

Méndez, Héctor Oscar vs. Ministerio de Salud de la Provincia de Buenos Aires s. Amparo

Cám. Cont. Adm., La Plata, Buenos Aires; 30/06/2020; Rubinzal Online; 25621
RC J 3654/20

Sumarios de la sentencia

Derecho a la salud - Pandemia COVID19 - Test - Hisopados - Persona mayor - Residencia geriátrica

Admitido el recurso de apelación interpuesto por la parte actora, se hace lugar a la medida cautelar peticionada y, en consecuencia, se ordena al Ministerio de Salud de la Provincia de Buenos Aires suministrar al Hogar de Ancianos donde se encuentra residiendo la madre de 97 años con discapacidad del amparista, los test rápidos de serología COVID-19 y exámenes por PCR (hisopado) que resulten necesarios, para ser aplicados a todo el personal y residentes del mencionado establecimiento, con regularidad suficiente mientras se mantenga esa pandemia. Ello, por cuanto se acreditan suficientemente los requisitos para la procedencia de la medida cautelar, al tener principalmente en cuenta la situación de mayor vulnerabilidad en que se encuentran las personas mayores frente a un posible contagio de COVID-19, quienes pueden sufrir complicaciones de salud severas, en algunos casos con resultados irreversibles. En este sentido, la medida adoptada luce razonable a los fines de asegurar la vigencia cierta del derecho a la salud y a la vida que asiste a sus destinatarios, frente a un riesgo inminente, por la edad avanzada de estos. Asimismo, no surge que el cumplimiento de la cautelar peticionada pueda causar una grave afectación al interés público, cuando, precisamente, se trata de una debida estrategia sanitaria preventiva, de atención temprana de un test que diagnostique la existencia de una enfermedad, lo que genera para el Estado el conocimiento primario de posibles casos que pudieran estar ocultos, con la consiguiente y probable expansión silenciosa de la pandemia social, con efectos de graves consecuencias al sistema de salud pública. De este modo, se revigora el mandato constitucional (inc. 23, art. 75, Constitución Nacional, e incs. 5 y 6, art. 36, Constitución de la Provincia de Buenos Aires), y el consecuente deber de promover medidas de acción positivas que garanticen el pleno goce y ejercicio

de los derechos constitucionales, en resguardo de un grupo de extrema vulnerabilidad como son los ancianos -algunos con discapacidad- y su salud.

Derecho a la salud - Pandemia COVID19 - Persona mayor - Alta vulnerabilidad

En el marco de un proceso en que se hace lugar a la medida cautelar peticionada, y se ordena al Ministerio de Salud de la Provincia de Buenos Aires suministrar al Hogar de Ancianos donde se encuentra residiendo la madre de 97 años con discapacidad del amparista, los test rápidos de serología COVID19 y exámenes por PCR (hisopado) que resulten necesarios, para ser aplicados a todo el personal y residentes del mencionado establecimiento, con regularidad suficiente mientras se mantenga esa pandemia, se tiene presente que debe darse primacía efectiva al derecho a la vida y salud comprometidos en el caso, toda vez que el derecho a la vida es el primer derecho de la persona humana que resulta reconocido y garantizado por la Constitución Nacional. Asimismo, se enfatiza que la obligación de adoptar medidas aun en subsidio desde el Poder Judicial surge clara a la luz de lo expresado -también obligatoriamente para todos los jueces y funcionarios- por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, respecto de los derechos de las personas con discapacidad (Caso Furlan y Familiares vs. Argentina), así como a mérito de lo dispuesto en la Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad y de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

Derecho a la salud - Pandemia COVID19 - Persona mayor - Alta vulnerabilidad - Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH)

Ordenado el suministro de test rápidos de serología COVID19 y exámenes por PCR (hisopado) que resulten necesarios, para ser aplicados a todo el personal y residentes del Hogar de Ancianos donde se encuentra residiendo la madre de 97 años con discapacidad del amparista, a cargo del Ministerio de Salud provincial, se tiene presente que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) el 10 de abril de 2020 expidió la Resolución 1/20 "Pandemia y Derechos Humanos en las Américas", en la cual no sólo advierte la afectación a la vigencia de los derechos humanos a causa del COVID19, tales como la libertad, salud, integridad personal, trabajo, etc.; además, establece recomendaciones que los

Estados de la Región deben considerar previamente al dictado de sus medidas de contención de la pandemia, a fin de que se respeten los derechos humanos. En este sentido, y en particular, sobre los grupos en situación de vulnerabilidad (mujeres, niños, adolescentes, personas LGBTI, personas con discapacidad, personas trabajadoras, adultos mayores, etc.), exhorta que los Estados, al momento de tomar decisiones de emergencia ante la pandemia, deben aplicar perspectivas interseccionales y prestar especial atención a su impacto diferenciado. En este mismo sentido, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), en el marco de su Sala de Coordinación y Respuesta Oportuna e Integrada para la crisis derivada de la pandemia del COVID-19, urge a los Estados a brindar una protección reforzada a las personas mayores de la región, quienes se encuentran en una situación de mayor vulnerabilidad, y a adoptar las medidas necesarias para garantizar sus derechos, de acuerdo con la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores.

Derecho a la salud - Pandemia COVID19 - Persona mayor - Residencia geriátrica - Alta vulnerabilidad - Medida cautelar - Improcedencia

El deseo de alcanzar la detección precoz que intenta la recurrente en el grupo de riesgo que integra la madre del amparista -una persona de 93 años con discapacidad residente de un Hogar de Ancianos-, no lo es menos que promedian circunstancias de salud pública que no siempre conforman un escenario justiciable, quedando fuera de esa variable toda actividad de gestión concerniente a esa especie, mientras su despliegue no suponga la afectación directa, comprendiendo ello tanto a la definición del caso para los testeos, como a la del grupo vulnerable. Además, en el caso, se muestra un propósito de anticipación, aunque parcial, del resultado del proceso, que conspira contra la naturaleza que es propia a las medidas cautelares. Y, si bien las condiciones etarias y de salud que se denuncian constituyen un componente de valoración singular, no lo es menos que la urgencia decisoria de la acción de amparo salvaguarda ese cuadro, pues es precisamente la brevedad uno de sus contornos; la urgencia no autoriza a sustituir la resolución de mérito por la etapa cautelar. (Del voto en minoría del Dr. De Santis.)

Texto completo de la sentencia

En la ciudad de La Plata, a los treinta días del mes de Junio del 2020, reunida la Cámara de Apelación en lo Contencioso Administrativo con asiento en La Plata, en Acuerdo Ordinario, con la presencia de los Señores Jueces Dres. Gustavo Juan De Santis, Claudia Angélica Matilde Milanta y Gustavo Daniel Spacarotel, para entender en la causa "MENDEZ, HECTOR OSCAR C/ MINISTERIO DE SALUD DE LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES S/AMPARO (INFOREC 10)", en trámite ante el Juzgado en lo Civil y Comercial n° 1 del Departamento Judicial La Plata (Expte. N° -11112557-), previo sorteo y deliberación, se aprueba la siguiente resolución.

VISTO:

El recurso de apelación articulado por el amparista en fecha 27-5-20, contra la resolución de fecha 15-5-20, el Tribunal resolvió plantear la siguiente

CUESTIÓN:

¿Qué pronunciamiento corresponde adoptar?

VOTACIÓN:

A la cuestión planteada, el Dr. Spacarotel dijo:

I. Arriban los autos a este Tribunal de Alzada con motivo del recurso de apelación articulado por el amparista en fecha 27-5-20, contra el decisorio de grado que resuelve desestimar la medida cautelar solicitada con el fin de que se ordene, con carácter provisorio, que el Ministerio de Salud suministre al Hogar de Ancianos "Finosa", "...1) LOS TEST RAPIDOS SEROLOGIA COVID19 y EXAMENES POR PCR (ISOPADO) que resulten necesarios según el resultado del primero PARA SER APLICADOS A TODO EL PERSONAL E INTERNADOS EN EL CITADO ESTABLECIMIENTO; para prevenir la introducción del virus CORONAVIRUS (COVID 19) dentro de ese Hogar, todo ello con la frecuencia necesaria y durante el lapso de tiempo en que dure esta PANDEMIA".

Para resolver en tal sentido, el magistrado de grado entiende -a la luz de los informes técnicos obrantes en la causa-, que prima facie no se advierte un actuar u omisión contrario a derecho por parte de la aquí demandada, desde que a tenor de las propias manifestaciones de la parte actora resulta que "hasta el momento no se ha registrado ningún afectado entre el personal e internados", y que conforme lo dictaminado por los expertos solo deben hisoparse los pacientes sintomáticos, no debe realizarse monitoreo periódico de asintomáticos y debe cumplirse con el protocolo para la prevención y control de Covid 19 en adultos mayores, 60 años o más (dictado por el Ministerio de Salud de la Pcia. de Buenos Aires).

Colige a tenor de ello, no hallar razones de admisión de la medida cautelar, dejando a salvo lo que pudiere ocurrir si variaran la situación de hecho que actualmente existe en el caso y lo mutable que importa la presente pandemia.

II. La parte actora se agravia respecto de dicho decisorio. Destaca como agravio, que a su entender, se encuentra en autos comprometido el derecho a la vida, de personas que por su situación de alta vulnerabilidad frente a la pandemia Coronavirus Covid 19, se hallan en riesgo inminente y cierto de perder la vida como consecuencia del accionar omisivo de la demandada, denotando ello la irreparabilidad de semejante perjuicio, demostrativo del peligro en la demora acreditado.

Enfatiza que la protección del derecho invocado resulta verosímil, en tanto se relaciona nada más y nada menos que con el derecho a la salud y el derecho a la vida, que supera el unilateral y equivocado marco de la misma reglamentación infra legal emanada de la demandada como lo es el Protocolo Vigente del Ministerio de Salud en el Marco de la Pandemia, que manda a practicar test ante casos sospechosos y/o confirmados de COVID-19.

Entiende que tanto la providencia recurrida como las opiniones científicas en las que se apoya han restado utilidad de la realización de las pruebas o test solicitadas para determinar la detección preventiva del virus del COVID 19 de los ancianos alojados en forma permanente en establecimientos para adultos mayores y del personal que los asiste.

Sostiene que lo pretendido enmarca en un adecuado ejercicio de las funciones constitucionales de la protección de la salud de todos los habitantes de la provincia de Buenos Aires, en especial de los adultos mayores y sobremanera de los que se encuentran alojados en esos establecimientos, según lo dispuesto por la Ley Orgánica de Ministerios (art. 30 inc. 1, 2, 3, y conc de la la Ley 15164), en cuanto entre otras le atribuye la función de entender en la promoción del desarrollo de servicios de salud que garanticen el acceso y brinden una cobertura en salud a la totalidad de la población. Ello , con especial atención a los grupos vulnerados, como así también intervenir en la producción de información y vigilancia epidemiológica para la planificación estratégica y toma de decisiones en salud; así como entender en la regulación y control, lo que obliga al Ministerio de salud a adoptar en forma urgente, preventiva y de oficio todas las medidas necesarias, no sólo para diagnosticar y asistir a toda la población frente al avance de ese letal virus, sino también para prevenir su introducción en el colectivo de los adultos mayores alojados en forma permanente en esos establecimientos.

Así, con cita respaldatoria de los preceptos constitucionales y convencionales aplicables, peticiona se revoque el decisorio de grado y se otorgue la medida cautelar solicitada.

III. El recurso articulado es admisible por hallarse cumplidos los extremos de tiempo y forma, y resultar este Tribunal competente para entender en el mismo,

por lo que corresponde resolver acerca de sus fundamentos (arts. 16 inc. 2, 17 y 17 bis, Ley 13928 -texto según Ley 14192-).

IV. Anticipo que el recurso de apelación articulado resulta de recibo.

a) Al efecto, es dable recordar que la admisión de medidas cautelares, en el marco del proceso de amparo, se encuentra supeditada a la demostración del *fumus boni iuris* invocado, del peligro en la demora y en que la medida requerida no afectare gravemente el interés público (arts. 9, 25 y ccs, Ley 13928 -texto según Ley 14192-; 22, inc. 1, aps. "a", "b" y "c" y ccs., CCA 230 y concs., CPCC).

Asimismo, cabe destacar que toda medida cautelar denota una labor judicial de perfil preventivo, máxime, ponderando que la misma se formula en el seno de un proceso rápido y expedito como la acción de amparo.

En este contexto, habrá pues de visualizarse, la objetiva posibilidad de frustración, riesgo o estado de peligro, según un razonable orden de probabilidades acerca de la existencia del derecho que invoca la parte peticionante, reconociendo que su resultado puede proyectar un anticipo de la decisión de fondo ordenando la conservación o mantenimiento del estado de cosas existentes o, a veces, su innovación según sea la naturaleza de los hechos sometidos a juzgamiento.

b) En tal tesitura, cabe puntualizar en forma liminar que, la presente acción ha sido articulada por el señor Héctor O. Méndez, en representación de su madre, Esther A. Cocconi, con el fin de que se ordene al Ministerio de Salud provincial, suministre al Establecimiento Geriátrico "Hogar de Sostén y Mantenimiento Finosa" en que la misma se encuentra internada, Test rápidos preventivos de serología y Test de PCR por hisopado para el personal y demás insumos sanitarios específicos para prevenir la introducción del virus COVID 19 dentro de ese Hogar y la infección tanto de los empleados como de los internados, con regularidad suficiente mientras se mantenga esa pandemia (v. presentación electrónica de fecha 27-4-20).

En la demanda se explicita que en el establecimiento "FINOSA", las personas alojadas son en su mayoría de una edad superior a los 65 años, presentando en casi todos los casos diferentes discapacidades, formando parte por ello del grupo más vulnerable y constituyendo sin dudas el principal grupo de riesgo de toda población bonaerense bajo la órbita del poder de policía sanitario del Ministerio demandado.

Asimismo, se articula medida cautelar tendiente a que se ordene, con carácter provisorio, que el Ministerio de Salud suministre a dicho Hogar de ancianos, "...1) LOS TEST RAPIDOS SEROLOGIA COVID19 y EXAMENES POR PCR (ISOPADO) que resulten necesarios según el resultado del primero PARA SER

APLICADOS A TODO EL PERSONAL E INTERNADOS EN EL CITADO ESTABLECIMIENTO; para prevenir la introducción del virus CORONAVIRUS (COVID 19) dentro de ese Hogar, todo ello con la frecuencia necesaria y durante el lapso de tiempo en que dure esta PANDEMIA".

Ello, con el objeto de lograr un rápido chequeo y en su caso apartamiento del personal médico y/o administrativo y/o internados con la finalidad de prevenir el rápido -y muchas veces incurable- contagio comunitario del virus entre dicho grupo de riesgo y con ello evitar lamentables consecuencias para ese grupo vulnerable y de extremo riesgo colectivo que debe ser de especial cuidado asistencial según nuestra Constitución provincial (v. presentación electrónica de fecha 27-4-20).

También surge de las constancias de autos que la Sra. Esther Cocconi, de 97 años de edad, posee una discapacidad motriz crónica y se encuentra alojada en el citado Hogar de Ancianos desde el 4 de Septiembre de 2018, habiendo ingresado con diagnóstico de fractura de cadera con prótesis y de pubis, con dificultad para deambular por sus propios medios leve y deterioro cognitivo (v. documental adjuntada en soporte digital en fecha 27-4-20; en especial, certificado de discapacidad y certificaciones médicas de fecha 12-9-18 y 25-4-20).

c) En ese marco, considero que procede admitir la diligencia precautoria pretendida, toda vez que, analizadas las constancias agregadas a la causa, en el delimitado marco cognoscitivo propio de las diligencias cautelares, cabe decir que, en el caso concreto, se acreditan suficientemente los requisitos para su procedencia, ponderados de conformidad a la índole de los bienes que se procuran tutelar y al compromiso que, sobre aquéllos, la no adopción de tal medida -de carácter preventivo- resulte susceptible de ocasionar (arts. 75 inc. 22º, Const. Nac.; 11, 31, 36 incs. 5º y 8º, 39, Const. Prov.; 9, 25 y concs., Ley 13928 -texto según Ley 14192-; 230, 232 y concs., CPCC).

Cabe recordar, en primer lugar, el especial contexto actual imperante, donde el 11 de marzo de 2020 la Organización Mundial de la Salud declaró el brote del nuevo coronavirus como una pandemia, luego de lo cual se tomaran diversas medidas en nuestro país -en que rige en la actualidad el aislamiento social, preventivo y obligatorio dispuesto por el DNU N° 297/20-, reflejando dicha coyuntura, la grave emergencia sanitaria nacional y los bienes jurídicos tutelados en ciernes (la vida y la salud, arts. 75 inc. 22 y 23 CN).

Asimismo, ninguna duda cabe en cuanto a la mayor situación de vulnerabilidad en que se encuentran las personas mayores frente a un posible contagio de COVID-19, habiéndose elaborado desde la órbita de la autoridad sanitaria bonaerense, recomendaciones para la prevención en residencias de personas

mayores de edad, al considerarla "población vulnerable", procurando evitar la introducción del COVID19 en tales establecimientos (v. COVID-19, documento del 21-5-20, disponible en el sitio web oficial del Ministerio de Salud provincial; <http://www.msal.gob.ar/images/stories/bes/graficos/0000001853cnt-recomendaciones-residencias-adultos-mayores-covid19.pdf>).

En ese contexto, se revigoriza el mandato constitucional del artículo 75 inc. 23 de la Constitución Nacional -y art. 36 incs. 5 y 6 de nuestra Constitución provincial-, y el consecuente deber de promover medidas de acción positivas que garanticen el pleno goce y ejercicio de los derechos constitucionales, en resguardo de un grupo de extrema vulnerabilidad como son los ancianos y su salud -más aún ante la presencia de alguna discapacidad, como en autos-.

Tales circunstancias tornan necesaria la adopción de medidas no sólo paliativas sino principalmente y en especial de tinte preventivas, con carácter urgente, en salvaguarda de la integridad de la población de mayor riesgo ante el virus y del equipo de salud que la asiste.

Máxime ponderando que el aludido mandato constitucional ha de aggiornarse en un marco situacional como el actual, que va variando día tras día y amerita ponderar el comportamiento, evolución y variación epidemiológica que se presenta en cada momento y lugar determinados, reflejado ello -en lo que al caso puntual de los geriátricos refiere- en cuanto resultan de público conocimiento -y así también lo refiere el amparista con documentación respaldatoria, v. documental, presentación del 29/4/20- los contagios ocurridos en el seno de hogares de ancianos y la gravedad de la situación epidemiológica en el área metropolitana bonaerense.

En particular, cabe traer a colación cuanto refieren los expertos de la Asesoría Pericial La Plata, en cuanto dictaminaran -en fecha 28/4/20- que "...la utilización de test rápidos de detección del COVID-19 ofrece la posibilidad de aumentar las capacidades diagnósticas del Sistema Nacional de Salud. Las pruebas rápidas de detección del COVID-19 permiten obtener resultados en 15 minutos y tienen un formato fácil de utilizar por parte del personal sanitario...", puntualizando que en el ámbito extrahospitalario, "...Se priorizará la utilización de los test en residencias de personas mayores y centros sociosanitarios con el objetivo de detectar precozmente los casos e investigar los posibles brotes".

Por lo demás, es dable entender que la solución aquí propiciada se encuentra en línea con las actuales medidas de acción que ha comenzado a implementar la autoridad sanitaria provincial, con carácter preventivo -es decir, aún ante la inexistencia de casos sospechosos y/o confirmados de COVID19-, en la medida que se ha encarado la ejecución de protocolos de acción en establecimientos geriátricos -"metodología de pools"-, consistentes en efectuar testeos de

múltiples personas mayores y equipos de salud para evaluar la incidencia del virus en tales poblaciones vulnerables (v. sitio web oficial del Ministerio de Salud provincial, 4-6-20, [https://www.gba.gob.ar/saludprovincia/noticias/la_provincia_implemplementa_un_novedoso_sistema_de_control_en_geri % C3 % A1tricos](https://www.gba.gob.ar/saludprovincia/noticias/la_provincia_implemplementa_un_novedoso_sistema_de_control_en_geri%C3%A1tricos); v. asimismo, presentación del amparista del 17-6-20).

En ese marco, reviste relevancia recordar que el derecho a la salud representa uno de los corolarios del derecho a la vida, y su reconocimiento como prerrogativa personalísima posee expresa raigambre constitucional con la incorporación como Ley Suprema de los tratados internacionales que así lo receptan (art. 75 inc. 22º, Const. Nac.; art. XI de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; art. 25-1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y art. 4º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, entre otros).

Cabe sumar, así, y en esa télesis, la importancia que cobra la normativa constitucional-convencional universal y regional en materia de derechos humanos y la interpretación particular y general que sus órganos realizan a través de los distintos mecanismos de intervención (como responsables últimos de la inteligencia de los mandatos asumidos por los Estados parte, en términos de protección de derechos humanos), jerarquía fortalecida por la Corte Suprema a través de disímiles precedentes (CSJN, "Recursos de hecho deducidos por la actora en la causa 'Carranza Latrubesse, Gustavo c/ Estado Nacional -Ministerio de Relaciones Exteriores- Provincia del Chubut' y por el Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio Internacional y Culto en la causa C.594.XLIV 'Carranza Latrubesse, Gustavo c/ Estado Nacional- Ministerio de Relaciones Exteriores- Provincia del Chubut'", sent. del 6/8/2013).

Dicho Supremo Tribunal recogió así tales pautas, en cuanto a partir de lo dispuesto en los tratados internacionales que tienen jerarquía constitucional (art. 75 inc. 22º de la Ley Suprema), ha reafirmado "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" ("Fallos", 321:1684, 323:3229).

Así, en un caso como el de autos, debe darse primacía efectiva al derecho a la vida y salud comprometidos en autos, toda vez que, tal como lo sostuvo la CSJN, "el derecho a la vida es el primer derecho de la persona humana que resulta reconocido y garantizado por la Constitución nacional" ("Fallos", 302:1284; 310:112). También ha dicho que "el hombre es 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 valor fundamental con respecto al cual restantes valores tienen siempre carácter instrumental" ("Fallos",

316:479, 323:3229).

En particular, se destaca cuanto emerge del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que reconoce el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental, contemplando en particular, que se deberán adoptar medidas que aseguren "...la prevención y el tratamiento de las enfermedades epidémicas, endémicas, profesionales y de otra índole, y la lucha contra ellas" (art. 12, inc. c), así como la creación de condiciones que aseguren a todos asistencia médica y servicios médicos en caso de enfermedad (inc. d).

Finalmente, resta enfatizar que la obligación de adoptar medidas aun en subsidio desde el Poder Judicial surge clara a la luz de lo expresado -también obligatoriamente para todos los jueces y funcionarios- por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, respecto de los derechos de las personas con discapacidad (CIDH. Caso "Furlan y Familiares vs. Argentina. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas", 31 de agosto de 2012 Serie C N° 246, Resumen Oficial, en <http://www.corteidh.or.cr/casos.cfm>), así como a mérito de lo dispuesto en la Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad y de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, a cuyo respecto dijera la CIDH que "el modelo social para abordar la discapacidad debe considerar las barreras o limitaciones que socialmente existen para que las personas puedan ejercer sus derechos de manera efectiva, y que pueden ser de índole física o arquitectónica, comunicativa, actitudinal o socioeconómica, y 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, siendo insuficiente a los fines de esa protección que los Estados se abstengan de violar los derechos pues 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, como la discapacidad y esto implica la obligación de los Estados de propender por la inclusión de las personas con discapacidad por medio de la igualdad de condiciones, oportunidades y participación en todas las esferas de la sociedad, con el fin de garantizar que aquellas limitaciones sean desmanteladas, y en esta inteligencia resulta necesario que los Estados promuevan prácticas de inclusión social y adopten medidas de diferenciación positiva para remover dichas barreras".

d) En tal particular contexto, ponderando los derechos comprometidos en riesgo,

de una mujer mayor de avanzada edad y discapacitada, cabe adoptar un criterio protectorio en función de los bienes en juego, el compromiso vital de los mismos, su condición (acumulativa) de sujeto preferente constitucional y convencionalmente impuesto (mujer mayor y discapacitada), el alcance de las obligaciones en clave constitucional-convencional existentes y asumidas (arts. 5, 14, 33, 42 y 75 incs. 22 y 23, Const. Nac.; I, XI y concs., Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; 25 y concs., Declaración Universal de Derechos Humanos; 4, 5 y concs., Convención Americana sobre Derechos Humanos; 24 y concs., Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; 11, 12 y concs., Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; 1, 16 inc. 4, y concs., Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad; 36 incs. 5, 6 y 8 y concs., Const. Prov.; 1 y concs., Ley 6982; 1 y concs., Ley 10592; 22 y concs. CCA).

Bajo una justa hermenéutica inherente al "control de convencionalidad" que corresponde adoptar para analizar la presente petición, es dable poner de manifiesto que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) el 10 de abril del presente año expidió la Resolución N.º 1/20 "Pandemia y Derechos Humanos en las Américas", en la cual no sólo advierte la afectación a la vigencia de los derechos humanos a causa de la COVID- 19, tales como la libertad, salud, integridad personal, trabajo, etc.; además, establece recomendaciones que los Estados de la Región deben considerar previamente al dictado de sus medidas de contención de la pandemia, a fin de que se respeten los derechos humanos.

En este sentido, y en particular, sobre los grupos en situación de vulnerabilidad (mujeres, niños, adolescentes, personas LGBTI, personas con discapacidad, personas trabajadoras, adultos mayores etc), exhorta que los Estados, al momento de tomar decisiones de emergencia ante la COVID-19, deben aplicar perspectivas interseccionales y prestar especial atención a su impacto diferenciado.

En efecto, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), en el marco de su Sala de Coordinación y Respuesta Oportuna e Integrada para la crisis derivada de la pandemia del COVID-19 (SACROI COVID-19), urge a los Estados a brindar una protección reforzada a las personas mayores de la región, quienes se encuentran en una situación de mayor vulnerabilidad, y a adoptar las medidas necesarias para garantizar sus derechos, de acuerdo con la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores, y con los estándares y las recomendaciones de su Resolución No. 01/20 "Pandemia y Derechos Humanos en las Américas".

La CIDH manifiesta su preocupación por la situación de vulnerabilidad de más

de 76 millones de personas mayores que viven en la región, la cual se ha visto seriamente agravada por el COVID-19, debido a un nivel de riesgo mayor, por su susceptibilidad al contagio. En este contexto, a la CIDH le preocupan profundamente los altos índices de infección, ingresos en hospitales y mortalidad de personas mayores registrados en el último mes. La Comisión urge a los Estados a garantizarles el derecho a la salud física y mental, adoptando las medidas necesarias a fin de prevenir los contagios, en todos los ámbitos y particularmente en residencias de largo plazo, hospitales y centros de privación de libertad. Para ello deben priorizarles el acceso a las pruebas de COVID-19. Así, se impone adoptar un criterio favorable dada la índole de los derechos en juego, teniendo en cuenta la naturaleza de los hechos, y los agravios del recurrente (cfr. doctr. art. 384, CPCC, art. 25, Ley 13928, texto según Ley 14192).

Desde esa óptica, merituando la documentación acompañada, se aprecian preliminarmente, cumplimentado los recaudos -"verosimilitud del derecho" y "peligro en la demora"- del accionante en obtener la provisión de los test e insumos médicos requeridos.

En particular, el peligro en la demora surge prístino en tanto la medida procura tutelar a una persona mayor que integra -junto con los restantes ancianos alojados en el establecimiento- un grupo de riesgo por razones etarias, y que en caso de un contagio de COVID-19, presenta en general complicaciones de salud más severas que las de personas más jóvenes, en gran parte de los casos con alcances irreversibles.

Dentro de un razonable margen de probabilidades, que corresponde formular, la medida solicitada, reluce razonable a fin de evitar un grave e inminente perjuicio que podría tornarse en una situación irreparable; ello así a los fines de asegurar la vigencia cierta del derecho a la salud y a la vida que asiste a los destinatarios de la medida, frente a un riesgo inminente, por la edad avanzada de los mismos, que sólo solicitan la atención preventiva y adecuada, para ser diagnosticados tempranamente, a fin de procurar la atención en tiempo vital de las posibles consecuencias que genera la presente pandemia para esos grupos especialmente expuestos y vulnerables al compromiso del derecho a la salud y la vida.

Por último, no se advierte que la medida precautoria ordenada pueda ocasionar una grave afectación al interés público. Antes bien, una debida estrategia sanitaria preventiva, de atención temprana de un test que diagnostique la existencia de una enfermedad, genera para el estado el conocimiento primario de posibles casos que pudieran estar ocultos, con la consiguiente y probable expansión silenciosa de la pandemia social, con efectos de graves

consecuencias al sistema de salud pública.

Todo ello, sin que lo propiciado signifique juicio definitivo sobre el mérito del asunto, ni dispense al juez de la causa del dictado posterior de la sentencia conclusiva, o bien del pronunciamiento necesario en el marco de celeridad en que se inscribe la contienda (art. 15, Const. Prov.).

e) A mérito de las consideraciones expuestas, propongo hacer lugar al recurso de apelación de la parte actora, revocando el decisorio de grado, y admitir la medida cautelar solicitada, ordenando al Ministerio de Salud provincial a suministrar al Establecimiento Geriátrico "Hogar de Sostén y Mantenimiento Finosa" en que se encuentra internada la señora Esther Cocconi, en el plazo de cinco (5) días, los Test rápidos preventivos de serología para la misma así como para los restantes ancianos allí alojados, y todo el personal que desempeña labores en dicho establecimiento, con la periodicidad necesaria para monitorear el estado de salud de las personas involucradas, según los protocolos técnicos específicos, hasta tanto se dicte sentencia en autos; suministrando los Test de PCR por hisopado de resultar ello procedente según el resultado que arrojaran los primeros; con costas a la demandada vencida (arts. 75 incs. 22, 23 y concs., Const. Nac.; 11, 20 inc. 2, y 36 incs. 5, 6 y 8, Const. Prov.; 5, 9, 16 inc. 2, 17, 17 bis, 19, 25 y concs., Ley 13928 conf.- texto según Ley 14192).

V. Por todo ello, propicio admitir el recurso de apelación de la parte actora, revocando el decisorio de grado, y admitir la medida cautelar solicitada, ordenando al Ministerio de Salud provincial a que en el plazo de cinco (5) días, arbitre las medidas necesarias para asegurar el suministro al Establecimiento Geriátrico "Hogar de Sostén y Mantenimiento Finosa" en que se encuentra internada la señora Esther Cocconi, de Test rápidos preventivos de serología para la misma así como para los restantes ancianos allí alojados, y el personal que desempeña labores en dicho establecimiento, con la periodicidad necesaria para monitorear el estado de salud de las personas involucradas, según los protocolos técnicos específicos, hasta tanto se dicte sentencia en autos; suministrando los Test de PCR por hisopado de resultar ello procedente según el resultado que arrojaran los primeros; ello, previa caución juratoria, ante el juzgado de origen (arts. 75 incs. 22, 23 y concs., Const. Nac.; 11, 20 inc. 2, y 36 incs. 5, 6 y 8, Const. Prov.; 5, 9, 16 inc. 2, 17, 17 bis, 25 y concs., Ley 13928 conf.- texto según Ley 14192).

Con costas a la demandada en su calidad de vencida (conf. art. 19 y ccs. Ley 13928).

Así lo voto.

A la cuestión planteada la Dra. Milanta dijo:

Comparto, en lo sustancial, la solución que propone el juez del primer voto en la

medida en que la particular situación de la madre del amparista justifica la providencia cautelar y su alcance, dado que se encuentra internada en el establecimiento geriátrico "Hogar de Sostén y Mantenimiento Finosa" y, por tal motivo, expuesta a una eventual situación de contagio, en el excepcional contexto sanitario de la pandemia ocasionada por el virus COVID-19, cuyos parámetros de base constitucional y supranacional se encarga de describir el magistrado preopinante.

Por lo tanto, atendiendo puntualmente a la situación de avanzada edad y vulnerabilidad de la madre del actor (y de aquellas personas con quienes convive en el establecimiento antes citado), atendiendo a la particularísima situación actual, derivada del estado de emergencia sanitaria, coincido con otorgar la tutela preventiva, sin que ello signifique un posicionamiento final de la cuestión de mérito.

Así lo voto.

A la cuestión planteada, el Dr. De Santis dijo:

Discrepo con los votos antecedentes.

El recurso de apelación no logra fuerza suficiente para conmover las bases de sostén de un pronunciamiento que se muestra sin error de juzgamiento en todo cuanto decide.

Participo de la valoración relativa a la ausencia de buena apariencia, a partir de las constancias que consigna el juez de la causa al tiempo de considerar los informes rendidos en autos, en cuanto a la sujeción de la conducta sanitaria al protocolo establecido por la autoridad y a la definición del caso susceptible a las pruebas requeridas.

En tal sentido, debo decir que en la etapa provisoria que cursa el proceso no se advierte menoscabo al derecho a la salud de la persona por quien se articula la acción de amparo, con impacto en la garantía constitucional relativa, ni en el universo compartido de quienes se encuentran en su misma situación de internación.

Y, si bien es plausible el deseo de alcanzar la detección precoz que intenta la recurrente en el grupo de riesgo que connota en su presentación de demanda, no lo es menos que promedian circunstancias de salud pública que no siempre conforman un escenario justiciable, quedando fuera de esa variable toda actividad de gestión concerniente a esa especie, mientras su despliegue no suponga la afectación directa que también descarta el juez de la causa.

Ello comprende tanto a la definición del caso para los testeos, como a la del grupo vulnerable.

Como se aprecia, sin que ello signifique un juicio definitivo sobre esas cuestiones, sin embargo, las veo suficientes para edificar un cuadro de debate y

discusión que no es posible zanjar en el curso preliminar preventivo.

Este, además, muestra un propósito de anticipación, aunque parcial, del resultado del proceso, que conspira contra la naturaleza que es propia a las medidas cautelares. Y, si bien las condiciones etarias y de salud que se denuncian constituyen un componente de valoración singular, no lo es menos que la urgencia decisoria de la acción de amparo salvaguarda ese cuadro, pues es precisamente la brevedad uno de sus contornos (art. 20 inc. 2 CPBA).

No obstante, esa urgencia no autoriza a sustituir la resolución de mérito por la etapa cautelar (conf. arts. 9 Ley 13928, 22, 23 y ccs. Ley 12008, t. seg. Ley 13101 y 195, 230 y ccs. CPCC).

El recurso de apelación carece pues de embate eficaz.

El despacho apelado debe confirmarse, con costas de la instancia a la actora vencida por mediar sustanciación en ella.

Propongo:

Rechazar el recurso de apelación de la actora y confirmar la decisión atacada en todo cuanto ha sido materia de sus agravios, con costas de la instancia a su cargo (arts. 9, 19 y ccs. Ley 13928, t. seg. Ley 14192, 22, 23 y ccs. Ley 12008, t. seg. Ley 13101 y 195, 230 y ccs. CPCC).

Así lo voto.

Por tales consideraciones, este Tribunal

RESUELVE:

Por mayoría, hacer lugar al recurso de apelación de la parte actora, revocar el decisorio de grado, y admitir la medida cautelar solicitada, ordenando al Ministerio de Salud provincial a que en el plazo de cinco (5) días, arbitre las medidas necesarias para asegurar el suministro al Establecimiento Geriátrico "Hogar de Sostén y Mantenimiento Finosa" en que se encuentra internada la señora Esther Cocconi, de Test rápidos preventivos de serología para la misma así como para los restantes ancianos allí alojados, y el personal que desempeña labores en dicho establecimiento, con la periodicidad necesaria para monitorear el estado de salud de las personas involucradas, según los protocolos técnicos específicos, hasta tanto se dicte sentencia en autos; suministrando los Test de PCR por hisopado de resultar ello procedente según el resultado que arrojaran los primeros; ello, previa caución juratoria, ante el juzgado de origen (arts. 75 incs. 22, 23 y concs., Const. Nac.; 11, 20 inc. 2, y 36 incs. 5, 6 y 8, Const. Prov.; 5, 9, 16 inc. 2, 17, 17 bis, 25 y concs., Ley 13928 conf.- texto según Ley 14192).

Por mayoría, con costas a la demandada en su calidad de vencida (conf. art. 19 y ccs. Ley 13928).

Regístrese, notifíquese y devuélvase al juzgado de origen, oficiándose por Secretaría.



DE SANTIS GUSTAVO JUAN - MILANTA CLAUDIA ANGELICA MATILDE -
DRAGONETTI MONICA MARTA - SPACAROTEL GUSTAVO DANIEL.