho, b) el peligro en la demora y c) el otorgamiento de contracautela suficiente.

Concluye que en el caso de autos, la verosimilitud en el derecho invocado, el cual debe surgir prima facie de la demanda y de la prueba que sustente la pretensión, no se encuentra acreditada. Los argumentos de la actora no solo no han sido objeto de prueba sino que también han sido controvertidos por la demandada.

Asimismo, a entender del tribunal, la actora invoca denominadores comunes - que en el contexto de emergencia sanitaria declarada- deben ser afrontados por todos los ciudadanos, y en especial por quienes se encuentran exceptuados del aislamiento social, preventivo y obligatorio dispuesto por el gobierno nacional. Entre estos denominadores la actora menciona la existencia de la pandemia, la agresividad, el poder de diseminación, la facilidad de contagio, el índice de letalidad de la enfermedad y la alta exposición de contagio. Estos últimos requieren del esfuerzo y la responsabilidad individual y colectiva para adoptar las medidas preventivas de cuidado a los fines de evitar el contagio.

No obstante ello, el tribunal de mérito reconoce el legítimo derecho de la actora a que su empleador le otorgue las medidas de seguridad necesarias para que pueda trabajar en un ambiente sano y apto para minimizar las posibilidades de transmisión del virus. Es por este motivo que el tribunal exhortó a la provincia de Córdoba para que extreme las medidas tendientes a asegurar la prestación de tareas de la actora así como de todo el personal de los establecimientos asistenciales, en condiciones de seguridad según los protocolos existentes. Ello, sin descuidar las adaptaciones necesarias según las exigencias que demande la propia dinámica del virus. Destaca que no debe olvidarse la importancia que revisten los equipos de la salud en este contexto de pandemia.

La demanda asistencial y el mayor riesgo de infección generan una sobrecarga física, mental y emocional de los trabajadores de la salud. Es responsabilidad del Estado, a través del Ministerio de Salud, ejecutar las acciones pertinentes en los centros de salud para garantizar condiciones de seguridad y salud adecuadas para el personal expuesto a este agente de riesgo biológico y mitigar su impacto físico, mental y emocional sobre quienes llevan a cabo labores asistenciales en este contexto de excepción, cuidando de este modo "a quienes nos cuidan".

En conclusión el tribunal resuelve no hacer lugar a la medida cautelar solicitada, sin costas ya que no se configuran los requisitos exigidos por el art. 484 del C.P.C.C. aplicable por remisión del art. 17 de la Ley N° 4915 que harían viable la medida peticionada. Sin perjuicio de ello, exhortar a la Provincia de Córdoba, en la persona de la Máxima Autoridad del Ministerio de Salud y en la del Sr. Rodrigo Baena, Coordinador de los CAPS provinciales, para que extremen las medidas tendientes a asegurar a la actora -en particular- y a todo el personal que presta funciones en los establecimientos asistenciales -en general-, los elementos de protección necesarios para el desempeño de sus funciones

en las mejores condiciones de seguridad, conforme los protocolos existentes al respecto y las adaptaciones que deberán efectuarse, de acuerdo a las exigencias que la propia dinámica del virus demande.

II. El amparo

1. Concepto

Podemos definir al amparo como la garantía instituida para la protección de los derechos y garantías reconocidos por la Constitución Nacional, un tratado o una ley, consistente en la acción, rápida y expedita de naturaleza constitucional, dable a favor de toda persona que, sin disponer de otro medio más idóneo, vea en forma actual o inminente lesionado, restringido, alterado o amenazado -con arbitrariedad manifiesta- un derecho o garantía personal o grupal, por un acto u omisión de autoridades públicas o privada. Su finalidad inmediata es proteger los derechos esenciales del individuo que nacen directamente de la Constitución y de los Tratados internacionales, contra los excesos de la autoridad pública o de los particulares...²."

La acción de amparo provincial es la vía idónea para la protección efectiva del derecho a la vida y su corolario el derecho a la preservación de la salud, en función de lo dispuesto por los arts. 43 Const. Nacional y 48 Const. Provincial. En esa dirección, el Tribunal de Justicia de Córdoba sostiene que "el amparo es un proceso excepcional, utilizable en las delicadas y extremas situaciones en las que por carencia de otras vías legales aptas peligra la salvaguarda de derechos fundamentales, y exige para su apertura circunstancias muy particulares caracterizadas por la presencia de arbitrariedad o ilegalidad manifiesta que, ante la ineficacia de los procedimientos ordinarios, origina un daño concreto y grave, solo eventualmente reparable por esta vía urgente y expedita"³

Por su parte la Corte Suprema de Justicia de la Nación, a partir de los tratados internacionales con jerarquía constitucional (art. 75 inc. 22 CN), ha reafirmado en recientes pronunciamientos, el derecho a la preservación de la salud -comprendido dentro del derecho a la vida- y ha destacado la obligación impostergable que tiene la autoridad pública de garantizar ese derecho con acciones positivas (...)⁴

Estas vías de reclamo son fundamentales en el marco del contexto pandémico que se nos impone. Es una herramienta que válidamente pueden utilizar quienes se encuentren incursos dentro sus presupuestos.

2. Rol supletorio

De la exégesis de las normas tenemos que el art. 43 de la C.N. expresa: "Toda persona puede interponer acción expedita y rápida de amparo, siempre que no exista otro medio judicial más idóneo (...)"

Por su parte el art. 48 de la Constitución de Córdoba establece: "Siempre que en forma actual o inminente se restrinjan, alteren, amenacen o lesionen con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, derechos o garantías reconocidas por esta Constitución o por la Constitución Nacional, y no exista otra vía pronta para evitar un grave daño, la persona afectada puede pedir el amparo de los jueces en la forma que determine la ley."

2 TSJ Sala Laboral en autos "Freytes Marcela y otros c/ IPAM- Apelación, Recurso de Casación" Sent. 84 del 13/8/97, Foro de Córdoba N°40 pag.253.

3 TSJ Cba., en pleno, 15/10/1999, "Carabajal", Sem. Jur. N° 1275, T. 2000-B

4 Asociación Benghalensis y otros c/ Ministerio de Salud y Acción Social, Estado Nacional s/amparo ley 16986", del 01/06/2000, JA 2002-IV, síntesis

El art. 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos "Pacto de San José de Costa Rica" expresa que toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes.

Y por último el art. 1 de la ley 4915, reformado por la ley 5770 establece: "La acción de amparo será admisible contra todo acto u omisión de autoridad pública o de particulares, ya sean que actúen individual o colectivamente y como personas físicas o jurídicas que en forma actual o inminente, lesione, restrinja, afecte o amenace con ilegalidad manifiesta las libertades, derechos y garantías reconocida y acordadas por las constituciones de la Nación y de la Provincia...".

Su admisibilidad se frustra cuando la arbitrariedad o ilegalidad que se invoca no surge con total nitidez, resultando entonces ajena a ésta vía todas aquellas cuestiones que sean opinables o bien, requieran de un mayor debate y aporte probatorio, excediendo por tanto las posibilidades cognoscitivas propias de esta acción (art. 2 inc. d Ley 4915). Una decisión justa del reclamo incoado merece un análisis exhaustivo de las circunstancias fácticas que rodean al caso, los antecedentes, el marco legal establecido a la cuestión, lo cual, desborda el ámbito acotado y excepcional del amparo propuesto.

La regulación constitucional deja en claro que no existen "vías previas" al amparo ya que si concurren los requisitos de admisibilidad se le da trámite a la acción, sin requerir presentaciones previas ante la administración. Sin embargo esto no significa que cualquier reclamo se canalice por vía de amparo. Si existen otras vías paralelas más idóneas aunque no necesariamente más rápidas. Sino el resultado sería que se "ordinarizaría" la vía del amparo y por ende se terminaría desnaturalizando la garantía constitucional y ya no tendría razón de ser de la existencia del proceso contencioso administrativo ni de los juicios ordinarios.⁵

3. Requisitos de admisibilidad

Las condiciones de admisibilidad son las siguientes: actualidad de la lesión, arbitrariedad o ilegalidad manifiesta del acto lesivo, que los actos no requieran debate o prueba, inexistencia de otros recursos judiciales o administrativos previos, inexistencia de una vía judicial más idónea y que el planteo no sea extemporáneo.

Se admite su procedencia cuando el empleo de los procedimientos ordinario pudiera ocasionar un daño grave e irreparable y tornara ilusoria la resolución que en definitiva se dicte, es decir que se frustra la tutela efectiva. No basta con invocar meras conjeturas sobre su posible fracaso, o argüir razones de urgencia, comodidad y economía, ya que lo que debe demostrarse es un verdadero vacío o falencia procesal, hasta el punto de que el particular quedaría privado de justicia si no se reconocer la vía rápida del amparo en el caso concreto.

En cuanto al segundo requisito -actualidad de la lesión-, las normas mencionan aspectos del quehacer estatal (activo y/u omisivo) que dan pie al amparo: lesionar, restringir, alterar y amenazar, todos ellos en forma actual e inminente. Es decir que el daño que se pretende reparar debe ser cierto y la lesión debe ser actual, ya que el amparo no se da para juzgar hechos pasados sino presentes.

5 Cam. 3° C. y Com. Cba. - Sent. N° 47 del 4/5/2006 - autos - "Roa García Baltasar Luis c/ Superior Gobierno de la Provincia de Córdoba - Amparo" - Actualidad Jurídica de Córdoba - Pag. 6655/6656.

Con relación a la calificación de arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, el acto lesivo debe mostrar fehacientemente, en su primera apariencia, la violación grosera y ostensiblemente visible del derecho subjetivo de quien promueve el amparo.

4. Supuestos de improcedencia

Los distintos supuestos se encuentran contemplados en el art. 2º de la ley 4915. La aludida disposición normativa prescribe que: “La acción de amparo no será admisible cuando:

- a) Existan recursos o remedios judiciales o administrativos que permitan obtener la protección del derecho o garantía constitucional de que se trata;
- b) El acto impugnado emanara de un órgano del Poder Judicial o haya sido adoptado por expresa aplicación de la ley N° 16.970;
- c) La intervención judicial compromete directa o indirectamente la regularidad, continuidad y eficacia de la prestación de un servicio público, o el desenvolvimiento de actividades esenciales del Estado;
- d) La determinación de la eventual invalidez del acto requiriese una mayor amplitud de debate o de prueba o la declaración de inconstitucionalidad de leyes, decretos u ordenanzas;
- e) La demanda no hubiese sido presentada dentro de los quince días hábiles a partir de la fecha en que el acto fue ejecutado o debió producirse.

Estos requisitos son los que tanto la doctrina como la jurisprudencia entienden que no deben configurarse en el caso concreto para la viabilidad del instituto. Basta que se configure uno de ellos, para que esta vía sumaria, extraordinaria, subsidiaria y excepcional, quede frustrada, debiendo los interesados –entonces- ocurrir por la vía que corresponda.

III. Medidas cautelares en el amparo

1. Introducción

Si bien la ley 4915 no habla expresamente de la posibilidad de solicitar medidas cautelares en la acción de amparo, ello se desprende del art. 15 de la ley, en la medida que dispone la apelabilidad de las resoluciones judiciales que dispongan medidas de no innovar o de suspensión de los efectos del acto impugnado.

Más allá que el art. 15 menciona sólo dos supuestos de cautelares, tanto la doctrina como la jurisprudencia han consentido la posibilidad de disponer dentro del juicio cualquier otra medida que resulte compatible con el instituto. Es decir, en virtud del principio de subsidiariedad dispuesto por el art. 17 de la ley 4915, se ha autorizado la traba de todas las medidas cautelares previstas en los códigos aplicables. Por consiguiente, es posible solicitar medidas cautelares “innovativas” dentro de la acción.

A partir de las distintas situaciones a las que puede “enfrentarse” el amparista, se pueden distinguir tres hipótesis:

- a) Supuestos en que el acto que se impugna se está ejecutando o es de inminente ejecución. En este caso se podrá solicitar una medida cautelar de no innovar o de suspensión de los efectos del acto. Cabe destacar que dichas medidas no tienen efectos retroactivos, sino que se proyectan sólo para el futuro.
- b) Supuestos en los que el acto y sus efectos ya se han consumado. En este caso, lo que se busca con la cautelar es conseguir la retroacción de las cosas al estado anterior, a través de una cautelar innovativa.
- c) Supuestos en que se da cuestiona una omisión. En este caso también sería una

cautelar innovativa, pero para compeler al demandado a que realice la conducta.

2. Requisitos de procedencia

Para que se configuren las medidas cautelares, se debe dar cumplimiento a los requisitos genéricos, exigidos para estas figuras en cualquier juicio ordinario, y otros recaudos específicos, por ser solicitadas dentro de la acción de amparo.

Por consiguiente debe demostrarse la verosimilitud en el derecho, el peligro en la demora y debe otorgarse contracautela suficiente para responder en la medida de los daños que se pudieran provocar con la medida. Pero además, al tratarse de una cautelar dentro del juicio del amparo, el solicitante deberá demostrar la apariencia de ilegalidad o arbitrariedad del acto cuestionado y la probabilidad de que la lesión afecte un derecho constitucional. Una vez solicitada la cautelar, el tribunal deberá evaluar y valorar la solicitud, y al tratarse de derechos constitucionales en juego, deberá hacerlo con un criterio amplio

IV. Prueba

1. Ofrecimiento

El ofrecimiento de toda la prueba de la que hayan de valerse el actor y el demandado, deberá efectuarse juntamente con la interposición de la demanda (art. 7° Ley. 4915) o al presentarse el informe del art. 8° de la misma ley. Además, la prueba instrumental no sólo deberá ofrecerse sino también acompañarse en la primera presentación judicial. Este requisito se vincula con la naturaleza sumaria de la acción de amparo y a los fines de garantizar la celeridad de la misma.

También deben indicar los demás medios de prueba que quieran utilizar. El número de testigos no puede exceder de cinco por parte y cada uno debe hacerlos comparecer a su costa, sin perjuicio del eventual uso de la fuerza pública en cosa de necesidad. No se admite la absolución de posiciones.

Por último, el art. 9 prescribe que si alguna de las partes ofreció prueba, se debe ordenar su inmediata producción, fijándose la audiencia respectiva dentro del tercer día.

La prueba es esencial en todo proceso y el amparo no es una excepción a la regla, aunque por su carácter sumario, expeditivo, ágil y célere y por la singular característica de que el acto u omisión lesivos debe ser “manifiestamente” ilegal o arbitrario, la actividad probatoria se ve notoriamente restringida y simplificada.

2. Producción

Del art. 9° de la ley 4915 surge el principio de concentración que estipula que las pruebas sean receptadas en un solo acto, a excepción de la documental que se debe otorgar con la demanda y el informe. El plazo máximo para la producción es de seis días, por lo que solamente se podrán ofrecer los medios que por su naturaleza, permiten su producción o diligenciamiento dentro de dicho plazo. En materia de la testimonial la incomparecencia injustificada de ellos sumada a la falta de utilización de la fuerza pública provoca su caducidad automática.

Para analizar el art. mencionado ut supra, se distingue entre las pruebas que se diligencian habitualmente en audiencia (testimoniales, careos, reconocimientos), y las que se producen de otro modo (informes, pericias). En relación a las primeras, se deberá disponer su inmediata producción, sin dilación alguna, una vez ofrecidas en la demanda o

en el informe; y las segundas, en cambio, serán decepcionadas en una audiencia fijada a tales fines.

La audiencia de la prueba tendrá lugar dentro del tercer día de producido e informe circunstanciado, o una vez vencido su plazo. Además, el art. 10 de la ley 4915 presume iure et de iure la voluntad de desistir del proceso, no así del derecho, si el actor no comparece a la audiencia, con costas.

Por último, el art. 11 in fine de la ley 4915 expresa que si existiera prueba pendiente de producción por causas ajenas a las diligencias de las partes, el juez podrá ampliar dichos términos legales por igual plazo". Es decir, que la etapa probatoria en el amparo, si hay prueba para diligenciar, tiene un plazo mínimo de tres días (art. 9º de la ley 4915) y un máximo de seis días (art. 11).

3. Carga de la prueba

Tal como refiere Hiruela de Fernández⁶, "corresponde al amparista acreditar la liquidez y certidumbre del derecho que denuncia lesionado o afectado. Tiene también a su cargo la demostración de la existencia del acto u omisión lesiva, e identificar al autor de la conducta reprochada. Igualmente, deberá probar el agravio o perjuicio recibido o la amenaza respectiva".

V. Informe circunstanciado

El art. 8º de la ley 4915 expresa: "cuando la acción fuera admisible, el juez requerirá a la autoridad particular que corresponda un informe circunstanciado acerca de los antecedentes y fundamentos de la medida impugnada, el que deberá ser evacuado dentro de un plazo que no podrá exceder de tres días. La omisión del pedido de informe causa la nulidad del proceso.

El requerido deberá cumplir las cargas de ofrecer pruebas en oportunidad de contestar el informe en la forma establecida para el actor.

Producido el informe o vencido el plazo otorgado sin su presentación, no habiendo pruebas de las partes a tramitar, el tribunal dictará sentencia dentro del término establecido por el art. 11".

Es relevante destacar, que tal como lo ha sostenido el Tribunal Superior de Justicia de Córdoba⁷, el informe circunstanciado es una verdadera contestación de demanda, y por ello le resultan aplicables las normas adjetivas. En el mismo se debe contestar y rebatir las pretensiones de la contraparte y a su vez, plantear las defensas. Debe contener las circunstancias de tiempo, modo y lugar que provocaron o generaron la conducta que se reprocha con la acción de amparo, y relatar los hechos y el derecho que justifica tal accionar

VI. Sentencia

El art. 11 de la ley 4915 dispone que una vez evacuado el informe circunstanciado o realizada la audiencia de prueba, el juez dicta sentencia dentro del tercer día. La jurisprudencia remarca que si no se dicta en el plazo legal, ello no genera nulidad ya que tal sanción

6 Hiruela De Fernández, María del Pilar, El amparo en la Provincia de Córdoba, Alveroni, Ediciones, Córdoba, 2002, p. 152 y ss.

7 T.S.J., Sala Civil y Comercial, in re "Scaraffia, Norma J. y otros c/Municipalidad de Villa Carlos Paz y Consorcio Edificio Marconi - amparo - recurso directo", Sent. 50, del 06/10/97

no está contemplada en la ley 4915. Sin perjuicio de ello, los litigantes tienen diversos recursos procesales en caso de mora.

El art. 12 establece que la sentencia que admita la acción deberá contener: a) La mención concreta de la autoridad o del particular o particulares contra cuya resolución, acto u omisión se concede el amparo. b) La determinación precisa de la conducta a cumplir, con las especificaciones necesarias para su debida ejecución. c) El plazo para el cumplimiento de lo resuelto.

Además, debe dar cumplimiento a los requisitos formales genéricamente exigibles a toda sentencia de un juicio de conocimiento. Hay que remarcar, que la norma sólo prevé el caso de la sentencia que da lugar a la pretensión del amparista, y nada dice respecto si la misma resulta desestimatoria. Si esto último fuera el caso, la sentencia deberá reunir las condiciones de fundamentación lógica y legal exigidas por los arts. 155 de la Constitución Provincial y 326 del Código Procesal Civil y Comercial.

VII. Importancia del fallo:

1. Contexto de su dictado

El 11 de marzo de 2020 la Organización Mundial de la Salud declaró como una “pandemia” el brote de la enfermedad denominada como “coronavirus - COVID-19”. En su mérito, el Poder Ejecutivo Nacional publicó el decreto N° 260/2020 en el cual declaró la emergencia sanitaria en relación con el coronavirus COVID-19. Posteriormente, dictó el Decreto de Necesidad y Urgencia 297/2020 el cual dispuso el “aislamiento social preventivo y obligatorio”. De dicho aislamiento estaban exceptuados, entre otros, los trabajadores de la salud por tratarse de un servicio esencial en la emergencia.

Por su parte, en el orden jurídico de la Provincia de Córdoba, se dictó la Ley 10.690, en la que se adhiere a la Emergencia Pública en materia sanitaria, declarada por el Estado Nacional en el marco de la Ley N° 27541, artículos 1, 64 a 85 y concordantes, el Decreto N° 486/2002 y el Decreto de Necesidad y Urgencia del Poder Ejecutivo Nacional N° 260/2020. En consecuencia, la autoridad Provincial en materia relacionada al Coronavirus es el Ministerio de Salud. Es en este contexto en el cual la actora del fallo en análisis formula sus pretensiones, a la cual nos remitimos en honor a la brevedad.

2. Deber de prevención estatal

Es preciso señalar que el derecho a la vida y a la preservación de la salud cuentan con una intensa protección derivada de numerosos tratados internacionales (Declaración Universal de Derechos Humanos, Convención Americana sobre Derechos Humanos, Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales) que poseen jerarquía constitucional (art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional) y constituyen un valor fundamental a resguardar, frente al cual los restantes tienen siempre carácter instrumental.

A su vez encuentra protección en el art. 42 de la Constitución Nacional. Y en idéntica línea, la Constitución Provincial de Córdoba lo consagra expresamente: considera que la salud es un bien natural y social que genera en los habitantes de la Provincia el derecho al más completo bienestar psicofísico, espiritual, ambiental y social, y coloca en cabeza del Estado Provincial el deber de garantizarlo mediante acciones y prestaciones; agre-

gando a ello que el sistema de salud se basa en la universalidad de la cobertura, con acciones integrales de promoción, protección, recuperación y rehabilitación de la salud, e incluye el control de los riesgos biológicos sociales y ambientales de todas las personas, desde su concepción (art. 59).

El fallo en análisis, si bien no hizo lugar a la medida cautelar requerida por la actora, si exhortó a la provincia de Córdoba para que extreme las medidas tendientes a asegurar la prestación de tareas no solo de la accionante sino de todo el personal de los establecimientos asistenciales, en condiciones de seguridad según los protocolos existentes. Al hacer esto ha reconocido expresamente el deber de prevención que recae sobre el Estado, a través del Ministerio de Salud, de ejecutar las acciones pertinentes en los centros de salud para garantizar condiciones de bioseguridad para el personal expuesto a este agente de riesgo biológico.

También la resolución reconoce que la demanda asistencial genera sobrecarga física y mental de los trabajadores que integran tales equipos, sumado al mayor riesgo de contraer la infección y el consiguiente desgaste emocional. Por lo cual, el empleador debe procurar mitigar el impacto físico, mental y emocional sobre quienes llevan a cabo labores asistenciales en este contexto de excepción, cuidando de este modo "a quienes nos cuidan".

Conclusiones

En Córdoba el amparo se encuentra consagrado en el art. 48 de la Constitución provincial y regulado su procedimiento en la ley 4.915. Las discusiones acerca de la admisibilidad de dichas acciones se han visto morigeradas por la jurisprudencia, en el caso de nuestra provincia se han dado interpretaciones restrictivas respecto su admisibilidad, pero de todos modos hemos de resaltar que en esta pandemia dicha herramienta procesal ha sido de suma utilidad para quienes hicieron uso de ella para hacer valer sus derechos. Porque incluso, como en el caso de análisis, si bien la medida cautelar peticionada por la actora no prosperó, aun así logró que con su reclamo se le reconociera su derecho a un ambiente laboral sano con las medidas de seguridad pertinentes a cargo de su empleador.



REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Avalos, Eduardo (2000), La acción de amparo a más de un lustro de la reforma constitucional (una visión jurisprudencial), Suplemento de Derecho Administrativo y Constitucional, año I, N° 2.
- Bidart Campos, Germán (1969), Régimen legal y jurisprudencial del amparo, Buenos Aires, Ediar
- Buteler, Alfonso (2012), El Amparo contra actos administrativos, Abeledo Perrot.
- Carranza Torres, Luis R. (2004), Práctica del amparo, (2° edición) Cba, Alveroni.
- Hiruela de Fernández, María del Pilar (2002), El amparo en la Provincia de Córdoba, Alveroni, Ediciones, Córdoba, p. 152 y ss.
- Keselman, Sofía y Marcellino, Verónica (2001), El Amparo en la jurisprudencia del TSJ de Córdoba, Marcos Lerner Editora Córdoba.
- Sagüés, Néstor Pedro (1995), Derecho Procesal Constitucional-Acción de Amparo, Tomo 3, Astrea, pag. 182.

EL DERECHO A LA SALUD NO ENTIENDE DE TIEMPOS

THE RIGHT TO HEALTH DOES NOT UNDERSTAND TIMES

Nadia Virginia Copello¹

DOI: [https://doi.org/10.37767/2591-3476\(2021\)19](https://doi.org/10.37767/2591-3476(2021)19)

Comentario a

MONTEVERDE, SABRINA SOFIA C/ ADMINISTRACION PROVINCIAL DEL SEGURO DE SALUD (APROSS)

**Cámara Contencioso Administrativa de 2º Nominación
Poder Judicial de Córdoba**

Disponible en

<https://bit.ly/2WtLYxW>

RESUMEN:

La justicia de la provincia de Córdoba hizo lugar al pedido de una medida cautelar autorizando el 100% de la cobertura del medicamento TRIKAFTA para el tratamiento de fibrosis quística. Se trata de una joven, Sabrina Monteverde, quien padece esta enfermedad poco frecuente y que dado el estado grave de salud que atraviesa, debió iniciar una acción de amparo contra Apress.

Si bien, no es el primer caso de un paciente que requiere la medicación mencionada, la historia de Sabrina resonó en los medios de comunicación, alcanzando rápidamente una gran adhesión y apoyo social.

Poco tiempo después de esta resolución, el Congreso de la Nación Argentina sancionó la Ley 27.552 de lucha contra la enfermedad de fibrosis quística de páncreas o mucoviscidosis. Ley que permitió al Estado Nacional dar un paso firme en la protección de los derechos humanos fundamentales de un grupo vulnerable de nuestra sociedad.

Adicionalmente, para ese tiempo, Argentina estaba comenzando a sentir el peso de las primeras medidas del aislamiento social preventivo y obligatorio en torno a la pandemia mundial ocasionada por el COVID-19.

1 Abogada, Universidad Nacional de Córdoba. Escribiente Auxiliar de la Defensoría Pública Oficial ante los Tribunales Federales de Primera y Segunda Instancia de Córdoba. Estudiante avanzada del Profesorado en Ciencias Jurídicas de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Córdoba. Mail: copellonadiav@gmail.com – ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0001-9557-107>

ABSTRACT

The justice of the province of Córdoba granted the request for a precautionary measure authorizing 100% of the coverage of the drug TRIKAFTA for the treatment of cystic fibrosis. It is about a young woman, Sabrina Monteverde, who suffers from this rare disease and who, due to the serious state of health she is experiencing, had to initiate a protection action against Apross.

Although it is not the first case of a patient requiring the aforementioned medication, Sabrina's story resonated in the media, quickly reaching great adhesion and social support.

Shortly after this resolution, the Congress of the Argentine Nation sanctioned Law 27,552 to combat the disease of cystic fibrosis of the pancreas or mucoviscidosis. Law that enters the National State to take a firm step in the protection of the fundamental human rights of a vulnerable group of our society.

In addition, by that time, Argentina was beginning to feel the weight of the first measures of preventive and mandatory social isolation around the global pandemic, caused by COVID-19.

PALABRAS CLAVE: Fibrosis quística; Derecho a la salud; Acción de amparo; Política pública sanitaria; Repercusión mediática.

KEY WORDS: Cystic fibrosis; Right to health; Amparo action; Public health policy; Media impact.

I. Introducción

Sabrina Monteverde, una conocida joven cordobesa, padece una enfermedad genética, hereditaria, autosómica recesiva con afectación multiorgánica, de curso crónico y evolutivo, que requiere de tratamiento permanente. Estamos hablando de fibrosis quística.

Para el año 2020, su cuadro de salud era preocupante. A pesar de los tratamientos médicos y cuidados diarios, debió ser internada en reiteradas ocasiones y sus estudios médicos daban cuenta de un importante deterioro pulmonar y pancreático. Peor aún, era candidata a evaluación de pre trasplante bipulmonar dado que su función pulmonar había descendido considerablemente en el último tiempo.

Este contexto, llevó a su medica tratante a prescribir un tratamiento con el fármaco TRIKAFTA (Elexacaftor/Tezacaftor/Ivacaftor), entendiéndose que la combinación de medicamentos que contiene permitiría mejorar su función pulmonar, procurando evitar el trasplante y mejorar su calidad de vida. Asimismo, estimó que no existía otra alternativa terapéutica similar en el país o que ofrezca los beneficios que proporcionaría TRIKAFTA. Sabrina contaba con la cobertura médica de la Administración Provincial del Seguro de Salud, Apross, por lo que, mediante el trámite de Empadronamiento de Pacientes Crónicos solicitó la cobertura integral de dicha medicación.

Por su parte, la obra social demandada se opuso a la solicitud alegando que dicho tratamiento no se encontraba dentro de sus prestaciones vigentes y, por otro lado, que tampoco contaba con la aprobación de la Administración Nacional de Medicamentos, Alimentos y Tecnología Médica, ANMAT.

Frente a la negativa de Apross y las circunstancias particulares del diagnóstico, Sabrina y

su familia iniciaron acción de amparo contra la obra social a fin de que brinden la cobertura integral solicitada.

El día 03 de julio del 2020, la Cámara Contencioso Administrativa de 2da Nominación del Poder Judicial de Córdoba, dictó una sentencia favorable a la familia Monteverde, pues le hizo lugar a la medida cautelar para la cobertura de la medicación. Para resolver en este sentido, la Cámara tuvo en cuenta no sólo la prescripción y justificación brindada por la médica tratante, sino además informes de evidencia científica de la misma y sus efectos favorables. Incluso, ANMAT había autorizado la importación del medicamento para uso compasivo.

El tribunal referenció al derecho a la vida como el primer derecho natural de la persona humana y citó normas de derecho internacional, nacional y locales referidas al derecho a la salud. Asimismo, resaltó el deber del Estado de llevar a cabo acciones positivas en miras a garantizar los derechos individuales con el objetivo de que no se tornen ilusorios.

Hasta entonces, diferentes tribunales se habían expedido de manera favorable para la cobertura de TRIKAFTA para otros pacientes, pero esta situación no podía resolverse mediante medidas cautelares dictadas por jueces para cada caso concreto, existía la necesidad de una política pública sanitaria en la materia aplicable a todo el país. Sobre este punto, el tribunal del caso exhortó a las autoridades sanitarias nacionales y provinciales a promover una legislación específica de protección de pacientes con fibrosis quística.²

La Cámara Contenciosa Administrativa (2020) al resolver expresó que “no se trata de resolver judicialmente el caso de Sabrina, sino que el caso de Sabrina debe tener la virtualidad para motorizar y exhortar a las acciones positivas de los órganos gubernamentales, especialmente nacional, para brindar accesibilidad en la cobertura, con criterios de justicia distributiva y solidaridad.”

Paralelamente a la judicialización de esta solicitud, Sabrina utilizó las redes sociales para contar su caso. En efecto, publicó un video en las redes sociales donde contó cómo son sus días, sus padecimientos y la necesidad de contar con TRIKAFTA para mejorar su calidad de vida. El caso de Sabrina no sólo fue contado por los noticieros locales, sino que su video se difundió por diferentes redes y alcanzó millones de reproducciones. Sabrina rápidamente se convirtió en un ícono local de lucha contra la fibrosis quística.

Tal es así que, pocos meses después, el 11 de agosto de 2020 se sancionó la Ley Nacional N.º 27.552 de lucha contra la enfermedad de fibrosis quística de páncreas o mucoviscidosis.

II. El derecho a la salud como derecho humano fundamental

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”³. Así concebida, la salud es catalogada como un derecho humano fundamental “sin distinción de raza, religión, ideología política o condición económica o social.”⁴

2 Sociedad Argentina de Pediatría, Subcomisiones, Comités y Grupos de Trabajo (2008): Consenso Nacional de Fibrosis Quística (<https://www.sap.org.ar/docs/profesionales/consensos/v106n5a12e.pdf>) (fecha de consulta: 01 de mayo de 2021).

3 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: 15 de julio de 2021).

4 Organización Mundial de la Salud (2006): Op. Cit. (Nota N°2).

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 les otorgó jerarquía supralegal y constitucional a los derechos en ellos reconocidos. Podemos mencionar el art. 12, inc. 1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el art. 6. 1. del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, los arts. 4.1. y 5.1. de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el art. 3 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y el art. 11 de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre.

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."⁵

Es indiscutible el reconocimiento legal, supralegal y constitucional que goza el derecho a la salud. Pues bien, la salud -como la vida- son indispensables para el ejercicio de otros derechos y el pleno goce de la autonomía personal.

III. Protección del derecho a la salud

1. Amparo de salud

Partiendo de la idea de que la preservación de la salud integra el derecho a la vida y que, tanto la salud como la vida son indispensables para el ejercicio de otros derechos y la realización de proyectos personales, estamos en condiciones de afirmar que el derecho a la salud genera obligaciones sobre las autoridades públicas para asegurar su plena vigencia.

En concreto, siempre que se reconoce un derecho es necesario establecer los mecanismos idóneos para asegurar su efectivo disfrute, de lo contrario sólo serían manifestaciones abstractas.

Ahora bien, en materia sanitaria el factor tiempo es fundamental a la hora de procurar una solución justa. Así, "el acceso en tiempo y forma a la atención de la salud materializa este derecho humano fundamental reconocido a nivel constitucional y convencional."⁶

De allí que, nuestra legislación prevé como mecanismo idóneo para la protección de este derecho, la acción de amparo como un procedimiento rápido y simplificado. Este proceso tiene reconocimiento constitucional desde la última reforma de 1994 y se encuentra regulado por la Ley 16.986.

Así, ante demoras o incumplimiento de prestaciones de salud, el amparo se erige como la medida más eficaz para proteger los derechos del paciente, dando lugar a que un juez se expida sobre el asunto, evitando que el paso del tiempo cause perjuicios irreparables en la salud de las personas.

5 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: 15 de julio de 2021).

6 TANZI, Silvia Y y PAPILLU, Juan M (2018): Juicio de amparo en salud, Análisis bajo el Código Civil y Comercial de la Nación, Buenos Aires, Ed. Hammurabi, p. 15.

En el caso que analizamos, el agravamiento del estado de salud de Sabrina exigía de un procedimiento rápido y expedito que diera respuesta a su petición. Fue por ello que, interpusieron una acción de amparo contra Apross, solicitando la cobertura de la medicación prescripta.

En conclusión “[q]ueda claro que existe un amplio reconocimiento del derecho a la salud y, por ello cabe recordar la doctrina de” la Corte Suprema de Justicia de la Nación, por cuanto señala “que donde hay un derecho debe haber un remedio legal para hacerlo valer toda vez que sea desconocido, principio del que ha nacido la acción de amparo, pues las garantías constitucionales existen y protegen a los individuos por el solo hecho de estar en la Constitución e independientemente de sus leyes reglamentarias (...)”.⁷

2. Obligaciones del Estado Nacional

Así como las personas tienen el derecho de acceder a las prestaciones de salud, como contrapartida el Estado Nacional no sólo debe asegurar una tutela judicial efectiva -como sucedió en el caso de Sabrina-, sino que además debe abstenerse de causar daños, como así también debe llevar a cabo acciones positivas tendientes a organizar y regular el sistema de salud en Argentina.

La sentencia que estudiamos nos conduce a hacer hincapié en las acciones positivas que recaen en las autoridades, ya sea a través de la creación y puesta a disposición de servicios públicos de salud, como la regulación y control de los mismos.

Respecto al primer punto, es preciso recordar los estándares para el derecho a la salud establecidos por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, a través de la Observación General N°14⁸, del año 2020. Los estándares son: disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y calidad.

En pocas palabras, los Estados partes deben crear infraestructuras a disposición del servicio de salud en todo su territorio, que deben ser accesibles a todas las personas sin discriminación, garantizando una accesibilidad tanto física como económica, como así también a la información pertinente sobre los problemas de salud. A la vez, deben estar dispuestas conforme a la cultura y las prácticas sociales locales y gozar de calidad científica y médica apropiada.

En relación al segundo punto, en cuanto la organización y regulación del sistema de salud adquiere relevancia el rol del poder legislativo en su tarea de deliberar y sancionar leyes que tengan en miras el bien común de todos los habitantes.

Tal es así que, oportunamente se han dictado numerosas leyes en la materia. Específicamente, para el año 2020 y en lo que se refiere a la fibrosis quística que padece Sabrina, podemos mencionar como legislación aplicable al caso, la Ley N.º 26.378 que aprobó la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y la Ley N.º 26.689 de Enfermedades Poco Frecuentes.

Sin embargo, estas disposiciones no eran suficientes para garantizar la tutela jurídica

7 TANZI, Silvia Y y PAPILLU, Juan M (2018): Ob. Cit., p. 83.

8 Consejo Económico y Social (2000): Observación General N°14 (<https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2001/1451.pdf>) (Fecha de consulta: 15 de julio de 2021).

de los derechos que asisten a quienes padecen esa enfermedad. Por ello, al momento de resolver el caso de la joven Monteverde, el tribunal se expresó sobre la necesidad de “exhortar” a las autoridades públicas, nacionales y provinciales para que “expresen y promuevan activamente la imperiosa necesidad de contar con una legislación específica, esto es la Ley sobre protección de los pacientes con fibrosis quística”.

Asimismo, reconoció que, si bien es posible revertir la situación de los pacientes mediante resoluciones judiciales en cada caso concreto, dando lugar a los pedidos de cobertura médica, esto no debe ser de ese modo, sino que es preciso “una política pública de concertación federal” aplicable a todo el país.

Poco tiempo después de que Sabrina obtuviera una resolución favorable, el Congreso de la Nación Argentina sancionó la Ley N.º 27.552 de lucha contra la enfermedad de fibrosis quística de páncreas o mucoviscidosis.⁹

Esta normativa establece el régimen legal de protección, atención de salud, trabajo, educación, rehabilitación, seguridad social y prevención, para que las personas con esta enfermedad alcancen su desarrollo e inclusión social, económica y cultural. Además, incorpora a la fibrosis quística como enfermedad priorizada dentro del Programa Nacional de Enfermedades Poco Frecuentes.

Asimismo, promueve una protección integral, no solo a nivel diagnóstico y tratamiento médico desde el nacimiento, en todas sus dimensiones para lograr su adecuada integración social. Al mismo tiempo, dispone del 100% de la cobertura de medicamentos, tratamientos, estudios y cualquier práctica médica que se relacionen o deriven de esta patología. Por otro lado, según su reglamentación aquellas personas que tengan un diagnóstico confirmado de esta enfermedad, podrán solicitar el Certificado Único de Discapacidad -CUD-.

La sanción de esta ley permite velar por la vigencia real y efectiva de los derechos de estas personas, pertenecientes a un grupo vulnerable de nuestra sociedad, que ya no dependerán de la decisión de un juez para cada caso concreto, sino que sus derechos ya están plasmados expresamente en la ley.

IV. Contexto y repercusión mediática del caso

A comienzos del año 2020, el mundo entero empezaba, poco a poco, a sacudirse por los efectos de lo que pronto se convertiría en una pandemia mundial. La rápida propagación del virus COVID-19, el creciente número de muertes y la escasa información sobre su prevención y tratamiento, obligaron a los Estados a tomar diferentes medidas de aislamiento y protección.

En Argentina se dispuso de un Aislamiento Social Preventivo y Obligatorio, que en líneas generales implicaba que toda actividad que no fuera un “servicio esencial” quedaba suspendida, prohibiéndose la circulación de las personas, salvo excepciones especialmente previstas por la reglamentación.

En este marco, el servicio de justicia había entrado en “feria”, quedando una guardia mí-

⁹ INFOleg, Información Legislativa (2021): Ley de lucha contra la enfermedad de fibrosis quística de páncreas o mucoviscidosis, Ley 27.552 (<http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/340000-344999/340915/norma.htm>) (Fecha de consulta: 10 de mayo de 2021).

nima que sólo actuaba en casos urgentes. Para ese entonces, Sabrina presentó ante los tribunales su acción de amparo para la obtención de la medicación TRIKAFTA.

Antes de que la justicia resolviera su caso, la historia de Sabrina cobró importancia mediática a través de la difusión de una grabación en la que ella, en primera persona, contaba sobre el padecimiento de su enfermedad.

La historia no sólo fue contada por los noticieros locales, sino que su video se volvió viral y en poco tiempo alcanzó más de nueve millones de reproducciones. La joven envió un mensaje directo a la sociedad y a las autoridades, quería ser escuchada y generar conscientización sobre la fibrosis quística.

Las repercusiones del uso de las redes sociales fueron notorias. No sólo generó movilización y apoyo social por su relato, sino que además puso en tema de debate la enfermedad y los tiempos de la justicia. Sabrina (2020) manifestó “mi cuerpo ya no entiende de tiempos, estoy peleando por mi vida”, “un fármaco por el cual estoy peleando judicialmente desde hace un par de meses, pero lamentablemente está todo muy frenado”, “entiendo que hay tiempos, pero la fibrosis quística no entiende de tiempos”¹⁰.

Casi de inmediato, la Cámara Contenciosa Administrativa que debía resolver su petición, no sólo dictó una sentencia favorable, ordenando la cobertura al 100% de la medicación requerida, sino que además exhortó a las autoridades competentes para resolver definitivamente el problema de las personas en su misma situación.

Posteriormente, se logró la conquista de la lucha de los pacientes de fibrosis quística, mediante la sanción de la Ley mencionada en el apartado anterior, ley N.º 27.552.

Sobre este punto, es importante recalcar la presencia cada vez más protagónica de los medios masivos de comunicación digitales y la innovación de internet en cada ámbito de la vida cotidiana. En este marco, las redes sociales “[c]onstituyen verdaderos espacios o vehículos de comunicación, expresión popular y poder (...)”¹¹.

Las redes permiten, a quien desea comunicar algo, narrar en primera persona y ser la fuente informativa. Los mensajes que se transmiten por este canal llegan a miles de personas, en tiempo real y con efecto viral. Y es lo que sucedió en este caso.

V. Conclusiones

En primer lugar, garantizar el goce del derecho a la salud permite procurar una mejor calidad de vida en cualquier aspecto de la persona. En el caso que nos compete, Sabrina precisaba continuar sus estudios universitarios -entre otras cuestiones-, pero sus condiciones de vida no lo permitían, obstaculizándose el goce y disfrute del derecho a la educación.

De allí que, de todo lo expuesto hasta aquí es fundamental no perder de vista que el derecho a la salud es un derecho humano fundamental y que su preservación integra el derecho a la vida. Esto tiene su razón de ser, por cuanto no es posible el ejercicio pleno

10 MONTEVERDE, Sabrina (02 de julio de 2020): APROSS debe cubrir TRIKAFTA. El cuerpo no espera (https://www.instagram.com/tv/CCHwbSugVl2/?utm_source=ig_web_copy_link)

11 TOMEO, Fernando (2014): Redes sociales y tecnologías 2.0, Buenos Aires - Bogotá, Ed. Astrea, p. 45

de otros derechos sin contar antes con vida y salud.

En segundo lugar, la historia de Sabrina es la historia de muchas personas que sufren afectaciones en su salud, en mayor o menor medida. Pero su caso traspaso los límites de tiempo y espacio gracias al poder de los medios masivos de comunicación.

La joven acudió a las redes sociales para hacerse escuchar y no sólo lo logró, sino que además obtuvo un gran apoyo social que provocó cierta presión sobre las autoridades. Tal es así, que en muy poco tiempo obtuvo la respuesta judicial que estaba buscando desde hacía un tiempo ya.

La repercusión mediática y la difusión masiva puso de manifiesto la fuerza de las nuevas tecnologías de la comunicación e información, que deben ser utilizadas de manera consciente y prudente.

Por último, todos aquellos casos que llegaron a judicializarse en búsqueda de una cobertura médica integral para el tratamiento de la fibrosis quística y el resonante caso de Sabrina, que sacudió a los medios, no hicieron más que poner en evidencia la necesidad de una normativa específica sobre esta materia.

La sanción de la Ley 27.552 que declaró de interés nacional la lucha contra esta enfermedad es una conquista para quienes la padecen y su familia.

Este desenlace afortunado deja en evidencia que el derecho es una herramienta elemental y que gracias a él "existe la posibilidad de cambiar las normas juntando la fuerza necesaria, entonces nos entusiasmos, porque se nos abre una puerta, al ver que el derecho tiene potencialidad transformadora."¹²

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Consejo Económico y Social (2000): Observación General N°14 (<https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2001/1451.pdf>) (Fecha de consulta: 15 de julio de 2021).
- 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: 15 de julio de 2021).
- INFOLeg, Información Legislativa (2021): Ley de lucha contra la enfermedad de fibrosis quística de páncreas o mucoviscidosis, Ley 27.552 (<http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/340000-344999/340915/norma.htm>) (Fecha de consulta: 10 de mayo de 2021).
- MONTEVERDE, Sabrina (02 de julio de 2020): APROSS debe cubrir TRIKAFTA. El cuerpo no espera (https://www.instagram.com/tv/CCHwbSugVl2/?utm_source=ig_web_copy_link).
- 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: 15 de julio de 2021).

12 Profesorado en Ciencias Jurídicas (2020): Nociones sobre las perspectivas jurídicas, Ficha de cátedra, Córdoba, Universidad Nacional de Córdoba, p. 7.

- Profesorado en Ciencias Jurídicas (2020): Nociones sobre las perspectivas jurídicas, Ficha de cátedra, Córdoba, Universidad Nacional de Córdoba.
- Sociedad Argentina de Pediatría, Subcomisiones, Comités y Grupos de Trabajo (2008): Consenso Nacional de Fibrosis Quística (<https://www.sap.org.ar/docs/profesionales/consensos/v106n5a12e.pdf>) (fecha de consulta: 01 de mayo de 2021).
- TANZI, Silvia Y. y PAPILLU, Juan M. (2018): Juicio de amparo en salud, Análisis bajo el Código Civil y Comercial de la Nación, Buenos Aires, Ed. Hammurabi.
- TOMEO, Fernando (2014): Redes sociales y tecnologías 2.0, Buenos Aires – Bogotá, Ed. Astrea.

EL DERECHO A LA SALUD DURANTE LA PANDEMIA POR COVID-19: SU TUTELA ESTATAL Y JUDICIAL. LA IMPOSTERGABLE COMPETENCIA CONCURRENTE

THE RIGHT TO HEALTH DURING THE COVID-19 PANDEMIC: ITS STATE AND JUDICIAL PROTECTION. THE URGENT CONCURRENT COMPETITION

Daniela Yannen Flores¹

DOI: [https://doi.org/10.37767/2591-3476\(2021\)20](https://doi.org/10.37767/2591-3476(2021)20)

Comentario a

Vilchez, Eric Camilo p.s.a. Violación de medidas sanitarias dispuestas por autoridad competente

Juzgado de Control en lo Penal Económico (ex Juzgado de Control núm. 1) Poder Judicial de la Provincia de Córdoba

Disponible en

<https://bit.ly/3znWEwk>

RESUMEN:

En el siguiente artículo, se analiza la causa "Vilchez, Eric Camilo p.s.a. Violación de medidas sanitarias dispuestas por autoridad competente" (Expte N° 9160972), con fecha 12 de mayo de 2020. En ella, el señor juez provincial resolvió respecto a la citación a juicio del imputado, quien fue encontrado transitando sin fundamento legal alguno por la vía pública y, por lo tanto, infringiendo las medidas sanitarias dispuestas por el Poder Ejecutivo Nacional tendientes a evitar la propagación de la epidemia del virus COVID-19; y en consecuencia, dispuso no hacer lugar a la solicitud de incompetencia material impetrada por el Sr. Asesor Letrado de 16° Turno, Dr. Diego Ortiz, y por lo tanto, confirmar la competencia de la justicia provincial en relación al hecho obrante en la plataforma fáctica de la causa, calificado como Violación a las normas sanitarias dispuestas por autoridad competente (art. 205, C. Penal). Asimismo, rechazó la nulidad articulada por el nombrado

¹ Abogada (UNC), Escribana (US21) y Diplomada en Cuestiones Procesales en el Derecho a la Salud (UBP). Se desempeña como Agente Judicial en la Secretaría Civil I de la Cámara Federal de Apelaciones de Córdoba. Mail: danielayflores@gmail.com. ORCID iD: <http://orcid.org/0000-0002-0305-3517>

defensor, respecto a la requisitoria fiscal de elevación a juicio obrante en las presentes actuaciones y finalmente declaró que no existe mérito suficiente para elevar a juicio ni para sobreseer al imputado como supuesto autor de los delitos de Violación de las normas sanitarias dispuestas por autoridad competente y Resistencia a la autoridad, en concurso real (arts. 45, 205, 239 y 55 del CP), remitiendo la causa a la Fiscalía de Instrucción de conformidad al artículo 358, 2º párrafo del CPP..

ABSTRACT

In the following article, the case “Vilchez, Eric Camilo p.s.a. Violation of sanitary measures ordered by the competent authority ”(File No. 9160972), dated May 12, 2020. In it, the provincial judge ruled regarding the summons in the judgment of the accused, who was found passing without any legal basis through the public highway and, therefore, violating the sanitary measures ordered by the National Executive Power aimed at preventing the spread of the COVID-19 virus epidemic; and consequently, it decided not to grant the request for material incompetence filed by Mr. Diego Ortiz, Legal Advisor of the 16th shift, and therefore, to confirm the jurisdiction of the provincial justice in relation to the act in the platform. factual nature of the case, classified as a violation of the sanitary regulations established by the competent authority (art. 205, Criminal Code). Likewise, it rejected the nullity articulated by the appointed defender, with respect to the prosecutorial request of elevation to trial in these proceedings and finally declared that there is not enough merit to bring to trial or to dismiss the accused as the alleged author of the crimes of Rape of the sanitary regulations established by the competent authority and Resistance to authority, in real competition (arts. 45, 205, 239 and 55 of the CP), referring the case to the Prosecutor's Office in accordance with art. 358, second paragraph of the CPP.

PALABRAS CLAVE: Emergencia sanitaria; Pandemia Covid-19; Competencia; Competencia concurrente; Derecho a la salud; Normas sanitarias.

KEY WORDS: Health emergency; Pandemic Covid-19; Competence; Concurrent competition; Right to health; Sanitary standards.

I. Introducción

El caso que nos involucra, “Vilchez, Eric Camilo p.s.a. Violación de medidas sanitarias dispuestas por autoridad competente” (Expte N° 9160972), con sentencia de fecha 12 de mayo de 2020, consiste en la elevación a juicio civil de un ciudadano argentino que, en plena restricción de circulación por la pandemia desatada por el nuevo coronavirus, se encontraba transitando por la vía publica sin justificación legal alguna. Arribados los autos a estudio del fiscal de turno, este reúne la documental tendiente a elevar la causa a juicio. Por su parte, el abogado defensor del acusado solicita la declaración de incompetencia material de la justicia provincial, al entender que corresponde al fuero de excepción federal, y a la vez, insta la nulidad absoluta del requerimiento fiscal de elevación a juicio, por resultar violatorio del derecho de defensa en juicio, y se opone al requerimiento fiscal, por considerar que no se encuentra reunido el mérito convictivo para disponer la elevación de la causa a juicio, ya que la conducta investigada deviene penalmente atípica.

Con fecha 12 de mayo de 2020, el juez provincial a cargo del Juzgado de Control en lo Penal Económico de la provincia de Córdoba se expidió en primer término, en favor de la competencia provincial, al considerar que la determinación respecto de si una causa es de competencia federal u ordinaria no siempre resulta una tarea automática y simple, en tanto se presentan casos en los que las normas no establecen quién debe intervenir. Además, agrega que no existe, en el ordenamiento jurídico nacional, una enumeración completa de todos los delitos previstos en la ley con la indicación respecto a la competencia federal u ordinaria, por lo que se trata de una tarea casuística, que requiere la valoración de los particulares elementos del caso con aplicación de las reglas y normas de competencia, sin que pueda dejarse de lado el fundamento histórico-político que sustenta la distinción entre tribunales federales y ordinarios, es decir, el federalismo.

Por otra parte, respecto al pedido de nulidad formulado por el abogado defensor, quien entendió que la requisitoria violentó el derecho de defensa de su defendido, el sentenciante se expidió de modo contrario, al entender que la requisitoria fiscal no ha vulnerado el derecho de defensa del imputado y que, por ello, debe ser rechazada la nulidad impetrada. En oportunidad de resolver sobre la oposición de la elevación a juicio planteada por el abogado defensor, quien consideró que no existía prueba suficiente para sostener que el hecho que conforma la base fáctica de la actuación haya tenido efectiva existencia histórica y por atipicidad, el sentenciante declaró la falta de mérito para acusar, en los términos del artículo 358, 2º párrafo del Código de Procedimiento Penal, y ordena la continuidad de la investigación, remitiendo las actuaciones a la Fiscalía de Instrucción.

II. Marco teórico: los Derechos Humanos implicados

El derecho a la salud es un derecho personalísimo y fundamental que tiene toda persona por su condición de tal, el cual se encuentra reconocido en la Constitución Nacional y en numerosos tratados internacionales que poseen jerarquía constitucional.

La crisis sanitaria mundial desencadenada por el virus COVID-19 no reconoce hasta el momento precedente alguno y su llegada modificó múltiples paradigmas alrededor del globo. Mientras avanzaba a una velocidad inusitada, se fueron tomando medidas para prevenir su propagación y lograr mitigar la denominada curva de contagios que saturaría el sistema de salud. En este contexto, la pandemia implicó enormes desafíos para los Estados, tanto en términos políticos como respecto de las políticas sanitarias que permitieron poner en marcha medidas de atención y contención urgentes y necesarias para proteger efectivamente a su población, acorde con el derecho internacional de los derechos humanos².

No obstante, sin ingresar al tratamiento de la jerarquía de los tratados internacionales, su mención deviene importante a los fines de enmarcar el presente estudio, ya que cobran en este momento una innegable relevancia, tanto para garantizar el derecho a la vida como el derecho a la salud, entendiéndose a este último como contrario a la enfermedad, o sea, como la preservación de un estado de bienestar al cual aspira toda persona para desarrollar su existencia. En tal sentido, al Estado le incumbe actuar³ respecto de

2 Véase: COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (10/04/2020): Resolución 1/2020. Disponible en: http://www.oas.org/es/cidh/SACROL_COVID19/documentos/resolucion01-2020_ilustrada.pdf

3 Véase: CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN (CSJN) (18/12/2003): "Asociación de Esclerosis Múltiple de Salta c/ Ministerio de Salud", DJ 2004-2, 173, LL 2004-D, 30, Fallos 326:4931 (del dictamen del Procurador General que la Corte hace suyo); CSJN (11/07/2006): "Floreancig, Andrea C. y otro por sí y en representación de su hijo menor H., L. E. c/ Estado Nacional", Fallos 329:2552, DJ 25/10/2006, 565 (del dictamen del Procurador Fiscal que la Corte hace suyo); Dictamen del procurador en CSJN (09/09/2008): "Nuñez de Zanetti, Mónica Viviana c/ FamyI Salud", Fallos 331:1987, LL 2008-F, 93.

estos derechos por su condición y facultades propias⁴.

Alrededor del mundo, se tomaron medidas de aislamiento colectivo con distintas características e impacto de acuerdo a cada país o región. En nuestro país, se dictaron los Decretos de Necesidad y Urgencia del Poder Ejecutivo Nacional 260/2020 y 297/2020, mediante los cuales se estableció el contenido de las restricciones aplicables a las libertades individuales en pos de evitar la propagación de la enfermedad.

En definitiva, lo dispuesto encuentra correlato con el artículo 99, inciso 3 de la Constitución Nacional, el cual versa que:

“El Presidente de la Nación tiene las siguientes atribuciones:

3. Participa de la formación de las leyes con arreglo a la Constitución, las promulga y hace publicar.

El Poder Ejecutivo no podrá en ningún caso bajo pena de nulidad absoluta e insana-ble, emitir disposiciones de carácter legislativo.

Solamente cuando circunstancias excepcionales hicieran imposible seguir los trámites ordinarios previstos por esta Constitución para la sanción de las leyes, y no se trate de normas que regulen materia penal, tributaria, electoral o de régimen de los partidos políticos, podrá dictar decretos por razones de necesidad y urgencia, los que serán decididos en acuerdo general de ministros que deberán refrendarlos, conjuntamente con el jefe de gabinete de ministros.

El jefe de gabinete de ministros personalmente y dentro de los diez días someterá la medida a consideración de la Comisión Bicameral Permanente, cuya composición deberá respetar la proporción de las representaciones políticas de cada Cámara. Esta comisión elevará su despacho en un plazo de diez días al plenario de cada Cámara para su expreso tratamiento, el que de inmediato considerarán las Cámaras. Una ley especial sancionada con la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara regulará el trámite y los alcances de la intervención del Congreso”.

El Poder Ejecutivo utiliza estas herramientas legales con carácter excepcional en ejercicio de un comportamiento orgánicamente delegado al Poder Legislativo. En el caso particular que nos ocupa, atento a la urgencia con la que se debía resolver y sin ser posible aguardar a que se inicie y finalice un debate dada la magnitud de las características que requería la situación, se hizo uso de esta facultad excepcional.

Así, mediante los decretos de necesidad y urgencia de referencia, se remite el accionar tanto de las fuerzas policiales y de seguridad como de todo funcionario al Código Penal y a sus figuras ya existentes (art. 205 y art. 239), y se establecen limitaciones a la libertad de circulación de la población.

II. Marco Normativo

A modo introductorio del presente acápite, cabe recordarse que el 11 de marzo de 2020 la Organización Mundial de la Salud (OMS) declaró el brote del nuevo coronavirus como

4 Según Rosatti: “(...) El constitucionalismo supone una decisión política de contenido jurídico que se expresa en la siguiente secuencia: El Estado es asumido como una institución que, originada en el instinto de sociabilidad o en la racionalidad de un contrato, actúa al servicio de la población y no al revés (es un medio o instrumento y no un fin en sí mismo); consecuentemente, el Estado no se considera desligado del Derecho sino que se sujeta al orden jurídico (Estado formal de Derecho); no se trata de cualquier orden jurídico sino de un orden que expresa valoraciones consensuadas; el orden jurídico se estructura formalmente como un sistema jerárquico en cuya cúspide están la Constitución; la Constitución contiene el reconocimiento de los derechos de la población con la efectiva posibilidad de reclamarlos y la organización política del Estado, sobre la base de la división de poderes, la participación ciudadana y la responsabilidad de los gobernantes (...)” (2017: 240).

pandemia debido a la cantidad de personas contagiadas a nivel mundial. En consonancia con ello, el Poder Ejecutivo Nacional, mediante el dictado de los DNU 260/20⁵ y 297/2020⁶, determinó la adopción de una serie de medidas para mitigar la propagación del virus teniendo en cuenta el impacto sanitario. Con el objeto de proteger la salud pública, se dispuso a través del DNU 260/2020 la ampliación de la emergencia sanitaria establecida por la Ley 27.541. A su vez, esta fue extendida mediante el DNU 167/2021⁷, hasta el 31 de diciembre del corriente año.

Por su parte, en el artículo 1° del Decreto 297/2020, se indica que: “A fin de proteger la salud pública, lo que constituye una obligación inalienable del Estado nacional, se establece para todas las personas que habitan en el país o se encuentren en él en forma temporaria, la medida de ‘aislamiento social, preventivo y obligatorio’ en los términos indicados en el presente decreto. La misma regirá desde el 20 hasta el 31 de marzo inclusive del corriente año, pudiéndose prorrogar este plazo por el tiempo que se considere necesario en atención a la situación epidemiológica”. También, el artículo 2 establece que: “Durante la vigencia del ‘aislamiento social, preventivo y obligatorio’, las personas deberán permanecer en sus residencias habituales o en la residencia en que se encuentren a las 00:00 horas del día 20 de marzo de 2020, momento de inicio de la medida dispuesta. Deberán abstenerse de concurrir a sus lugares de trabajo y no podrán desplazarse por rutas, vías y espacios públicos, todo ello con el fin de prevenir la circulación y el contagio del virus COVID-19 y la consiguiente afectación a la salud pública y los demás derechos subjetivos derivados, tales como la vida y la integridad física de las personas. Quienes se encuentren cumpliendo el aislamiento dispuesto en el artículo 1°, sólo podrán realizar desplazamientos mínimos e indispensables para aprovisionarse de artículos de limpieza, medicamentos y alimentos”.

A su vez, el artículo 3 de dicho plexo legal reza que: “El MINISTERIO DE SEGURIDAD dispondrá controles permanentes en rutas, vías y espacios públicos, accesos y demás lugares estratégicos que determine, en coordinación y en forma concurrente con sus pares de las jurisdicciones provinciales y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, para garantizar el cumplimiento del ‘aislamiento social, preventivo y obligatorio’, de las normas vigentes dispuestas en el marco de la emergencia sanitaria y de sus normas complementarias. Las autoridades de las demás jurisdicciones y organismos del sector público nacional, en el ámbito de sus competencias, y en coordinación y en forma concurrente con sus pares de las jurisdicciones provinciales y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, dispondrán procedimientos de fiscalización con la misma finalidad”.

Asimismo, en su artículo 4, dispone: “Cuando se constate la existencia de infracción al cumplimiento del ‘aislamiento social, preventivo y obligatorio’ o a otras normas dispuestas para la protección de la salud pública en el marco de la emergencia sanitaria, se procederá de inmediato a hacer cesar la conducta infractora y se dará actuación a la autoridad competente, en el marco de los artículos 205, 239 y concordantes del Código Penal. El MINISTERIO DE SEGURIDAD deberá disponer la inmediata detención de los vehículos que circulen en infracción a lo dispuesto en el presente decreto y procederá a su retención preventiva por el tiempo que resulte necesario, a fin de evitar el desplazamiento de los mismos, para salvaguarda de la salud pública y para evitar la propagación del virus”.

5 Del 12 de marzo de 2020, declara la Emergencia Sanitaria. Disponible en: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/335000-339999/335423/texact.htm>

6 Del 19 de marzo de 2020, establece el Aislamiento Social Preventivo y Obligatorio. Disponible en: <https://www.boletinoficial.gob.ar/detalleAviso/primera/227042/20200320>

7 Del 11 de marzo de 2021, prorroga la emergencia sanitaria. Disponible en: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/verNorma.do?id=347809>

Al respecto, corresponde destacar que el artículo 205 del Código Penal establece que: “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”.

A dichos efectos, teniendo en cuenta la dinámica que presenta la crisis sanitaria a nivel mundial y con el objeto de coordinar y aunar esfuerzos para afrontar las investigaciones criminales iniciadas por los hechos vinculados a la pandemia, se adoptó una serie de medidas tendientes a fortalecer la actuación de los organismos judiciales para proteger la salud pública en relación con el COVID-19, lo cual exige actuar con premura.

Así, la Procuración General de la Nación dictó las Resoluciones 18/20, 19/20, 20/20 y 23/20, entre otras, con las que se dio curso a una serie de decisiones concordantes con la evolución de la emergencia sanitaria. Particularmente, mediante la Resolución 27/2020 (B.O. 26/3/2020), el Procurador General de la Nación expresó que, en atención a lo resuelto por el Poder Ejecutivo, le corresponde al Ministerio Fiscal impulsar las medidas conducentes para lograr la efectividad de los procesos penales que se inicien respecto a los hechos de violación de la normativa nacional.

Asimismo, se suscribió el *Convenio Específico Complementario entre la Procuración General de la Nación, el Consejo de Procuradores Fiscales, Defensores y Asesores Generales de la República Argentina y el Consejo Federal de Política Criminal*⁸, donde los firmantes se comprometieron a coordinar políticas tendientes a resguardar la salud pública y lograr una persecución penal más efectiva de los hechos que vulneren la emergencia dispuesta por el Poder Ejecutivo y las medidas consecuentes para evitar la expansión del virus COVID-19. Específicamente, se estableció en dicho convenio que: “(...) en una actitud de racionalidad y compromiso institucional, acuerdan el trabajo conjunto de los Ministerios Públicos Provinciales y Federal en todo el territorio del país, a efectos de optimizar los recursos humanos y la infraestructura de los mismos (...)”.

Por otra parte, los fiscales federales de la provincia de Córdoba suscribieron un “Protocolo de Actuación” (Federico, 2020), donde se determina que los operativos llevados a cabo por las fuerzas de seguridad nacionales (Gendarmería, Policía Federal y Policía de Seguridad Aeroportuaria) son de competencia federal; y que los procedimientos ejecutados por la Policía de Córdoba y la Fuerza Policial Antinarcostráfico (narcomenudeo, que también colabora ante el COVID-19), corresponden al fuero ordinario.

Establecido el marco normativo y el encuadramiento de la situación sanitaria actual, es necesario destacar que con ello se pretende la protección de la salud pública, derecho que es preservado tanto por la nación como por las provincias.

III. Cuestiones de competencia. La interpretación de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en los casos de competencias concurrentes

Del estudio integral de la causa, se observa que el juez manifiesta la importancia del derecho a la salud y, también, expone que la norma penal que protege la salud pública (art. 205 del CP) demuestra la concurrencia de su entendimiento tanto en el ámbito federal como provincial; concurrencia que acontece atento al derecho implicado en la materia. Asimismo, entendió la concurrencia de este en la órbita federal y provincial, atento a que la norma penal protege la salud pública, pero que a su juicio es eminentemente pro-

8 Disponible en: <https://www.mpf.gob.ar/covid/files/2020/04/PGN-0028-2020-001.pdf>

vincial, análisis que se corresponde con lo resuelto por el Máximo Tribunal en “Nobleza Piccardo Nobleza Piccardo SAIC y F c. Santa Fe, Provincia de s/ acción declarativa de inconstitucionalidad”, de fecha 27 de octubre de 2015. Por su parte, al rechazar el planteo de nulidad, hizo hincapié en la adecuación que realizó el Poder Judicial, el cual como servicio esencial se ajustó rápidamente a los requerimientos que esta crisis sanitaria contrajo, por lo que entendió que los argumentos vertidos por la parte en relación con su imposibilidad de acceder a la causa física no son motivo alguno para hacer lugar a lo peticionado, más aún al considerar que la requisitoria fiscal no ha vulnerado el derecho de defensa del imputado.

Ahora bien, aun cuando se observe que tuvo la intención de proteger la actividad jurisdiccional como así también el derecho a la salud pública, esto no fue óbice para que el sentenciante resuelva que, respecto al requerimiento de elevación a juicio, no existía prueba suficiente para sostener que el hecho que conforma la base fáctica de la acusación haya tenido efectiva atipicidad.

Lucen relevantes, en la causa, las cuestiones de competencia analizadas, ya que el sentenciante rechazó el planteo de incompetencia deducido por la parte demandada al entender que corresponde la intervención de la Justicia Provincial. Al respecto, sostuvo que: “(...) la determinación relativa a si una causa es de competencia federal u ordinaria no siempre resulta una tarea automática y simple, en tanto se presentan casos en los que las normas no establecen quién debe intervenir, al tiempo que no existe en el ordenamiento jurídico nacional una enumeración completa de todos los delitos previstos en la ley con la indicación respectiva de la competencia federal u ordinaria, se trata por ello de una tarea casuística, que requiere la valoración de los particulares elementos del caso con aplicación de las reglas y normas de competencia; sin que pueda dejarse de lado el fundamento histórico-político que sustenta la distinción entre tribunales federales y ordinarios: el federalismo. En aquel cometido, debemos recordar que la determinación de la competencia federal en razón de la materia es efectuada por la C.N. y las leyes nacionales, las que la fijan en los siguientes casos: causas especialmente regidas por la C.N.; causas especialmente regidas por las leyes del Congreso de la Nación y que no están comprendidas en las materias que corresponden a los códigos civil, comercial, penal, de minería, del trabajo y de la seguridad social (art. 75, inc. 12 de la CN), causas especialmente regidas por los tratados con las naciones extranjeras y causas de almirantazgo y jurisdicción marítima. A su vez, el artículo 3 de la Ley 48 especifica casos penales en los que corresponde actuar la justicia federal y específicamente el inc. 5 de aquel artículo hace alusión a delitos previstos por el código penal, además de algunas otras normas que lo estipulan específicamente (...)”.

Entonces, como sostiene el sentenciante, si bien la determinación relativa a si una causa es de competencia federal u ordinaria no siempre resulta una tarea automática y simple, ello por cuanto existe casos en los que no se establece quien debe intervenir ni existe en el ordenamiento nacional una enumeración acabada de todos los delitos previstos en la ley con una indicación específica respecto a la competencia federal u ordinaria, lo que necesariamente requiere del análisis en concreto de cada caso.

Por ello, se puede decir que existen dos principios rectores que marcan la división de competencias entre los distintos niveles estatales. El primero de ellos es el de la residualidad de las competencias provinciales y está demarcado por el artículo 121 de la Cons-

titución Nacional, donde se expresa que "(...) las provincias conservan todo el poder no delegado por esta constitución al gobierno federal, y el que expresamente se hayan reservado por pactos especiales al momento de su incorporación (...)", es decir, que conservan todas las facultades que no hayan delegado expresamente. En este orden de ideas, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en la causa "Nobleza Piccardo S, reiteró que el artículo 121 de la Constitución Nacional "(...) reconoce que las provincias conservan su soberanía absoluta en todo lo relativo a los poderes no delegados a la nación, principio del cual se deduce que a ellas corresponde exclusivamente darse leyes de policía y, en general, todas las que juzguen conducentes a su bienestar y prosperidad sin más limitaciones que las enumeradas en el art. 126 de la Constitución Nacional y la razonabilidad, que es requisito de todo acto legítimo (...)"

Por otra parte, el segundo principio se encuentra vinculado con la denominada taxatividad de las competencias federales, regulada en el artículo 126 de la Constitución Nacional, que establece que "(...) las provincias no pueden ejercer el poder delegado a la Nación" y, por tanto, el Gobierno federal solo podrá ejercer las taxativamente delegadas.

La competencia federal, por su parte, está definida en el artículo 75 de la Constitución Nacional que fija las facultades del Poder Legislativo Nacional; el artículo 99 delimita las del Poder Ejecutivo Nacional, y los artículos 116 y 117 establecen lo relativo a la competencia del Poder Judicial Federal. Al mismo tiempo, rige el principio de taxatividad del artículo 126, marcando nuevamente los campos que son de sola competencia del Estado nacional (Garganella y Guidi, 2016: 260-261).

Ahora bien, en este marco, hay una tercera categoría de facultades distintas a las anteriores que entiende que existen competencias comunes entre el Estado federal y las provincias. Entre ellas, se encuentran las expresamente reconocidas en los artículos 41 y 75, incisos 12, 17 y 18 de la Constitución Nacional⁹.

Deviene relevante traer esto a colación, ya que a pesar de que el juez entendió que, para el caso, la competencia es provincial, dicha forma de resolver fue asumida también por los jueces federales, quienes sopesaron, con argumentos a favor de la competencia federal, su intervención en las causas en donde se encontrara violentado el derecho a la salud receptado en el artículo 205 del Código Penal, el cual versa que: "Será reprimido con pri-

9 Artículo 41.- Todos los habitantes gozan del derecho a un ambiente sano, equilibrado, apto para el desarrollo humano y para que las actividades productivas satisfagan las necesidades presentes sin comprometer las de las generaciones futuras; y tienen el deber de preservarlo. El daño ambiental generará prioritariamente la obligación de recomponer, según lo establezca la ley.

Las autoridades proveerán a la protección de este derecho, a la utilización racional de los recursos naturales, a la preservación del patrimonio natural y cultural y de la diversidad biológica, y a la información y educación ambientales.

Corresponde a la Nación dictar las normas que contengan los presupuestos mínimos de protección, y a las provincias, las necesarias para complementarlas, sin que aquéllas alteren las jurisdicciones locales.

Se prohíbe el ingreso al territorio nacional de residuos actual o potencialmente peligrosos, y de los radiactivos.

Artículo 75.- Corresponde al Congreso: (...) 12. Dictar los Códigos Civil, Comercial, Penal, de Minería, y del Trabajo y Seguridad Social, en cuerpos unificados o separados, sin que tales códigos alteren las jurisdicciones locales, correspondiendo su aplicación a los tribunales federales o provinciales, según que las cosas o las personas cayeren bajo sus respectivas jurisdicciones; y especialmente leyes generales para toda la Nación sobre naturalización y nacionalidad, con sujeción al principio de nacionalidad natural y por opción en beneficio de la argentina; así como sobre bancarrotas, sobre falsificación de la moneda corriente y documentos públicos del Estado, y las que requiera el establecimiento del juicio por jurados. (...) 17. Reconocer la preexistencia étnica y cultural de los pueblos indígenas argentinos. Garantizar el respeto a su identidad y el derecho a una educación bilingüe e intercultural; reconocer la personería Jurídica de sus comunidades, y la posesión y propiedad comunitarias de las tierras que tradicionalmente ocupan; y regular la entrega de otras aptas y suficientes para el desarrollo humano; ninguna de ellas será enajenable, transmisible ni susceptible de gravámenes o embargos. Asegurar su participación en la gestión referida a sus recursos naturales y a los demás intereses que los afecten. Las provincias pueden ejercer concurrentemente estas atribuciones. 18. Proveer lo conducente a la prosperidad del país, al adelanto y bienestar de todas las provincias, y al progreso de la ilustración, dictando planes de instrucción general y universitaria, y promoviendo la industria, la inmigración, la construcción de ferrocarriles y canales navegables, la colonización de tierras de propiedad nacional, la introducción y establecimiento de nuevas industrias, la importación de capitales extranjeros y la exploración de los ríos interiores, por leyes protectoras de estos fines y por concesiones temporales de privilegios y recompensas de estímulo.

sión 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”.

Con lo cual, resulta importante destacar que el Máximo Tribunal ha ido ampliando la existencia de facultades concurrentes, y aunque de alguna manera estas implican alejarse del ideal vinculado al autogobierno colectivo local, también se acercan al cumplimiento de ciertos estándares de derechos con la idea de asegurar la igualdad. El propio Carnota (2011) entiende que se trata de un área gris y difusa, en donde regulan un mismo tema la nación y las provincias. Aquí, “pueden producirse serios conflictos interjurisdiccionales, que a veces es zanjado por el legislador federal con el criterio de la ‘ley más favorable’” (Carnota, 2011: 423).

En la causa “Verbitsky, Horacio s/ habeas corpus” (V.856.XXXVIII), con fecha del 3 de mayo de 2005, la Corte Suprema de Justicia de la Nación entendió que “(...) Si bien no cabe duda de que los códigos procesales son materia de legislación provincial en función de la cláusula residual, la existencia de disposiciones procesales en el Código Penal y la facultad del Congreso Nacional para dictar las leyes que requiera el establecimiento del juicio por jurados, parecen indicar que el Estado Federal ejerce cierto grado de legislación y orientación en materia procesal, con el fin de lograr un mínimo equilibrio legislativo que garantice un estándar de igualdad ante la ley (...) lo cierto es que si bien no puede llevarse la simetría legislativa hasta el extremo de exigir una completa igualdad para todos los procesados del país, la desigualdad tampoco puede extremar las situaciones hasta hacer que el principio federal cancele por completo el derecho a la igualdad ante la ley, pues un principio constitucional no puede borrar o eliminar otro de igual jerarquía (...)”.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación analizó este tema en la causa “Sánchez Norma Rosa c. Estado Nacional y otro s/ amparo” (Fallo: 331:2135), donde sostuvo que “(...) el Tribunal ha dejado bien en claro que las obligaciones que incumben a la Nación en materia sanitaria no son exclusivas ni excluyentes de las que competen a sus unidades políticas en sus esferas de actuación, sino que, en estados de estructura federal, pesan sobre ellas responsabilidades semejantes, que también se proyectan sobre las entidades públicas y privadas que se desenvuelven en este ámbito (doctrina de Fallos: 321:1684; 323:1339, 3229; 324:745, voto de los jueces Belluscio y Fayt, y 3569; 328:1708)”. De lo contrario, las leyes sancionadas en la materia no dejarían de ser sino enfáticas enumeraciones programáticas vacías de operatividad.

Asimismo, en la causa “I.C.F. c. Pcia. de Buenos Aires s/ amparo” (Fallo: 328:4640), dicha Corte entendió que “(...) resulta evidente que las obligaciones emergentes del marco normativo examinado imponen a las autoridades locales el deber de articular un mecanismo eficaz para encauzar la entrega de los medicamentos que le fueron recetados a la actora como consecuencia de su enfermedad psiquiátrica, sin que ello implique desconocer el deber de coordinación con el Estado Nacional —mediante el Ministerio de Salud— el que debe acudir en forma subsidiaria, de manera de no frustrar los derechos de la amparista (...)”.

Por otro lado, también se expidió en las causas “Obra Social Bancaria Argentina c. Santa Fe, Provincia de s/ acción declarativa de inconstitucionalidad” y “Confederación Indígena de Neuquén c. Provincia del Neuquén s/ acción de inconstitucionalidad”. En la primera, la Corte entendió respecto a la competencia en relación con los beneficios de la seguridad

social, donde consideró que no importaba el reconocimiento de facultades concurrentes de la nación y las provincias sin que pueda admitirse que la Constitución las haya centralizado exclusivamente en el Gobierno nacional. Asimismo, expuso que "(...) no cabe desconocer la atribución de las provincias de crear, conforme al principio que emana del art. 105 (actual art. 122) de la Constitución Nacional, sistemas de esa índole para los agentes de su administración pública, sin que el inc. 11 del art. 67 (actual inc. 12 del art. 75) de la Ley Suprema —máxime correlacionado con el texto no modificado del art. 108 (actual art. 126)— relativo al dictado de un código de seguridad social por el legislador nacional, signifique una delegación exclusiva y excluyente en favor del Gobierno central, dado que la armonización de las diversas cláusulas constitucionales exige, por la igual imperatividad de sus preceptos, tener presente lo estatuido en el art. 14 nuevo que, en cuanto al vocablo 'Estado' se refiere a ambas órbitas de gobierno". También, entendió que "(...) el ejercicio correcto de esas facultades no implica enervar los ámbitos de actuación, cooperación y funcionalidad en una materia común de incumbencia compartida, como es el caso de la seguridad social. En ese marco deben preservarse seriamente las facultades inherentes de la administración provincial, en mérito al compromiso constitucional que exige conservar y vigorizar el federalismo; reconociendo y haciendo efectivo el poder de las provincias para gobernarse por sí mismas, y para reglar, en todo lo no delegado a la Nación, cuanto concierne a su régimen, proceso y bienestar".

Por su parte, en "Confederación Indígena de Neuquén", al verse obligada a analizar el alcance de las facultades concurrentes provinciales y nacionales en relación con los derechos de los pueblos originarios (conforme el art. 675, inc. 17 de la CN), la Corte siguió su línea interpretativa y asumió que la división de competencias presenta, desde sus orígenes, el problema de la definición de las fronteras de la competencia, cuyo alcance e interpretación eran cuestionados en el caso. Al respecto, los jueces no tuvieron dudas en cuanto existían atribuciones concurrentes entre la nación y las provincias vinculadas al reconocimiento de la personería jurídica de las comunidades indígenas y su pertinente inscripción registral. Se agregó que tanto la nación como las provincias tienen la competencia suficiente de reglamentación en materia de derechos de los pueblos originarios en sus respectivas jurisdicciones, siempre que ello no implique por parte de los Estados provinciales una contradicción o disminución de los estándares establecidos en el orden normativo federal. Por último, el Máximo Tribunal asentó que el adecuado respeto al régimen federal de gobierno impone a los Estados locales, a la hora de ejercer su potestad legisferante y reglamentaria, reconocer y aceptar los respectivos estándares de referencia fijados a nivel normativo federal, cuyas disposiciones constituyen una guía de contenidos mínimos a tener en cuenta por todas las provincias que integran el Estado argentino.

En este marco, si bien puede resultar confuso que cada jurisdicción actúe sobre los mismos hechos, la propia Corte afirmó que "(...) las obligaciones que atañen a la Nación en materia sanitaria no son exclusivas ni excluyentes de las que competen a sus unidades políticas en sus esferas de actuación sino que, en estados de estructura federal, pesan sobre ellas responsabilidades semejantes, que también se proyectan sobre las entidades públicas y privadas que se desenvuelven en este ámbito, ya que de lo contrario, las leyes sancionadas en la materia no dejarían de ser sino enfáticas enumeraciones programáticas vacías de operatividad (...)"¹⁰ (sin cursivas en el original).

10 CSJN (27/10/2015): "Nobleza Piccardo S.A.I.C. y F. C/ Santa Fe, Provincia de s/ acción de inconstitucionalidad" (188/2006), considerando 13.

Como consecuencia de lo expuesto, puede entenderse que bien se ha dicho que “(...) la función más importante de esta Corte consiste en interpretar la Constitución de modo que el ejercicio de la autoridad nacional y provincial se desenvuelva armoniosamente, evitando interferencias o roces susceptibles de acrecentar los poderes del gobierno central en detrimento de las facultades provinciales y viceversa (...)”¹¹; motivo por el cual, del logro de ese equilibrio debe resultar la unidad entre lo federal y lo provincial.

En relación con ello, en la causa que aquí se comenta, el juez entendió que, a pesar de que el bien tutelado es la salud pública —por lo que resulta posible pensar que existe un interés del Estado nacional en la custodia de dicho bien—, en la prevención del flagelo, como así también en la represión de los hechos delictivos relacionados al incumplimiento de las medidas preventivas, “(...) esto no convierte a la Salud Pública en un bien cuya tutela sea de incumbencia exclusiva de la Nación, sino más bien se trata (Capítulo IV del Título VII del Libro Segundo del Código Penal) de un interés compartido, concurrente con Provincia y Municipio (...)”.

En la dinámica de la distribución de competencias en este ámbito y entre ambas jurisdicciones, la tendencia que prevalece es la del abandono de la técnica de separación absoluta de aquellas entre el Estado central y los Estados miembros (competencias exclusivas), para afianzar el esquema de las competencias compartidas o concurrentes. Por ello, es que, tal como lo sostiene el juzgador, el derecho a la salud no es exclusivamente federal, sino concurrente con el derecho público local.

Asimismo, se observa que también se encuentra bajo análisis el principio de libertad personal, el cual cuenta con plena tutela¹², ya que en palabras de Alberdi: “escritos o no, hollados o respetados, se pueden reputar principios conquistados para siempre por la revolución republicana y esculpidos en la conciencia de las poblaciones, los siguientes (...) la libertad de su persona, la inviolabilidad de la vida, de la casa, de la dignidad” (1998: 55).

Bajo este parámetro, las libertades civiles pueden estar sujetas a restricciones y regulaciones que deben ser razonables en relación con su objeto y adoptadas en interés de la comunidad, ya que no sería válido constitucionalmente si a través de disposiciones arbitrarias, se pudiera subvertir la noción de esas libertades.

IV. Conclusiones

En definitiva, se vislumbra cómo en el caso se involucran valores centrales de nuestra Constitución Nacional, como lo son la protección de la libertad y de los derechos humanos, en general, pero particularmente el de la salud en las circunstancias de excepción que implica la pandemia por el COVID-19, la cual justificó un tratamiento especial por parte del Poder Ejecutivo, Legislativo y Judicial.

Tal es así que la Corte Interamericana de Derechos Humanos, con fecha 9 de abril de 2020, emitió una declaración titulada “COVID-19 y Derechos Humanos: Los problemas y desafíos deben ser abordados con perspectiva de Derechos Humanos y respetando las obligaciones internacionales”, a fin de instar a que la adopción e implementación de medidas, dentro de la estrategia y esfuerzos que los Estados parte de la Convención Ame-

11 CSJN (1985): “Marwick S.A. v. Provincia de Misiones”.

12 Véase: Fallo 306:1752, voto del juez Petracchi, considerando 5.

ricana sobre Derechos Humanos están llevando adelante para abordar y contener esta situación que concierne a la vida y a salud pública, se efectúen en el marco del Estado de Derecho con el pleno respeto a los instrumentos interamericanos de protección de los derechos humanos y los estándares desarrollados en la jurisprudencia de ese tribunal. En dicho documento, concretamente, consideró que:

“Todas aquellas medidas que los Estados adopten para hacer frente a esta pandemia y 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”.

La lógica de la temática analizada en la causa permite vislumbrar que el accionar de los organismos judiciales respecto a la competencia encuentra asidero en el criterio que asumió la Corte Suprema a lo largo de los años, incluso, el planteo respecto de la intervención de una u otra jurisdicción. Si bien contrae conflictos a la hora de la interposición de una causa, también significa un avance y efectividad al momento de analizar cada caso en concreto.

Al respecto, el sistema argentino presupone una demarcación entre las competencias de la justicia federal y la provincial y que, aun cuando existan competencias exclusivas como delegadas y concurrentes, también se observa que existen fricciones que de algún modo obligan a coordinar acciones para determinar, con los parámetros constitucionales e internacionales, la combinación de estas competencias y el entendimiento de una u otra de acuerdo al derecho involucrado.

Ello obra en lo trabajado por los organismos judiciales, y si bien, en el caso que nos ocupa, no se destacó qué fuerza de seguridad —provincial o federal— accionó en primera instancia, circunstancia que ha sido analizada de igual manera en las últimas resoluciones dictadas por los tribunales federales¹³, se identificó a la provincia como órgano competente para entender en el caso.

Ahora bien, aun cuando la Corte no se haya expedido específicamente en este contexto en relación con la competencia, recientemente, en la causa “Petcoff Naidenoff, Luis s/ incidente de inhibitoria”, de fecha 22 de febrero de 2021, a pesar de encontrarse involucrado un conflicto positivo de competencia entre la justicia federal y la justicia provincial de Formosa, difirió su tratamiento y entendió que “(...) no existe óbice para que esta Corte, antes de resolver la competencia del caso —una vez que se emita el correspondiente dictamen fiscal necesario en los términos del artículo 2º, inciso f, de la ley 27.148—, adopte las medidas imprescindibles que resulten idóneas para asegurar la vigencia de los principios constitucionales y de las obligaciones internacionales asumidas por la República Argentina (...)”.

En definitiva, el caso bajo análisis tuvo en cuenta los criterios de competencia en razón de la materia, el derecho involucrado como así también la jurisprudencia de la Corte

13 Véase: CÁMARA FEDERAL DE APELACIONES DE LA PROVINCIA DE CÓRDOBA, en autos “Díaz, Marcelo Roberto; Díaz, Mario Alberto; Díaz, Eduardo Martín; Cepeda, Ramón Alejandro y Alarcón, Jorge Alberto s/ Violación de Medidas – Propagación de Epidemia (Art. 205 C.P.)” (Expte. No FCB 4764/2020/CA1), sentencia de fecha 14 de julio de 2020 y “Alisiardi, Facundo Nahuel s/ Violación de Medidas – Propagación de Epidemia (Art. 205 C.P.)” (Expediente N° FCB 5381/2020/CA1), sentencia de fecha 21 de julio de 2020.

Suprema de Justicia de la Nación en la materia, lo que contribuyó a que, a su entender, corresponda la actuación de la justicia ordinaria de la provincia de Córdoba.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Alberdi, J. B. (1998). *Obras Completas de Juan Bautista Alberdi*. Tomo V. Buenos Aires: La Tribuna Nacional.
- Carnota, W. F. (2011). El derecho a la salud en el constitucionalismo provincial argentino. *Revista Jurídica (UCES)*, 15, 418-442. Disponible en: dspace.uces.edu.ar:8180/xmlui/bitstream/handle/123456789/1412/Derecho_Salud_Carnota.pdf?sequence=1
- Federico, Juan. (2020). Violar la cuarentena también es un delito federal. *La voz del interior*, 04-06-2020. Disponible en: <https://www.lavoz.com.ar/sucesos/violar-cuarentena-tambien-es-un-delito-federal/>
- Garganella, R. y Guidi, S. (2016) *Comentarios de la Constitución de la Nación Argentina. Jurisprudencia y Doctrina: una mirada Igualitaria*. Tomo I. Buenos Aires: Thomson Reuters La Ley.
- Rosatti, H. (2017). *Tratado de Derecho Constitucional*. Tomo I y II. Buenos Aires: Rubinzal- Culzoni.

RESTRICCIÓN A LA CAPACIDAD Y REVISIÓN DE LA DECISIÓN JUDICIAL: RESPONSABILIDAD DEL ESTADO

RESTRICTION ON THE CAPACITY AND REVIEW OF THE JUDICIAL DECISION: RESPONSIBILITY OF THE STATE

Stefania Melisa Cuello¹

DOI: [https://doi.org/10.37767/2591-3476\(2021\)21](https://doi.org/10.37767/2591-3476(2021)21)

Comentario a

CP. E. R. c/ S. F. N. – Ordinario - Decreto de fecha 10/08/2020

Juzgado en lo Civil y Comercial, de Conciliación y Familia de 1º Nominación de la Ciudad de Cosquín (Poder Judicial de la Provincia de Córdoba)

Disponible en

<https://bit.ly/38x7EMd>

RESUMEN:

En el presente comentario se plantea la obligación del Estado de revisar las resoluciones de limitación de capacidad de las personas en un máximo de 3 años, según el art. 40 del Código Civil y Comercial de la Nación (en adelante C.C.C.N.) y los pactos internacionales. Se resalta también la responsabilidad del Estado, tanto a nivel nacional como a nivel internacional en lo referente a la prevención de sentencias contra Argentina que implican a posteriori erogaciones de fondos públicos que podrían ser dirigidos con fines preventivos a dichas sanciones.

Se busca poner de relieve y generar un estado de alerta a todos los operadores jurídicos y sus auxiliares en su actuar diligente y de buena fe en los cargos que se desempeñan.

Planteamiento de la rutinaria revisión de las limitaciones de capacidad que cada juzgado tenga en trámite.

ABSTRACT

The present comment reflects the obligatory nature of the State to check the resolutions on the limitation of capacity of individuals over a maximum period of 3 years, according to art. 40 in the CCCN (The Civil and Commercial Code of Argentina) and international agreements (Art. 75 sec.22).

¹ Abogada (Universidad Nacional de Río Cuarto) – Escribana (Universidad Siglo 21) – Magister en Arbitraje internacional y de Inversiones (Universidad de Alcalá de Henares) – Magister en Derecho Procesal (Universidad Siglo 21), mail: stefaniacuello@gmail.com, Nro. de ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-6600-2277>

The responsibility of the State is very important in preventing sentences against Argentina that lead to emoluments which could be aimed at preventive purposes of such sanctions. It is a call to attention to all legal practitioners and their assistants to act diligently and in good faith.

PALABRAS CLAVE: Capacidad de derecho; Revisión de la decisión; Competencia; Responsabilidad del Estado; Tratados internacionales.

KEY WORDS: Limitation of capacity; Check; Competence; Responsibility of the State; International agreements.

I. Introducción - Planteo del caso

El actor (en adelante P.E.R.), demanda la nulidad o readecuación del contrato que celebró en Santa María de Punilla ante el tribunal situado en la localidad de Cosquín, denunciando su domicilio real en Alta Gracia.

El actor se trata de una persona que había sido limitada en su capacidad de hecho, incluso habiéndose nombrado a su madre como curadora quien al momento de la demanda instaurada se encontraba fallecida.

Debe resaltarse, que el trámite de restricción de la capacidad se produjo bajo los lineamientos del Código Velezano en el año 1999² por un tribunal de primera instancia de la ciudad de Córdoba.

Produce cierto estado de alerta el hecho de que la persona declarada incapaz haya instaurado una demanda de nulidad, y que además su abogado presentó un poder general para la tramitación del juicio ante el Tribunal considerado competente para dictaminar acerca de la esgrimida nulidad contractual.

La demanda de nulidad y/o readecuación contractual promovida por P. E.R., se interpone ante el juez de la localidad de Cosquín quien se declara incompetente debido al domicilio real declarado en el líbello introductorio (localidad de Alta Gracia) y por considerar al actor una persona con posible carácter de vulnerabilidad según las Reglas de Brasilia y la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad -Ley 26.378-, remitiendo en consecuencia las actuaciones al tribunal del domicilio real denunciado por el actor.

I. Aclaraciones previas.

En el presente artículo no pretendo hacer un análisis exhaustivo del avance de la legislación en materia de incapacidad ni practicar observaciones a los pactos internacionales que complementan la regulación local al respecto, de lo cual considero que existe abundante material al alcance del lector.

Por el contrario el norte es lograr una crítica constructiva al sistema normativo que no es coherente con la realidad del país tercermundista que nos toca transitar y poner en alerta

² Juzgado de Primera Instancia y 35a Nominación de la ciudad de Córdoba

a los integrantes del Poder Judicial, quienes deben estar atentos al cumplimiento de las funciones que le han sido atribuidas para así conseguir la efectiva protección de los derechos de las personas vulnerables.

Además es importante traer a esta reflexión al Poder Ejecutivo, quien es el que debe proveer de fondos y recursos (humanos, económicos y edilicios) para estar a la altura de los tratados internacionales a los cuales se ha sometido la República.

II. Restricción a la capacidad de las personas.

En el sistema del C.C.C.N. se optó por el cambio de paradigma biologista y patrimonial del sujeto a un modelo social de la discapacidad (Avellaneda, 2018).

De esta manera el enfoque se centra en la persona vulnerable de forma global insistiendo en su integración en el núcleo familiar y en la sociedad, en su contemplación como persona autónoma (en la medida de lo posible), donde no sea objeto de discriminación y se respete su dignidad humana. Ello ha sido plasmado en la legislación fondal como la presunción de la capacidad de la persona como regla³ y su limitación como excepción.

El régimen de la capacidad de las personas y el derecho al acceso a la justicia de las personas vulnerables se encuentra reglamentado a nivel local - ley 9848-, nacional - Ley 26657- e internacional⁴.

Pero de nada sirve tener las mejores y más novedosas normas a nivel internacional si en la práctica los tribunales no atienden a las necesidades de la sociedad principalmente por falta de recursos que deberían ser brindados por el mismo Estado para cumplir la función que les atribuyó.

Es hora de que Argentina deje de dilapidar sus recursos económicos como consecuencia de la responsabilidad internacional que genera con su acción u omisión y empiece a invertir dichos fondos en las medidas preventivas de esas sanciones, lo cual se logra nada más ni nada menos que cumpliendo la legislación interna y la internacional que se ha adoptado como tal.

Por otro costado pretendo hacer un llamado a la responsabilidad profesional de los abogados intervinientes. Como se verá en este caso, el presunto incapaz presenta junto al profesional una carta poder de carácter general para poder llevar a cabo el juicio de readecuación o nulidad contractual, mientras que en la propia demanda el letrado relata aspectos físicos y psicológicos acerca de su cliente, apuntando de forma expresa circunstancias suficientes para considerar que dicha persona no se encuentra con la capacidad necesaria para poder dirigir sus actos ni mucho menos una acción judicial.

Por último, una simple reflexión sobre las Asesorías letradas las cuales se encuentran desatendidas y desbordadas por los requerimientos de una sociedad cada vez más demandante por la situación de crisis económica mundial que transitamos -aunque no actual-, pero que no es ajena a los deberes del control de las sentencias dictadas en relación a la capacidad de las personas, al igual que los Tribunales de las cuales emanaron.

3 Art. 31 inc. a del CCCN

4 Reglas De Brasilia Sobre Acceso A La Justicia De Las Personas En Condición De Vulnerabilidad; Convención Sobre Los Derechos De Las Personas Con Discapacidad, Convención Interamericana Para La Eliminación De Todas Las Formas De Discriminación Contra Las Personas Con Discapacidad.

Delinear un control estricto y periódico de cada una de las personas vulnerables que han llegado lamentablemente a un estrado judicial es bastante utópico, pero es a lo que los representantes del Estado se han comprometido al firmar y ratificar los pactos internacionales. Sin mencionar las propias normas locales, las cuales parecen dibujar una panacea sobre los escasos recursos que poseen los auxiliares administrativos y funcionarios del Poder Judicial para poder apalear una realidad cada vez más dura.

III. El caso particular.

1. Revisión de la restricción de la capacidad de las personas.

La revisión judicial de la declaración de incapacidad de las personas no es creación del legislador de la ley 26.994. Ya en el código Velezano en su Art. 152 ter⁵ se hacía presente que las declaraciones de inhabilitación o incapacidad no podían extenderse por más de tres años, respetando la autonomía de la voluntad del individuo en lo máximo posible.

En cambio, si es una novedad que la revisión en cuestión revista el carácter de **obligatoria** y cada vez que el interesado lo requiera **o en un plazo máximo de 3 años**⁶.

Es novedoso el tiempo establecido de modo genérico, cuestión que no se repite en la legislación internacional, pero es importante señalar que es una obligación asumida en la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (Seda, 2018), aunque esta última no fije plazos automáticos.

Esta **obligación** queda a cargo de los **apoyos designados, juez interviniente** – quién dictó la sentencia de limitación de la capacidad - o **Asesores Letrados**, como ampliaré seguidamente. Para la persona limitada en su capacidad, es un derecho que posee el solicitar dicha revisión cuando lo considere pertinente junto con sus auxiliares técnicos y complementarios.

Esta nueva legislación del C.C.C.N., no hace más que reconocer los instrumentos internacionales firmados y ratificados por la República Argentina, como son la Convención Americana sobre Derechos Humanos (1984), Convención Interamericana para la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad – CIEDPD- (2000), la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (2008) y las Reglas De Brasilia sobre acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad.

Las personas con algún grado de discapacidad son categorizadas a partir de las Reglas de Brasilia como *personas en situación de vulnerabilidad*. Ello conlleva de forma directa a un cuidado y atención especial en los procedimientos legales donde se encuentre inmersa una persona que sufra algún tipo de discapacidad o limitación en sus facultades.

“1.- Concepto de las personas en situación de vulnerabilidad: Se consideran en condición de vulnerabilidad 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

5 Artículo 152 ter Código Velezano: Las declaraciones judiciales de inhabilitación o incapacidad deberán fundarse en un examen de facultativos conformado por evaluaciones interdisciplinarias. No podrán extenderse por más de TRES (3) años y deberán especificar las funciones y actos que se limitan, procurando que la afectación de la autonomía personal sea la menor posible.

6 ARTICULO 40 CCCN.- Revisión. La revisión de la sentencia declarativa puede tener lugar en cualquier momento, a instancias del interesado. En el supuesto previsto en el artículo 32, la sentencia debe ser revisada por el juez en un plazo no superior a tres años, sobre la base de nuevos dictámenes interdisciplinarios y mediando la audiencia personal con el interesado.

*reconocidos por el ordenamiento jurídico”.*⁷

Por otra parte, nuestra Constitución Nacional en su Art. 75 inc. 23 identifica a los derechos humanos de tercera generación, la cual identifica a grupos de personas vulnerables integrados por niños, mujeres, adultos mayores y personas con discapacidad, quienes merecen que se les garantice la igualdad real de oportunidades y trato, el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta y por los tratados internacionales vigentes sobre Derechos Humanos (Vittori, 2019).

A. Revisión del dictamen al pedido del interesado o de oficio.

Es interesante el aporte que hace la doctrina al mencionar que en el plano de la realidad, la revisión de la limitación de la capacidad es en sí una *supervisión judicial permanente* (Seda, 2018).

Lo que se tiene en cuenta al momento de volver sobre el caso particular del incapaz, son cuestiones que distan mucho de la evaluación médico objetiva, sino que además debe reverse el vínculo con sus apoyos, la mayor o menor inserción que se ha producido en la sociedad e incluso en el campo laboral, y la estabilidad emocional e intelectual del sujeto, abarcando de esta manera un análisis holístico de su persona y circunstancias particulares.

En cuanto a los sujetos legitimados para solicitar la revisión de la limitación de capacidad dictaminada, pueden ser el juez interviniente, curadores, los asesores letrados que hayan tenido participación o incluso el mismo incapaz.⁸

Tal es la obligación que posee el Estado para las personas que han sido limitadas en su capacidad acerca de la revisión de lo oportunamente resuelto, que el C.C.C.N. en su Art. 40 ultima parte, pone en cabeza del **Ministerio Público Fiscal** el deber de instar la revisión en el caso de que no se haya efectuado⁹.

Es importante señalar en este punto a los fines de la interpretación de la legislación de fondo, el Tribunal Superior realizó una aclaración reglamentaria en relación con el art. 103 del C.C.C.N. Estableciendo que en el ámbito del Poder Judicial de Córdoba, cuando el referido art. 103 alude al *Ministerio Público*, se debe entender que hace referencia a los *Asesores Letrados*, quienes son los funcionarios encargados de la defensa de las personas. (Ceballos Chiappero, 2018).¹⁰

B. Posibilidad de revisión de la declaración de incapacidad por tercero interesado.

El C.C.C.N. nada dice respecto de si la declaración de incapacidad o su revisión puede ser solicitada por terceros que no tengan parentesco o convivencia con el presunto incapaz, a diferencia del Art. 144 inc. 5 del Código Velezano.

Es en este punto en donde es posible preguntarse acerca de la seguridad jurídica y comercial que esta novel legislación trae respecto del tema de las incapacidades de las personas.

7 Reglas de Brasilia. Sección 2ª.- Beneficiarios de las Reglas 1.- Concepto de las personas en situación de vulnerabilidad.

8 De más está advertirle al lector, que para ello deberá contar con el asesoramiento jurídico necesario, ya sea provisto de forma privada o por medio de la asistencia técnica que ejerza la Asesoría de turno.

9 ART. 40.- Revisión. (...) Es deber del Ministerio Público fiscalizar el cumplimiento efectivo de la revisión judicial a que refiere el párrafo primero e instar, en su caso, a que ésta se lleve a cabo si el juez no la hubiere efectuado en el plazo allí establecido

10 Acuerdo Reglamentario N° 1305, Serie "A", del 1° de setiembre de 2015.

El régimen protectorio ha sido pensado, diseñado y (mal) aplicado en miras solamente del presunto incapaz.

A estas alturas cabe preguntarse, ¿Qué sucede con aquel tercero de buena fe que contrata con un incapaz del cual su falta de capacidad no es manifiesta?. Suponiendo el caso que sea un contrato no abusivo y mediando buena fe, ¿El Estado puede obligar a un tercero a mantener un contrato celebrado por una persona que no cuenta con los recursos para comprender sus actos? ¿Puede un tercero interesado recurrir a la justicia para que revea la capacidad de una persona que con la cual contrató y eventualmente declararse la nulidad del contrato?

Y es aquí donde se abren innumerables preguntas hoy sin respuesta legal definida.

Me atrevo a decir que en pos de la seguridad jurídica, aquel tercero perjudicado por haber contratado de buena fe con un incapaz podría acudir al Poder Judicial para que este tome intervención en el caso, siendo necesariamente el cuerpo de Asesores quien asista y complemente la capacidad procesal de la persona con discapacidad de encontrarse en un estado de vulnerabilidad, más allá de que si el presunto incapaz cuenta con defensa técnica privada por poseer los recursos necesarios para ello.

No repercute de buena manera a la realidad contractual que un tercero que actuó de buena fe quede ligado hasta la finalización del contrato con una persona que no solo no comprenda la envergadura del acto sino que muy probablemente no cumpla con sus contraprestaciones y una pérdida patrimonial del tercero.

La situación de que la limitación de capacidad se encuentre registrada en el Registro Civil y de Capacidad de las personas no es oponible en la cotidianeidad de los contratos domésticos como es el caso que se examina, donde las partes no se requieren mutuamente copias de sus actas de nacimiento para llevar a cabo un determinado negocio jurídico.

El derecho se encuentra en un cimbronazo en el cual la letra escrita desde antaño acerca del buen uso y las buenas costumbres debe pasar al plano de los hechos comunes y cotidianos y ser los legisladores y auxiliares jurídicos quienes den una pincelada de realidad a la letra de la legislación y a los hechos que en la sociedad acontecen.

2. Responsabilidad del Estado.

La situación planteada por la resolución analizada lleva directamente a repensar la responsabilidad del Estado de cumplir con su propia normativa.

En el caso de marras han pasado exactamente 22 años desde que el pretense actor ha sido declarado incapaz con una curatela dispuesta en cabeza de una persona que al momento de la acción civil se encuentra fallecida.

Ya he hecho mención a la obligación que tiene el cuerpo de Asesores sobre las limitaciones de capacidad en las cuales haya tomado intervención, pero no es menos cierto que el juzgado que dictó la resolución no puede desentenderse una vez declarada la restricción de capacidad. Incluso el C.C.C.N. y la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad lo tornan obligatorio para los sujetos partícipes en la justicia.

Considero una mejora extraordinaria que el Art. 40 del CCCN haya dispuesto expresamente la obligatoriedad de la revisión de la limitación de capacidad, ya que tomada con seriedad y puestos los recursos económicos y humanos necesarios, prevendrá situaciones como la de marras en un futuro no muy lejano.

A. Responsabilidad interna del Estado.

Es imposible no reflexionar acerca de cuál es el grado de responsabilidad que tiene el Estado no solo para con la persona presuntamente incapaz (la cual en el caso ha quedado totalmente desamparado ya que su curadora se encuentra fallecida), sino para con el resto de la sociedad, que no tiene manera de poder constatar una limitación de capacidad de vieja data y donde el comportamiento de la contraparte no demuestra ningún impedimento legal al momento de contratar.

El Estado debido al Art. 40 del C.C.C.N. y la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad tiene la obligación de rever cada una de los dictámenes que se efectúen sobre las personas en cuanto a la restricción de su capacidad. No es necesario que el procedimiento ocurra a instancia de parte, o de un tercero perjudicado por el accionar del incapaz. Es el cuerpo de Asesores y el Tribunal interviniente quien debe tener precaución sobre las resoluciones a las ha arribado.

Lamentablemente el discurso de la falta de recursos es harto conocido, pero no por ello el Estado se encuentra en condiciones de incumplir sus propias normas perjudicando al ciudadano de buena fe. Es cuestión de los tres poderes de la República y de cada una de las provincias articulen los medios necesarios para llevar un estricto control de la situación analizada.

De continuar con este tipo de actividades reacias a revisar todas las sentencias de las personas declaradas incapaces, se está violentando flagrantemente los Arts. 16 y 18 de la Constitución Nacional, juntamente con la ley nacional y provincial de Salud mental que tienen el carácter de ser legislación de tendencia, pero letra muerta.

No considero inmanejable la cantidad de limitaciones de capacidad que los tribunales Civiles y Comerciales o de fuero múltiple del interior de la provincia tienen a su cargo y no deja de ser una obligación del cargo que se desempeña.

Se puede discutir el tema de los recursos *puertas adentro* del Estado; pero para con la sociedad el Poder Judicial tiene una obligación legal, ética y moral de cumplir su función maximizando su eficacia y eficiencia. Además, es una realidad que el Sistema de Administración de Causas, ha venido a simplificar la búsqueda y control por tipo de juicios de estos procedimientos.

A.1. Nulidad relativa.

Considero correcta la decisión del juez de Cosquín por ante quien se impetra la acción de nulidad o readecuación de cláusulas contractuales en reparar que el actor posiblemente no cuente con las capacidades necesarias para entender sus actos y necesite el sistema de representación y apoyo previsto por la legislación. Ello hace a que se deba resolver en primer lugar esta situación de incertidumbre sobre la capacidad del actor, para luego poder expedirse en caso de que la incapacidad cese o disminuya al efecto de que P.E.R. pueda comprender sus actos, y posteriormente poder analizar y decidir la cuestión planteada respecto de la nulidad o readecuación de cláusulas contractuales del contrato de

locación efectuado.

De haberse continuado con el juicio de tipo ordinario impetrado por el actor incapaz, se hubiesen violentado derechos como el debido proceso, el contradictorio y la defensa en juicio.

Existiendo una sentencia de limitación de capacidad, no se puede presumir que la misma ha cesado por el mero transcurso del tiempo. No hay que olvidar que **la tutela judicial efectiva es un derecho humano fundamental**, el cual no termina con el dictado de la limitación de capacidad y asignación de una curadora.

Una vez resuelta la cuestión de la capacidad del actor, la nulidad a la cual se podría afrontar el contrato base de la acción ordinaria es una nulidad de tipo relativa. Ya que el fin de la normativa es la protección del incapaz.

Con este *tipo de nulidad* prevista y el *sujeto protegido* por la legislación no estoy de acuerdo. Considero que un tercero contratante de buena fe una vez declarada el mantenimiento de las restricciones de la capacidad, puede y debe solicitar la anulación del acto. No debe dejarse de lado que las personas se encuentran insertas en una sociedad que necesita de ciertos parámetros de seguridad jurídica – y comercial- para poder funcionar.

B. Responsabilidad internacional

El apartado anterior tiene clara relación con la responsabilidad internacional de Argentina, ya que ha firmado tratados internacionales en donde se compromete al efectivo cumplimiento de los Derechos Humanos reconocidos por dichos instrumentos y por su real aplicación.

Es alarmante el podio en el cual se encuentra nuestro país en cuanto a sentencias dictadas por la Corte Internacional de Derechos Humanos, luego de Venezuela, Colombia y Perú, si tenemos en cuenta el índice poblacional de los nombrados – el cual nos cercamos por 10 millones a Colombia-, o con Brasil, el cual en 2021 solo tiene 14 casos de sentencia con 211 millones de habitantes, mientras que Argentina tiene 34 sentencias con 44 millones¹¹.

Más allá de la condena internacional que sufre Argentina frente a casos donde se violenten Derechos Humanos, debe preocupar el gasto público – a largo plazo- en el cual se incurre cada vez que se condena al Estado.

Las sumas dinerarias son muy importantes, y aunque normalmente se abonen en bonos junto a un dictamen de tipo reparativo, son emolumentos que bien pueden invertirse en que el sistema diseñado por el legislador funcione y cumpla su función.

Para poner un ejemplo específico de responsabilidad internacional por un caso de una persona con padecimientos mentales en el país de Brasil, traigo a colación el fallo de la CIDH “Ximenes Lopes Vs. Brasil”. En el mencionado – y trágico- hecho el Estado de Brasil debió reconocer ante la organización internacional la precariedad del sistema de atención de salud mental al cual la presunta víctima fue sometida al momento de los hechos, lo que constituyó una violación del artículo 4 de la Convención. La Corte expresó:

138. “La posición especial de garante que asume el Estado con respecto a personas

11 https://www.corteidh.or.cr/mapa_casos_pais.cfm

que se encuentran **bajo su custodia** o cuidado, a quienes el Estado tiene la **obligación positiva de proveer las condiciones necesarias para desarrollar una vida digna**¹²,

147. "La obligación de garantizar los derechos humanos consagrados en la Convención **no se agota con la existencia de un orden normativo** dirigido a hacer posible el cumplimiento de esta obligación, **sino que comporta la necesidad de una conducta gubernamental que asegure la existencia, en la realidad, de una eficaz garantía del libre y pleno ejercicio de los derechos humanos.**¹³"

3. Responsabilidad profesional del abogado litigante.

Al analizar el fallo no podemos olvidarnos de que el abogado que firma la demanda junto con el actor P.E.R., presentó una carta poder general dada por su mandante, presunto incapaz.

Cabe destacar que la incapacidad de la cual pretendió valerse para lograr una sentencia favorable respecto de la nulidad contractual haciendo hincapié en el débil carácter de su representado, fue lo que advirtió al tribunal de estar frente a un actor que posiblemente cuente con sus facultades mentales alteradas.

Hoy la justicia se encuentra vapuleada por sus demoras, en ocasiones por sus resoluciones no muy felices, y sobre todo por sus operarios. No se debe olvidar que el deber de actuar conforme al derecho no solo es atribuible al tribunal interviniente, sino al profesional que comparece ante los estrados judiciales.

Es indescifrable qué es lo que pretendió el letrado al momento de impetrar una demanda en la cual cuasi diagnosticaba a su cliente y luego el acompañamiento de la carta poder, al menos analizándolo desde la lógica y la buena fe.

4. Otro aspecto a analizar del decreto del Juzgado en lo Civil y Comercial, de Conciliación y Familia de 1° Nominación de la ciudad de Cosquín.

No queda claro del decreto analizado, más allá de la denuncia del actor de su domicilio en la localidad de Alta Gracia, que se haya tomado otro tipo de recaudo antes de decidir la remisión de la causa a dicha sede jurisdiccional. En búsqueda de la protección al derecho de acceso a la justicia y derecho de defensa del actor presunto incapaz, hubiese sido conveniente – de no haberse realizado – una consulta al padrón electoral provincial, a los fines de verificar el domicilio del actor.

No hay que olvidar que la sentencia de limitación de capacidad fue dictaminada en la ciudad de Córdoba en el año 1999, y quizás las vicisitudes de la vida no se reflejen en la demanda impetrada. El juez firmante solo aduce lo mencionado por el actor y su patrocinante, por lo que al existir una persona en condiciones de vulnerabilidad, el Tribunal debería haber realizado una investigación objetiva de oficio a los fines de decidir e incluirlo como fundamento del decreto de remisión de los obrados.

De esta manera, no solo se ejerce el fin tuitivo del C.C.C.N. y del Ac. Reg. 1619 Serie A de fecha 10/03/2020 dedicado a los Protocolos de actuación para el Acceso a la Justicia

12 El resaltado me pertenece.

13 El resaltado me pertenece.

respecto de R.E.F., sino que se tutela la seguridad jurídica del tercero contratante, hasta ahora presumible de buena fe.

Si el actor incapaz no tuviere de hecho domicilio real en Alta Gracia tal como se denunció en la demanda, no puede dejar de pensarse en una maniobra dilatoria del abogado patrocinante.

En el caso de que la mencionada búsqueda haya arrojado resultado arrojase resultado negativo, considero que el juez de Cosquín, debió remitir las actuaciones a la ciudad de Córdoba, por ser el Tribunal originario donde se dictó la limitación de la capacidad de R.E.F., y la cual debe analizarse nuevamente.

4. Una solución, ¿Utópica?

En tiempos en que hemos sido apremiados por la modernidad y en los cuales la realidad de crisis mundial nos ha llevado a un adelanto tecnológico e informático que preveíamos para dentro de 10 años, hoy considero posible que los juzgados en donde se tramitan limitaciones de capacidad de personas tienen la posibilidad de llevar un fácil registro y control de sus actuaciones y del tiempo que transcurre respecto de la decisión arribada y su posible revisión.

No con ello quiero expresar que absolutamente todas las sentencias deben ser revisadas con la presencia del incapaz. Existen casos en que el diagnóstico médico de la persona no será reversible ni progresará más allá de lo evaluado por el equipo técnico y lo apreciado por el propio juez en la audiencia del 839 del C.P.C.C.

Por ello considero una solución posible que el Tribunal que tenga a cargo este tipo de juicios los revise con criterio de buen juzgador y según tiempo transcurrido; y que en absolutamente todos los casos designe de oficio según los parámetros señalados, o a pedido del curador, asesores o el propio incapaz, **una audiencia prevista por el Art. 58 del C.P.C.C.**, a los fines de analizar la situación en particular, **no siendo necesaria la presencia del incapaz cuando el diagnóstico es indubitable**. Sí es necesario que concurren los asesores y los curadores intervinientes. Esto, no solo por el hecho de que se reevaluará los márgenes de la limitación en sí misma, sino porque se prevendrían casos como el de marras, en donde la curadora se encuentra fallecida.

En el caso de que en esta primera audiencia surja una *situación gris*, en donde no sea claro el estado de la persona con discapacidad, podrá ordenar una segunda, ya esta vez con la presencia del incapaz.

Aquí me detengo para resaltar la importancia de que tiene el contacto del juez con la persona en estado de vulnerabilidad, y de la posibilidad del juzgador de salir de su despacho para efectivizarlo. La re victimización no solo se evita no trayéndolo nuevamente a un palacio de justicia donde en muchas oportunidades podemos ver a personas sufriendo un ambiente poco propicio para quienes poseen alteraciones mentales, sino también puede recurrirse a que sea el juez y los asesores quienes se desplacen hasta el sujeto.

Como dije más arriba, la cuestión de los recursos temporales, materiales y económicos, son un problema que el Poder Judicial deberá arreglar con el Poder Ejecutivo; pero para con la sociedad tanto empleados, funcionarios y magistrados tenemos la obligación de

poder satisfacer sus necesidades al menos en la parte que nos debemos ocupar.

Volviendo al caso analizado ha sido producto del buen ojo del juzgador, quien advirtió que el actor probablemente no haya estado con las facultades que el negocio que se llevó a cabo y la posterior anulación requerida necesiten, pero es necesario empezar a tener una sistematización en la forma de funcionar del Poder Judicial para que en la práctica el Estado cumpla con las leyes dictadas y ratificadas.

IV. Conclusión

La resolución traída en este comentario es de suma importancia para determinar el mal estado en el cual nos encontramos frente a las personas en calidad de vulnerables.

No es concebible que en un Estado de derecho hayan pasado 22 años sin una revisión de la sentencia restrictiva de la capacidad, y menos aun cuando la persona designada curadora, se encuentra fallecida.

Hemos dejado como República a un presunto incapaz desprotegido y a la deriva de sus decisiones que quizá requieran un acompañamiento para protegerse a sí mismo y a sus bienes.

Por otro lado, le hemos fallado al ciudadano demandado quien posiblemente en su presumible buena fe – hasta que se demuestre lo contrario-, ha contratado con una persona que no se encontraba en condiciones jurídicas.

El buen ojo del juzgador ante quien se interpuso la demanda y los dichos grotescos del abogado sobre el actor en cuanto a sus presuntas facultades mentales y percepción física, han hecho posible que se encienda una alarma de protección a la parte más débil del contrato y así no solo se active un proceso para determinar su capacidad o no en función del contrato de marras, sino en cuanto poder proveer los medios y apoyos que la persona necesite para poder desarrollarse en cumplimiento de la normativa local, nacional e internacional.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Avellaneda, M. P.-G. (2018). La declaración de capacidad restringida de la persona y la mirada interdisciplinaria del juez. La Ley, 29. Obtenido de TR LALEY AR/DOC/3544/2018
- Ceballos Chiappero, P. F. (22/ 8/ 2018). La actuación principal del Ministerio Público ante la inacción de los representantes legales. Semanario Jurídico, 2169, 309.
- Neder, M. G., El acceso a la justicia de personas con restricción a la capacidad: vulnerabilidad, modelo social de discapacidad y tutela procesal diferenciada, Tesis de Máster, Universidad Siglo 21.
- Seda, J. A. (2018). La actuación procesal de personas incapaces y con capacidad restringida en el Código Civil y Comercial. La Ley, 591. Obtenido de TR LALEY AR/DOC/2390/2018
- Vittori, V. V. (10/ 5/2019). Derechos humanos de la tercera generación: capacidad restringida versus autonomía, dignidad e. La Ley, 139. Obtenido de TR LALEY AR/DOC/2156/2018

AUTONOMÍA Y PROTECCIÓN DE PERSONAS MAYORES

AUTONOMY AND PROTECTION OF THE ELDERLY

María Laura Alesso¹

DOI: [https://doi.org/10.37767/2591-3476\(2021\)22](https://doi.org/10.37767/2591-3476(2021)22)

Comentario a

L. E. – DEMANDA DE LIMITACION A LA CAPACIDAD – EXPTE. N° 7133638
**Cámara de Apelaciones Civil y Comercial de 7ª Nominación
Poder Judicial de la Provincia de Córdoba**

Disponible en

<https://bit.ly/2WrYIF5>

RESUMEN:

El presente artículo pretende analizar el modo y las condiciones en las que la Excm. Cámara de Apelaciones Civil y Comercial de 7ma. Nominación de la Ciudad de Córdoba ha sentado postura en relación a la aplicación de la Convención Interamericana sobre la protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores, la valoración de los informes interdisciplinario en el marco de los procesos de limitación de la capacidad, la designación de apoyos y el uso de formatos de fácil lectura.

ABSTRACT

The present entry aims to analyse the ways and conditions in which the Hon. 7th Chamber of Appeals in Civil and Comercial Matters of the city of Córdoba has established its position in relation to the application of the Inter-American Convention on protecting the Human Rights of Older Persons, the appraisal of interdisciplinary reports as framework in legal capacity restrictions proceedings, the designation of support systems and the use the formats that are easy to read.

PALABRAS CLAVE: Derecho Humanos de las Personas Mayores; Vulnerabilidad; Restricción a la Capacidad; Valoración de la Prueba; Sistema de Apoyos.

KEY WORDS: Human Rights of Older Persons; Vulnerability; Legal Capacity Restrictions; Legal Approach to Evidence; Support System.

¹ Abogada (UNC); Maestranda en Derecho Procesal (US21); Mter. Gobernanza y Derechos Humanos (UAM). Adscripta a la Cátedra de Derecho Procesal (UNC). Se desempeña como Asistente de Magistrado del Juzgado Civil y Comercial de 46ª Nominación de la Provincia de Córdoba. Integrante del Área de Salud de FUNDEPS. Mail: mlauraalesso@gmail.com. ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0003-0376-5386>.

I. Introducción

El inicio del caso tuvo como protagonistas a una hija que, solicitó la declaración de limitación de capacidad de su padre de 92 años de edad en ese momento, fundado en un deterioro neurocognitivo leve, por considerar que se encontraba en situación de vulnerabilidad personal y frente a la intencionalidad de aprovechamiento económico de terceros, lo que es resistido por éste último.

El Juzgado de Primera Instancia, por su parte, decidió rechazar la demanda en todos sus términos. Ello, por considerar principalmente, de la entrevista personal mantenida con la persona en cuyo interés se tramitó el proceso -entre otros elementos de prueba-, “que no existen razones que habiliten la intromisión de la justicia civil sin vulnerar el nuevo paradigma existente en materia de capacidad, ya que una sentencia que limite la capacidad o declare la incapacidad importaría avanzar en un modelo de exclusión, no pretendido por la legislación imperante”.

Su hija, al igual que la Asesora Letrada Civil interviniente en el carácter de representante complementaria (art. 103 inc. a del C.P.C.C.C) interpusieron recursos de apelación cuestionando principalmente el haberse desoído las cuestiones técnicas planteadas en el informe pericial.

A su turno, la Excm. Cámara de Apelaciones Civil y Comercial de 7ma. Nominación, con fecha 21 de agosto de 2021, resolvió, previa realización de una audiencia personal con la persona mayor de la que participaron profesionales interdisciplinarios, acoger sendos recursos y declarar la limitación de la capacidad en relación a “actos de contenido extrapatrimonial y a actos de contenido patrimonial, manteniéndose la capacidad para la realización de simples actos cotidianos (vestimenta, higiene, aseo, etc.) que no impliquen peligro para sí, y en la medida de sus posibilidades actuales o futuras”.

Llegó a dicha conclusión en virtud de considerar, que si bien no se estaba ante una persona absolutamente imposibilitada de interaccionar con el entorno y expresar su voluntad, si presentaba ciertas limitaciones que fueron especificadas por los profesionales actuantes en el informe interdisciplinario que debían ser contempladas, en aras de su contención y protección.

Con esta breve exposición, intentaremos posicionar lo decidido en un contexto más amplio para estimar su incidencia en la temática abordada, lo cual lleva a desarrollar cuál ha sido la normativa bajo la cuál se efectuó el análisis del caso y que ha servido de guía, como ha sido la valoración de las pruebas y de las condiciones de vulnerabilidad de la persona concernida, la manera en que fue establecido el sistema de apoyos y el modo en que se procuró comunicar el resolutorio.

II. Estándares Propios del Estatuto de Derechos Humanos de Personas Mayores.

La Cámara interviniente previo a emitir sus consideraciones, realizó un extenso repaso de la normativa de derechos humanos que ilumina el sistema y que marcan la dirección de la protección de las personas mayores, como en el caso comentado, aspectos que no pueden ser soslayados en el marco de una decisión judicial.

De tal manera destacó, que tanto que tanto el Estado Nacional como el Provincial han suscripto normas tendientes a la protección de la persona mayor. Así, menciona la Ley 27.360 que aprobó la Convención Interamericana sobre Protección de los Derechos Hu-

manos de las Personas Mayores, enumerando una larga lista de instrumentos que tiene como antecedente², base sobre la cual ha de analizarse un caso como el presente.

Asimismo, especificó que la Provincia de Córdoba cuenta con la Ley 7.037 de Integración de la Ancianidad, la Ley 7.077 de Creación del Programa Permanente de Atención al Anciano y el “Plan Córdoba Mayor”.

Con ello, el Tribunal actuante puso de resalto el hecho de que las personas mayores merecen una particular protección del Estado, “lo que justifica que el Poder Judicial contribuya, dentro del ámbito que le es propio, con tal protección, procurando, en la medida de lo posible, que se propenda a respetar el aseguramiento de una vejez de bienestar” y por ende, ante la singularidad de los derechos implicados, recalcó – citando a nuestro máximo tribunal nacional – la necesidad de imponer la aplicación de nuevas prescripciones acordes a éstos estándares que se mencionaron y que configura un estatuto propio.

En base a este modelo de protección de los derechos humanos de las personas mayores que exige un tratamiento diferenciado hacia ellas, en virtud de sus especificidades biológicas, históricas y culturales³; y las normas del Código Civil y Comercial de la Nación sobre capacidad que recepta un modelo social para abordar la discapacidad [Corte IDH, CASO ARTAVIA MURILLO Y OTROS (“FECUNDACIÓN IN VITRO”) VS. COSTA RICA, 2012, párr. 290 y 291]⁴: El fallo comentado expone una línea argumental que parte de comprender a la vejez como un estadio de desarrollo personal alejada de estereotipo “viejitas” que la asocia con la enfermedad o pérdidas, o como sinónimo de incapacidad o codependencia, sin que ello obste el hecho de establecerse una fórmula adecuada de protección a los intereses de la persona mayor en el caso concreto, en virtud de lo valorado en el examen interdisciplinario, respetado al máximo posible su dignidad, libertad y autodeterminación.

III. Sistema de Valoración de la Prueba en los procesos de limitación de la capacidad.

Resulta crucial señalar que el decisorio comentado precisa cuál ha de ser el sistema de valor de la prueba rendida en el proceso de limitación de la capacidad, como así también la fuerza convictiva que ha de conferirse al informe interdisciplinario.

De acuerdo a lo establecido por el artículo 252 del Código Procesal de la Provincia de Córdoba, “La pericia será apreciada por el tribunal en la sentencia, de conformidad a las reglas de la sana crítica, sin estar obligado a sujetarse al dictamen de los peritos.”

Tal sistema le concede al juez la facultad de apreciar libremente la prueba que se ha producido en el proceso, aunque siempre respetando las reglas de la lógica y las máximas de la experiencia. Al respecto, si bien es cierto que el dictamen no obliga al juez ni reviste fuerza decisoria “per se”, también lo es que, para determinar con precisión las circunstancias personales, familiares y el estado salud de la persona, este medio probatorio, ejecutado por el equipo técnico, ocupa un lugar preeminente.

2 Los Principios de las Naciones Unidas en favor de las Personas de Edad (1991); la Proclamación sobre el Envejecimiento (1992); la Declaración Política y el Plan de Acción Internacional de Madrid sobre el Envejecimiento (2002), la Estrategia Regional de implementación para América Latina y el Caribe del Plan de Acción Internacional de Madrid sobre el Envejecimiento (2003); la Declaración de Brasilia (2007), el Plan de Acción de la Organización Panamericana de la Salud sobre la salud de las personas mayores, incluido el envejecimiento activo y saludable (2009), la Declaración de Compromiso de Puerto España (2009) y la Carta de San José sobre los derechos de las personas mayores de América Latina y el Caribe (2012).

3 Recordemos que “...la perspectiva de derechos humanos aplicada al envejecimiento se caracteriza por empoderar a la persona mayor, incluir las múltiples vejezes, conciliar los diferentes principios y asimismo visibilizar las necesidades y las aportaciones de las personas mayores.” (Díaz & Bollain, 2019)

4 Lo que implica que a discapacidad no se define exclusivamente por la presencia de deficiencias físicas, mentales o sensorial, sino que se interrelaciona con las barreras o limitaciones que socialmente existen para que las personas puedan ejercer sus derechos de manera efectiva.

Tal lo enseña Eisner (1990), la pericia es una ayuda que se presta al Juez para agudizar el alcance de sus propios sentidos. Es la ilustración con que se lo dota al Juez que no puede ser versado en todas las ciencias y en todas las artes.

En este punto se sostuvo que como los jueces no manejan cuestiones médicas, en estos casos se necesita atender a los que los profesionales de la salud informan. Desde tal óptica, se puso de resalto lo prescripto por la Ley de Salud Mental (Ley 26.657) y la necesidad de contar con "pautas claras de identificación de enfermedades mentales, toda vez que nos encontramos en un campo en donde una decisión desacertada posee gravitante impacto en la vida del paciente".

Sumado a ello, bajo la evocación del irrestricto respeto que merece la autonomía de la voluntad y la posibilidad de autodeterminación de la persona mayor, articulando la normativa prevista en el Código Civil y Comercial de la Nación y sumado a otra probanzas arrimadas a la causa, se concluyó que siendo la labor desempeñada por el equipo técnico adecuada y seria, no existen razones para apartarse de tal dictamen. Si del mismo surge indicadores de vulnerabilidad⁵, los mismos no pueden ser desoídos, y ha de disponerse medidas necesarias tendientes a promover la autonomía de la persona protegida.

La Corte IDH, considera 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". (Corte IDH, CASO XIMENES LOPES VS. BRASIL, 2006, Párr. 103)

IV. La función de los apoyos y modos de actuación.

El sistema de apoyos, es aquella institución perfilada por la Convención de las Personas con Discapacidad (art. 12), que ha sido concebida "para garantizar el ejercicio de la capacidad jurídica en condiciones de igualdad, que se proyecta sobre todos los ámbitos de la vida, pero desde las circunstancias específica de la persona" (Lorenzetti, 2014, p. 249). Así, a los fines de promover la autonomía y favorecer las decisiones que respondan a las preferencias de la persona protegida, conforme lo dispuesto en el art. 32 penúltimo párrafo del C.C.C.N., ha de diseñarse un sistema de apoyo que responda a las necesidades y circunstancias concretas de la persona.

Tal como lo menciona la doctrina, este sistema puede ser unipersonal o colectivo. Asimismo, se admite la posibilidad de distintas conformaciones para llevar adelante el rol de apoyo, ya sea "un asistente personal, un familiar o red de familiares, un allegado o una red de allegados, una asociación, una institución oficial, o cualquier otra opción que pueda proporcionar el objeto de su función" (Lorenzetti, 2014, pp. 248-249).

En su resolución, la Excm. Cámara interviniente considero que "Dada la situación evidenciada respecto del Sr. X. X., un sistema de apoyo en el ejercicio de su capacidad fa-

⁵ Martha Fineman (2010), pionera en el desarrollo del estándar de la vulnerabilidad, sostuvo que tal enfoque permite que al tratar de los "derechos humanos" la perspectiva se focalice "decididamente en la naturaleza de la parte humana, más que focalizarse en la parte de los derechos". De allí la importancia de girar sobre el vector de la "vulnerabilidad" más que sobre el vector de la igualdad como criterio de realización de justicia

cilitará la toma de decisiones para dirigir su persona, administrar sus bienes y celebrar actos jurídicos en general...". Razón por la cuál optó por designar dos apoyos para la asistencia en la toma de decisiones: su esposa en segundas nupcias y su nieta.

De este modo, la sentencia determinó la extensión y alcances de las restricciones y especificó las funciones y actos que limita, procurando que la afectación de la capacidad sea la menor posible. Asimismo, detalló un sistema sobre el modo en que deberán prestar asistencia las personas designadas apoyo, no sin antes exhortarlas para que dejen a un lado las diferencias que pudieren tener -dada la compleja trama familiar que fue evidenciada- y procuren velar siempre por el respeto a la dignidad de la persona mayor.

Pues bien, el modo de ejercicio de la función de apoyo que se dispuso varía según se trate de actos extrapatrimoniales o patrimoniales. En este sentido, se estableció diversos tipos de actos previéndose en algunos casos la asistencia por separado, en cabeza de uno u otro apoyo, como así también supuestos que requieren de la asistencia conjunta.

Interesa destacar especialmente que, en el caso se determinó la limitación de la capacidad de la persona para la realización de gestiones administrativas y para intervenir por sí mismo en los procesos judiciales y/o administrativos en los que sea parte sin el acompañamiento de sus apoyos, quienes deber asistirlo de manera conjunta. Ahora, tal decisión modifica el modo de actuación en los procesos, por lo que previó que en los casos que "por la materia a que se refieren y los intereses contrapuestos evidenciados entre las apoyos, no resulta conveniente su intervención, mas se deja sentado que se requiere en los mismos de manera ineludible la intervención adicional de un integrante del Ministerio Público que se suma a la participación de quien lo hace en su calidad de representante complementario, bajo sanción de nulidad".

Desde tal óptica, la resolución de Cámara precisó claramente la extensión de las medidas limitativas de la capacidad y procuró un sistema de apoyo colectivo especificando de manera fundada las funciones de asistencia que llevarían adelante con los ajustes razonables de acuerdo a las necesidades y circunstancias de la persona (Davobe, 2018).

VI. Uso del Lenguaje. Formato de fácil lectura.

Con idéntica clave de derechos humanos, al finalizar el resolutorio, el Tribunal del alzada dedicó un considerando de fácil lectura, con la intención de que el mismo sea comprendido acabadamente por la persona en cuyo interés se llevó adelante el proceso, cumpliendo de tal manera con lo dispuesto por el Acuerdo Reglamentario número mil trescientos uno, Serie "A" del T.S.J., de fecha 19/08/2015.

Tal, parte de la observancia de lo prescripto en la 100 Reglas de Brasilia, párrafos número 58, 59 y 60, a los fines de que una persona que se considera en condición de vulnerabilidad pueda comprender acabadamente el alcance de una decisión y su significado, resultado imprescindible para la tutela judicial efectiva de los derechos de las personas mayores (Palacio de Caeiro, 2019).

Repárese que el Protocolo de Actuación para el Acceso a la Justicia de Personas Mayores del Poder Judicial de la Provincia de Córdoba (2020), como regla de práctica judicial insta a promover siempre la autonomía de la persona, identificar el tipo de asistencia o adaptaciones que necesita y concretamente a aplicar "modos de comunicación facilita-

da". Orientando así la actuación desde un enfoque de derechos que optimiza las intervenciones en el ámbito judicial.

De esta manera se disipan barreras adecuando el texto judicial, que exento de "viejismos", en lenguaje sencillo y con terminología acorde se dirige a aquellas personas en situación de vulnerabilidad que está afectada por las decisión judicial.

VII. Conclusiones

La sentencia analizada articula en su argumentación el enfoque de derechos humanos de las personas mayores.

A partir de la prueba recolectada, principalmente de la valoración del informe interdisciplinario y de la audiencia personal, dispone atender a la particular situación de vulnerabilidad de la persona mayor, de modo tal que su autonomía personal, ligada a relaciones múltiples se vea potenciada en función de las posibilidades existentes.

La autonomía real de la persona mayor se entiende así como el resultado de la interacción de sus capacidades personales y las posibilidades y apoyos que se les ofrezcan, "del mismo modo que sus limitaciones efectivas, sus dependencias concretas, serán también el resultado de la interacción entre sus limitaciones subjetivas y los obstáculos que les impongan quienes se relacionan con ellas, así como los contextos en los que desarrollan su vida." (Etxeberria Mauleon, 2014).

Ser persona mayor no equivale a ser vulnerable, pero puede ocurrir que dentro del grupo de personas mayores exista quienes se encuentren en situación de especial vulnerabilidad, condición ésta que las hace sujetos de especial protección, adaptando para ello una fórmula adecuada de apoyos para promover al máximo posible su autonomía, desarrollar sus capacidades conservadas y recibir la asistencia necesaria para aquellas que hayan mermado con el respeto empático que merece su dignidad.

Colorario de ello, la adaptación de la sentencia judicial al formato de lectura fácil, lo que supone un importante avance en el acceso a la justicia, facilitando la comprensión de documentos que impactan de manera tan decisiva, como es el caso de las sentencias de modificación de la capacidad jurídica.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Corte IDH, 2006, CASO XIMENES LOPES VS. BRASIL.
- Corte IDH, 2012, CASO ARTAVIA MURILLO Y OTROS ("FECUNDACIÓN IN VITRO") VS. COSTA RICA.
- Davobe, M. I., 2018. Sobre la autonomía jurídica y la vulnerabilidad en la vejez. [En línea] Available at: <http://www.articulo12.org.ar/premios/04-dabove.pdf>
- Díaz, A. & Bollain, T., 2019. Derechos Humanos de las Personas Mayores. Colección Estándares del Sistema Interamericano de Derechos Humanos: miradas complementarias desde la academia.. Colección Estándares del Sistema Interamericano de Derechos Humanos: miradas complementarias desde la academia, Núm. 11 ed. Mexico: Universi-

dad Autónoma de México. Instituto de Investigaciones Jurídicas. Comisión Nacional de Derechos Humanos.

- Eisner, I., 1990. *La Prueba en el Proceso Civil*. Buenos Aires: Abeledo - Perrot.
- Etxeberria Mauleon, X., 2014. Autonomía moral y derechos humanos de las personas ancianas en condición de vulnerabilidad. En: S. Huenchuan & R. I. Rodríguez, edits. *Autonomía y dignidad en la vejez: Teoría y práctica en políticas de derechos de las personas mayores*. Ciudad de México: Publicación de las Naciones Unidas, pp. 61-70.
- Falcón, E., 2003. *Tratado de la prueba*. Buenos Aires: Astrea.
- Fineman, M., 2010. The vulnerable subject and the responsive State. *Emory Law Journal*, Volumen 60, p. 251 y ss.
- Lorenzetti, R. L., 2014. *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*. 1ª ed. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni.
- Palacio de Caeiro, S. B., 2019. Acceso a la información judicial. Derecho a comprender y lenguaje claro.. *La Ley*, Issue 1. AR/DOC/1557/2019..
- Poder Judicial de la Provincia de Córdoba, 2020. *Protocolo de actuación para el acceso a la justicia de personas mayores*. Colección Derechos Humanos y Justicia.

LA IMPOSIBILIDAD DE CONSENTIR QUE LA DISCAPACIDAD SEA TOMADA COMO UN OBSTÁCULO PARA LA ESCUCHA DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES EN EL PROCESO JUDICIAL

THE IMPOSSIBILITY OF CONSENTING THE DISABILITY TO BE TAKEN AS AN OBSTACLE TO THE LISTENING OF CHILDREN AND ADOLESCENTS IN THE JUDICIAL PROCESS

Clyris Marianela Chavez¹

DOI: [https://doi.org/10.37767/2591-3476\(2021\)23](https://doi.org/10.37767/2591-3476(2021)23)

Comentario a

L. H., M. A. C/ F., A. E. S/ CUIDADO PERSONAL(f) (S / CASACION)
Poder Judicial de la Provincia de Río Negro

Disponible en

<https://shortest.link/JQL>

RESUMEN:

En el fallo, objeto del presente análisis, el Supremo Tribunal de Justicia de Río Negro, tacha de nula la sentencia de la Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Familia y de Minería por haberse dictado sin escuchar al adolescente y se ordena que la misma tenga lugar antes de dictarse una nueva resolución ajustada a derecho. Así las cosas, el presente trabajo, pretende ilustrar a cerca de la gravedad que puede constituir negar derechos de raigambre constitucional como lo es el derecho de Niños, Niñas y Adolescentes a ser escuchado y que su opinión sea tenida en cuenta en cuestiones que los afectan directamente y más aún fundar dicha negativa en la discapacidad del menor, lo cual resulta de lleno incompatible con el diseño actual de discapacidad basado en los derechos humanos y en la igualdad inclusiva al que se asiste.

1 Abogada. (Universidad Nacional de Córdoba) Profesora invitada Materia Opcional Teoría General Alimentaria (Facultad de Derecho y Ciencias Sociales. Universidad Nacional de Córdoba) Adscripta Cátedra A Derecho Privado VI (Facultad de Derecho y Ciencias Sociales. Universidad Nacional de Córdoba) Correo electrónico: cmarianelachavez@gmail.com. ORCID Id: <https://orcid.org/0000-0002-7209-5008>

ABSTRACT

In the ruling, object of this analysis, the Supreme Court of Justice of Río Negro, nullifies the sentence of the Chamber of Appeals in Civil, Commercial, Family and Mining matters for having been handed down without listening to the adolescent and orders that it takes place before issuing a new resolution adjusted to the law. Thus, this work aims to illustrate the seriousness that denying rights of constitutional roots such as the right of Boys, Girls and Adolescents to be heard and that their opinion be taken into account in matters that affect them can constitute. directly and even more so to base said refusal on the minor's disability, which is completely incompatible with the current design of disability based on human rights and on the inclusive equality that is attended.

PALABRAS CLAVE: Participación de los niños, niñas y adolescentes en los procesos judiciales- derecho a ser oído y discapacidad- Convención Internacional sobre los Derechos del Niño- Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad.

KEY WORDS: Participation of children and adolescents in judicial processes- right to be heard and disability- International Convention on the Rights of the Child- Convention on the Rights of Persons with Disabilities.

I. Introducción

Con la reforma constitucional de 1994, la exigencia de tener en cuenta el interés del menor en todos los actos judiciales y/o administrativos, adquirió rango constitucional. La Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada el 20 de noviembre de 1989 y aprobada por la Ley 23.849 por la República Argentina el 22 de octubre de 1990, obtuvo jerarquía constitucional por imperio del primer párrafo del Art. 75 inc. 22 del nuevo texto constitucional. También se introdujo, con la referida reforma constitucional, el inc. 23 del Art. 75 el cuál determinó que corresponde al Congreso la adecuación de la legislación, hasta entonces vigente, y la sanción de las normas nuevas que garantizaran la totalidad de los derechos que el nuevo texto reconocía. Igual obligación se desprende del Art. 4 de la Convención sobre los Derechos del Niño. Así, en el orden nacional se sancionó, aunque algunos años posteriores, la Ley 26.061 de Protección Integral de los Derechos de los Derechos de los Niños, Niñas y Adolescentes en el año 2005 y en el año 2006 de su decreto reglamentario, la que en idéntico sentido recepta el derecho a opinar y ser oído.

Que a partir de la Convención mencionada el concepto de capacidad del niño comienza a apartarse de parámetros fijos, determinados por la edad cronológica hasta poder afirmar hoy que habitamos ese cambio de paradigma que implica salir de la concepción del menor como objeto de derecho para considerarlo como sujeto de derechos. En este sentido, el Código Civil y Comercial adscribe a este modelo e introduce el concepto de capacidad progresiva, determinado no solo por su edad sino por el grado de madurez suficiente. Así, el art 24 establece que (...) son incapaces de ejercicio (...) b) la persona que no cuenta con la edad y grado de madurez suficiente con el alcance dispuesto en la sección 2° de este Capítulo y el art. 26 que (...) la persona menor de edad ejerce sus derechos a través de sus representantes legales (...) la que cuenta con edad y grado de madurez suficiente puede ejercer por sí los actos que le son permitidos por el ordenamiento jurídico. (Stilerman, 2016).

Consecuentemente el derecho del niño a expresar su opinión en todos los asuntos que le conciernen, aun cuando su opinión no sea vinculante, aparece como corolario de esta concepción del niño como sujeto de derecho.

La Convención sobre los Derechos del Niño, al respecto dispone en su artículo 12.1 que: "Los Estados Partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio, el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño. Con tal fin, se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimientos de la ley nacional." Derecho que se vincula íntimamente con los reconocidos en los artículos 13° y 14° de la misma Convención, los derechos a la libertad de expresión y libertad de pensamiento. En la misma línea, el art. 27 de la Ley 26.061, establece que "el niño tiene derecho a ser oído ante la autoridad competente cada vez que lo solicite, a que su opinión sea tenida en cuenta al momento de resolver, a ser asistido por un letrado preferentemente especializado en niñez y adolescencia desde el inicio del procedimiento judicial o administrativo que lo incluya, y en caso de carecer de recursos el Estado deberá asignarle de oficio un letrado que lo patrocine, a participar activamente en todo el procedimiento, a recurrir ante el superior frente a cualquier decisión que lo afecte".(Assef, 2014).

En relación con el derecho del niño a ser escuchado, la Corte Interamericana de Derechos Humanos también se ha pronunciado en la misma línea, cuando indicó que era fundamental que "... los niños con discapacidad sean escuchados en todos los procedimientos que los afecten y que sus opiniones se respeten de acuerdo con su capacidad de evolución..." en el caso "Furlan y familiares vs. Argentina" (Beloff, 2018).

Continuando con la delimitación del marco normativo, el Código Civil y Comercial de la Nación, se ocupa expresamente del derecho del niño a ser oído, cuando en su art. 595 los ubica por encima de los derechos de los adultos involucrados, exigiendo que su opinión sea tenida en cuenta según su edad y grado de madurez, y estableciendo como obligatorio el consentimiento del niño cuando haya cumplido los 10 años. En su art. 653 inc. C. cuando explícitamente establece que la opinión del niño es un aspecto que, junto a otros, ha de ser ponderada por el Juez para el supuesto excepcional de resolver sobre el cuidado personal unilateral. En el Art. 706 donde establece que en toda decisión dictada en un proceso que afecte a los niños, niñas o adolescentes debe tener en cuenta su interés superior. Y en el art. 707 donde establece que las niñas, niños y adolescentes deben ser oídos en todos los procesos que los afecten. Y su opinión debe ser tenida en cuenta.

Así podemos arribar a una primera conclusión no menos conocida por todos pero que abre el camino que se pretende transitar en el presente trabajo, y es que es que la obligación de escuchar al menor tiene rango constitucional a mas del reconocimiento interno y regional incluso.

II. El caso

El fallo dictado por el Supremo Tribunal de Justicia de la Provincia de Río Negro tiene origen en el recurso de casación interpuesto por la progenitora del menor en cuestión en contra de la sentencia de la Cámara de Apelaciones que confirma la sentencia de primera grado que hizo lugar a la demanda planteada por el progenitor, otorgándole

el cuidado personal unilateral a éste. Que la accionante funda su cuestionamiento a la sentencia recurrida en el hecho de que la misma tuvo lugar habiéndose omitido citar al adolescente para ser oído. El Alto Tribunal, atinadamente, decide que existen razones para que el recurso prospere y esto nos conduce a analizar con profundidad este derecho receptado por la normativa interna e internacional cuyo reconocimiento en pacífico incluso en la doctrina y jurisprudencia de nuestro país.

El derecho de Niños, Niñas y Adolescentes a ser escuchado en todo procedimiento judicial o administrativo que lo afecte comprende el derecho a ser oído y que su opinión sea tenida en cuenta. En cuanto a su alcance, el mismo fue precisado por la Observación General 12/2009 del Comité sobre los Derechos del Niño. "El párrafo 2 del artículo 12 especifica que deben darse al niño oportunidades de ser escuchado, en particular "en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño". El Comité recalca que esta disposición es aplicable a todos los procedimientos judiciales pertinentes que afecten al niño, sin limitaciones y con inclusión de, por ejemplo, cuestiones de separación de los padres, custodia, cuidado y adopción, niños en conflicto con la ley, niños víctimas de violencia física o psicológica, abusos sexuales u otros delitos, atención de salud, seguridad social, niños no acompañados, niños solicitantes de asilo y refugiados y víctimas de conflictos armados y otras emergencias. Los procedimientos administrativos típicos serían, por ejemplo, decisiones sobre la educación, la salud, el entorno, las condiciones de vida o la protección del niño. Ambos tipos de procedimientos pueden abarcar mecanismos alternativos de solución de diferencias, como la mediación o el arbitraje" (Apartado 32) "No se puede escuchar eficazmente a un niño cuando el entorno sea intimidatorio, hostil, insensible o inadecuado para su edad. Los procedimientos tienen que ser accesibles y apropiados para los niños. Debe prestarse especial atención al suministro y la transmisión de información adaptada a los niños, la prestación de apoyo adecuado para la defensa de los intereses propios, la debida capacitación del personal, el diseño de las salas de tribunal, la vestimenta de los jueces y abogados y la disponibilidad de pantallas de protección visual y salas de espera separadas" (Apartado 34).

No basta con oír al niño, sino que es preciso escucharlo. Escuchar su opinión equivale a reconocerlo como sujeto de derecho y no como objeto de protección. Este derecho a ser oído se encuentra dentro del marco del derecho a participar, esto es, la obligación de tener en cuenta su opinión al momento de tomar una decisión que lo involucre, es decir, tener en cuenta su voluntad real. Este Código pone fin a las diferencias de opiniones enrolándose en una tesis amplia según la cual todo niño, niña o adolescente debe ser escuchado personalmente por el juez (Herrera, 2015).

La opinión del niño no ha de ser vinculante en el sentido que nos explica Aida Kemelmajer de Carlucci (1994) al decir y aclarar que oír al menor no implica aceptar su deseo incondicionalmente, su palabra no se convierte en sentencia; si no que el juez es quien va a resolver priorizando el interés superior del niño, y para tomar esta decisión tendrá en cuenta los argumentos del niño, lo que no significa atenerse a ellos.

Que no se puede sostener de modo alguno que la negativa a escuchar al adolescente de autos por parte de la Cámara no sea arbitraria cuando la misma contraría todo el plexo normativo descripto. Que el reproche es doble al tiempo que se observa que la negativa se funda en las "barreras" de expresión derivadas de la discapacidad que tendría el menor de autos, so pena de evitar su "re victimización".

Que al tiempo de ahondar en el análisis de la relación entre discapacidad y acceso a la justicia observamos rápidamente que encuentra garantías constitucionales que aseguran este último sino que además exige un rol de juez activo que remueva las trabas que impiden un real y efectivo acceso a la justicia. Así, la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad establece en su Art. 13 que “Los Estados Partes asegurarán que las personas con discapacidad tengan acceso a la justicia en igualdad de condiciones con las demás, incluso mediante ajustes de procedimiento y adecuados a la edad, para facilitar el desempeño de las funciones efectivas de esas personas como participantes directos e indirecto (...) A fin de asegurar que las personas con discapacidad tengan acceso efectivo a la justicia, los Estados Partes promoverán la capacitación adecuada de los que trabajan en la administración de justicia (...) Y puntualmente, en lo que fuere objeto del presente, en cuanto al derecho a ser oído, el Art. 7.3 de la mencionada Convención “Los Estados Partes garantizarán que los niños y las niñas con discapacidad tengan derecho a expresar su opinión libremente sobre todas las cuestiones que les afecten, opinión que recibirá la debida consideración teniendo en cuenta su edad y madurez, en igualdad de condiciones con los demás niños y niñas, y a recibir asistencia apropiada con arreglo a su discapacidad y edad para poder ejercer ese derecho.” En el actual modelo de discapacidad de derechos humanos e igualdad inclusiva, al que se inscribe nuestro ordenamiento interno, en el decir de la Observación General N° 6/2018 cuando establece que (Los Estados) deben adoptar medidas de apoyo a fin de que todos los niños con discapacidad puedan ejercer su derecho a ser escuchados en todos los procedimientos que los afectan, incluso en los parlamentos, comités y órganos de adopción de decisiones políticas, no es posible sostener la falta de convocatoria del adolescente para ser escuchado por el juez del proceso.

Que así las cosas podemos observar que el adolescente se encuentra en un doble estado de vulnerabilidad lo que requiere de un rol activo de los tribunales, que se remuevan esas barreras, los ajustes necesarios para dar cabida a la diferencia como aspecto de la dignidad humana, tomando las palabras de la Observación General 6/2018 del Comité de las personas con discapacidad que adscribe a un modelo de discapacidad basado en derechos humanos e igualdad inclusiva. Las Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las personas en condiciones de vulnerabilidad se ocupa puntualmente de ello cuando en la Regla 3 establece que “se consideran en condición de vulnerabilidad aquellas personas que, por razón de su edad, género, estado físico o mental, o por circunstancias sociales, económicas y éticas y/o culturales, encuentran especiales dificultades para ejercitar con plenitud ante el sistema de justicia los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico” Así las cosas, se hace necesario juzgar con la conocida “perspectiva de vulnerabilidad” y que en el caso concreto se simplifiquen los procesos y flexibilicen las formas cuando están involucradas personas con discapacidad.

Así las cosas pues bien, si se había observado que la escucha en la primera instancia no había sido eficiente de modo que haga presuponer una respuesta negativa o imposibilidad de expresión en esta oportunidad, será tarea de la Cámara el generar el ambiente propicio, seguro y funcional para que el juez valore la opinión del adolescente sobre el asunto.

La Cámara podría haberse valido de la ayuda de las ciencias auxiliares. Un niño se expresa no sólo en la palabra sino también a través de dibujos, juego, síntomas y reacciones, tomando el juzgador en consideración también las manifestaciones no verbales del adolescente.

III. Reflexión final:

El presente comentario constituye una invitación a reflexionar acerca de la deuda pendiente todavía existente con aquellas personas que se encuentran en una condición de vulnerabilidad, cuanto resta por aprender del modelo en el que se inscribe el acceso a la justicia actual.

Desde una perspectiva de derechos humanos, el modelo actual de acceso a la justicia supone la obligación del Estado y puntualmente del Poder Judicial de contrarrestar todas aquellas circunstancias sociales, económicas, personales, y de cualquier otro tipo que pudieran, en la práctica, dificultar o impedir a las personas acceder al amparo de la justicia. Se requiere e impone un deber de diligencia especial por parte de los tribunales cuando se trata de personas vulnerables, el interés de estas constituye una normativa de orden público en aras a su protección, es decir que los poderes del juez se amplían al servicio de los intereses que han de ser tutelados por la función de garante que nos convoca.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Assef, M.S. (2014). El Tiempo de los niños. Derechos fundamentales del niño a la luz de los nuevos paradigmas. [Versión Electrónica] Revista Jurídica La Ley. DJ10/12/2014,1. Cita online: AR/DOC/3371/2014
- Beloff, Mary. Derechos del niño. Su protección especial en el Sistema Interamericano. Hammurabi. Pág. 307 a 310.
- Herrera, N.S., (2015). La participación del niño a la luz de la CDN, las legislaciones de protección integral de derechos y el Proyecto de Código Civil y Comercial. [Versión Electrónica] Revista Jurídica La Ley 2015 (abril), 06/04/2015 cita online: AR/DOC/874/2015
- Kemelmajer de Carlucci, A., (1994) El derecho constitucional del menor a ser oído. Revista de derecho privado y comunitario N°7. Pag.157 a 187
- Stilerman, Marta (2016) Teoría y Práctica del Derechos de los Niños. Cathedra Jurídica. Págs. 1 a 5. 237 a 256.

DIRECTRICES para AUTORES/AS

En los siguientes links se puede consultar información de interés para quienes estén interesadas/os en publicar en la Revista Derecho y Salud:

- Sobre la Revista: <https://bit.ly/3CFpA4x>
- Directrices para autoras y autores: <https://bit.ly/3k5ymBr>
- Buenas prácticas editoriales: <https://bit.ly/31w0YO3>

La misma información está disponible escaneando con su dispositivo móvil los siguientes Códigos QR:

- Sobre la Revista:



- Directrices para autoras y autores:



- Buenas prácticas editoriales:





UNIVERSIDAD
Blas Pascal



Saber y Saber Hacer

0810 1 22 33 827 - www.ubp.edu.ar