

## Gobierno De La Ciudad De Buenos Aires Coronavirus Derecho A La Salud Doctrina De La Corte Suprema Acciones Positivas Deber De Los Jueces

### JURISPRUDENCIA

Ciudad de Buenos Aires, 2 de mayo de

2020. VISTOS Y CONSIDERANDO: I.- En el día de la fecha, por medio de un llamado realizado al 0800-122- JUSBAIRES y posteriormente, con el escrito presentado electrónicamente se presenta la Sra. Defensora a cargo de la Defensoría N°1 del fuero, Dra Alejandra Lorena Lampolio, en su carácter de gestora del Sr. F. A. R. -coordinador del Centro de Integración Complementario ?Ernesto Che Guevara?, con domicilio real en la calle Fraga 86, piso 13 B CABA. Indica que ?uno de los habitantes que reside en el centro de que se trata ha testeado de manera positiva el virus SARS CoV 2 (enfermedad COVID-19), motivo por el cual ha sido derivado al Hospital General de Agudos J.M. Penna? (cfr. acápite II pto. 1). En ese contexto, solicita que ?se ordene al Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires -por conducto de la autoridad administrativa que corresponda y con la urgencia que el caso amerita- proceda a brindar tests PCRs a la totalidad de personas que residen en el Centro, así como también a las personas que allí trabajan para evitar una mayor propagación de virus SARS CoV 2 y un incremento inmediato en el riesgo de contaminación comunitaria? (cf. Pto. 1.1). Asimismo, requiere que se aplique el artículo 9 del Protocolo de actuación ante sospecha y/o confirmación de COVID-19 y se ordene a los habitantes del Centro de Integración Complementario ?Ernesto Che Guevara? Proyecto 7 que queden en estado de cuarentena total, que se impidan nuevos ingresos y que se ordene al GCBA que disponga la medidas necesarias para evitar la salida de personas que allí residen con el fin de prevenir una mayor transmisión del daño (cfr. Pto 1.2). Señala que el Centro de Integración Complementario ?Ernesto Che Guevara? Proyecto 7 es un espacio que fomenta la creatividad mediante la realización de talleres y que se ofrecen espacios terapéuticos para trabajar cuestiones vinculadas a consumo de sustancias. Acompaña un listado de personas que actualmente habitan en el Centro de Integración Complementario ?Ernesto Che Guevara? Proyecto 7 y señala que también se desempeñan como trabajadores varias personas (entre los cuales se encuentra el accionante). Relata que el día 30/04/2020 se le informó que el Sr. O. R. M., uno de los residentes del Centro de Integración Complementario ?Ernesto Che Guevara? Proyecto 7 habría testeado de manera positiva por el virus SARS CoV 2 (enfermedad COVID 19) (v. oficio anejado como documental al escrito de inicio). Indica que, ante la presencia de síntomas -dolor de garganta y elevada temperatura- el Sr. M. fue derivado al Hospital General de Agudos J.M. Penna, dependiente del GCBA. Ello, en virtud de lo dispuesto en el punto 6° del del Protocolo de actuación ante sospecha y/o confirmación de COVID-19 (Coronavirus) en los dispositivos propios y conveniados pertenecientes a la Gerencia Operativa de Asistencia Integral a los sin Techo. Afirma que ?en cumplimiento de los protocolos mentados, personal dependiente del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires se presentó ante el Centro de Integración Complementario Ernesto ?Che' Guevara- Proyecto 7 a fin de hacer entrega a sus operarios de una copia de los protocolos de actuación vigentes y verificar si alguna de las personas que se hallaban en el lugar presentaba alguno de los síntomas característicos del COVID-19, es decir, fiebre, dolor de garganta, dificultad para respirar, cansancio, falta de apetito o de gusto y/o pérdida del olfato. Al constatar que ninguno de las personas mostraba síntomas, dicho personal sólo atinó a retirarse del lugar y a informar a los coordinadores del centro que, en caso de detectarse alguno de los síntomas compatibles con la enfermedad en alguno de los sujetos que se encuentran en el dispositivo, deberían aislarlo, colocarle un barbijo y poner en conocimiento al 107? (cf. Pto IV). Señala que ?si bien el accionar del personal dependiente del GCBA fue compatible con lo establecido en los protocolos referidos y que-incluso- tales medidas podrían ser atinadas para un adecuado abordaje de la pandemia COVID-19 frente a la población general (?), la dinámica propia de dispositivos de emergencia como el Centro de Centro de Integración Complementario Ernesto ?Che? Guevara Proyecto 7 y el hacinamiento en que viven sus residentes no permite el aislamiento de sus habitantes? (cf. Pto IV). En ese entendimiento, solicita que ?con el fin de prevenir mayor propagación de la enfermedad, en este caso particular resulta esencial una participación extremadamente activa de las autoridades de la salud del GCBA y la inmediata realización de los tests pertinentes para descartar la presencia del virus SARS CoV 2 en la totalidad de las personas que residen y trabajan en el Centro de Integración Complementario Ernesto ?Che' Guevara Proyecto 7? (v. escrito inicial). Reseñada la presentación en análisis, es dable señalar que la solicitud en autos encuadra en la noción de urgencia establecida en los artículos 2° y 3° (primer párrafo) de la Resolución 59-CM-2020 y sus similares Nros. 60/2020, 63/2020 y 65/2020 y que la Sra. Defensora se comunicó al teléfono indicado en las mentadas resoluciones requiriendo el dictado de la medida cautelar. En virtud de ello, tomando especial consideración de los derechos involucrados en autos, corresponde -en esta estado resolver los presentes actuados. II.- Así planteada la cuestión, corresponde dilucidar la procedencia de la tutela cautelar solicitada. En primer lugar, cabe referir que en el reducido marco cognoscitivo de los procesos cautelares, en los que el juzgador carece de elementos de juicio que justifiquen con

certeza la existencia del derecho pretendido, el juicio de verdad se encuentra en oposición con la finalidad del instituto, que no es otra que atender a aquello que no excede el marco de lo hipotético, dentro del cual asimismo agota su virtualidad (C.S, doctrina de Fallos 306:2060; 316:2060; 327:305 entre otros). Al respecto, el artículo 14 de la Ley N° 2145 (t.c. Ley 6017) establece para el otorgamiento de medidas cautelares, la acreditación de los siguientes presupuestos: verosimilitud del derecho, peligro en la demora, no frustración del interés público y contracautela. Asimismo, debe recordarse que el caso sometido a estudio se trata de una medida autosatisfactiva y los requisitos para su procedencia deben ser valorados por el juez con la mayor prudencia. En efecto, la jurisprudencia ha indicado que "la viabilidad de las medidas precautorias se halla supeditada a que se demuestre la verosimilitud del derecho invocado y el peligro de la demora, y que dentro de aquellas la innovativa constituye una decisión excepcional porque altera el estado de hecho o de derecho existente al tiempo de su dictado, habida cuenta de que configura un anticipo de jurisdicción favorable respecto del fallo final de la causa, lo que justifica una mayor prudencia en la apreciación de los recaudos que hacen a su admisión -Fallos: 316:1833; 319:1069; 326:3729, entre otros-" (conf. CSJN in re CSJ 2065/2017 "Estado Nacional c/ Río Negro, Provincia de y otra s/ acción declarativa de inconstitucionalidad" del 16/04/2019).

III.- Así las cosas, corresponde referirse a la verosimilitud del derecho invocado en la presentación de inicio.

III.1.- En este sentido, la verosimilitud del derecho sólo requiere la comprobación de la apariencia del derecho invocado por los actores (Cám CayT, Sala I, in re "García Mira, José Francisco c/ Consejo de la Magistratura s/ Impugnación de actos administrativos", expte. N° 8569/0, del 3/3/04 y reiterado en "Acuña Paredes, María Esther c/ GCBA s/ otros procesos incidentales" expte. N° 43517/1, del 27/08/12 entre muchos otros).

III.2.- En esa tesitura, debe recordarse en primer lugar que con motivo de la aparición del COVID-19 el Poder Ejecutivo de la Nación dictó el Decreto de Necesidad y Urgencia N° 260/2020 que dispone la ampliación de "la emergencia pública en materia sanitaria establecida por Ley N° 27.541, en virtud de la Pandemia declarada por la ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD (OMS) en relación con el coronavirus COVID-19, por el plazo de UN (1) año a partir de la entrada en vigencia del presente decreto". (v. art. 1). En este sentido, y a través del Decreto de Necesidad y Urgencia N° 297-2020, se estableció el "Aislamiento social, preventivo y obligatorio", cuya fecha de vigencia se extendió desde el 20 hasta el 31 de marzo inclusive. Esta fue prorrogada mediante los Decretos Nros. 325-2020, 355-2020 y 408-2020 por lo cual el aislamiento se prorrogó hasta el 10/05/2020. En el plano local, el GCBA mediante el dictado el Decreto de Necesidad y Urgencia N° 1-2020 se dispuso "la Emergencia Sanitaria en el ámbito de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires hasta el 15 de Junio de 2020 a los fines de atender y adoptar las medidas necesarias para prevenir y reducir el riesgo de propagación del contagio en la población del coronavirus (COVID-19)" (v. art. 1).

III.3.- Sentado lo anterior, es dable memorar que el derecho a la salud tiene rango constitucional y que su privación o restricción manifiestamente ilegítima abre la vía del amparo (cfr. CámCAYT, Sala II en autos "Trigo, Manuel Alberto c/ GCBA y otros s/medida cautelar", expte. 4582/1, sentencia del 13 de mayo de 2002; CSJN, "Asociación Benghalensis y otras c. Estado Nacional", sentencia del 22 de febrero de 1999). Ello, así, en tanto "la preservación de la salud integra el derecho a la vida, por lo que existe una obligación impostergable de las autoridades públicas de garantizarla mediante la realización de acciones positivas" (C.S., Fallos: 321:1684; 323:1339; 323:3229 y 331:2135, entre otros). Asimismo, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación reafirma el derecho a la preservación de la salud -comprendido dentro del derecho a la vida- y destaca la obligación impostergable que tiene la autoridad pública de garantizar ese derecho con acciones positivas, sin perjuicio de las obligaciones que deban asumir en su cumplimiento las jurisdicciones locales, las obras sociales o las entidades de medicina prepaga ("Campodónico de Beviacqua c/Ministerio de Salud y Acción Social, del 24/10/2000). En este orden de ideas, nuestro Máximo Tribunal Federal ha sostenido que "el hombre es el eje y centro de todo el sistema jurídico y, en tanto fin en sí mismo, la inviolabilidad de la persona constituye un valor fundamental con respecto al cual los restantes valores tienen siempre carácter instrumental. Y así, a partir de lo dispuesto en los tratados internacionales con jerarquía constitucional (art. 75, inc. 22, de la Ley Suprema), ha reafirmado en diversos pronunciamientos el derecho a la preservación de la salud y destacado la obligación impostergable que tiene la autoridad pública garantizar ese derecho con acciones positivas -CCF 12922/2006/CA2-CS1 "S., J. L. c/ Comisión Nac. Asesora para la In t. de Personas Discapac. y otro s/ amparo", sentencia del 5 de diciembre de 2017, voto del juez Rosatti-" (in re "Caldeiro, Juan Carlos c/ EN - M° Defensa Ejército s/ daños y perjuicios" causa n° 9482/2011/2/RH2 del 30/04/2020).

III.4.- En sentido coincidente, conforme la Convención Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, toda persona tiene derecho a que su salud sea preservada por medidas sanitarias y sociales, relativas -entre otros aspectos- a asistencia médica (art. 11). En una misma línea, la Declaración Universal de los Derechos Humanos establece que toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure -entre otros beneficios- la salud, el bienestar, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios (art. 25.1). Por su parte, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, reconoce el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental y, entre las medidas que deben adoptar los Estados partes a fin de asegurar la plena efectividad de este derecho, enuncia la prevención y el tratamiento de las enfermedades (art. 12, incs. 1 y 2, ap. a). En el orden

local, el artículo 20 de la CCABA, garantiza el derecho de los ciudadanos a la salud integral, y establece que el gasto público en materia de salud constituye una inversión prioritaria y asegura "a través del área estatal de salud- las acciones colectivas e individuales de promoción, protección, prevención, atención y rehabilitación gratuitas, con criterio de accesibilidad, equidad, integralidad, solidaridad, universalidad y oportunidad (v. CámCAyT, Sala I CámCAyT, Sala I in re "Rodríguez, Miguel Orlando c/ GCBA s/ otros procesos incidentales", expte. 13930/1, del 22/12/2004, Sala II in re, "Pepe Nicolina Gracia c/ Obra Social de la Ciudad de Buenos Aires s/ incidente de apelación" Expte. n° A68898-2013/1, sentencia del 20/03/2014).

III.5.- Ahora bien, en este estado del análisis no puede perderse de vista que en la presentación inicial se solicita que se ordene judicialmente al Gobierno de la Ciudad que adopte medidas de política sanitaria que se apartarían de los protocolos establecidos oportunamente por las autoridades sanitarias de la Nación y de la Ciudad referidos a la detección, tratamiento y seguimiento de COVID-19. En efecto, la parte actora manifiesta que "si bien el accionar del personal dependiente del GCBA fue compatible con lo establecido en los protocolos referidos y que-incluso- tales medidas podrían ser atinadas para un adecuado abordaje de la pandemia COVID-19 frente a la población general, su aplicación estricta en un dispositivo de emergencia (como el de autos), (?) no resulta ser adecuado" (v. escrito inicial). En tal sentido, no puede perderse de vista que no se han acompañado constancias emanadas de profesionales médicos que indiquen la necesidad de apartarse de los protocolos sanitarios de que se trata por lo que no correspondería acceder a la petición cautelar en los términos indicados en la presentación en análisis.

III.6.- No obstante ello, es dable considerar que conforme las constancias aportadas a la causa y ante un caso que habría testado positivo de COVID-19, la actora se habría comunicado en el día de ayer (01/05/2020) con el Ministerio de Salud de la Ciudad de Buenos Aires solicitando que se informara qué medidas se habían adoptado en razón de la circunstancia referida (cfr. Oficio de la parte actora que se acompaña). Ante tal requerimiento y a pesar de su recepción (v. constancia de recepción de la Subgerencia Operativa Oficios y Notificaciones de fecha 01/05/2020 a las 15:33 horas) al momento del dictado de este pronunciamiento, la defensoría no habría recibido respuesta alguna a su requisitoria.

III.6.1.- En ese contexto, teniendo en cuenta la urgencia del caso y los derechos fundamentales en juego, es razonable inferir que si bien -como se expresó en el párrafo III.5.- no es posible acceder a la tutela en los términos solicitados en el escrito de inicio, es necesario adoptar un criterio que permita salvaguardar los derechos de las personas que asistan al Centro de Integración Complementaria objeto de la litis. En virtud de ello, y atención a las constancias aportadas a la causa, a las normas nacionales y jurisprudencia reseñadas que resultan enteramente aplicables al caso, corresponde (en el marco de las facultades previstas en el artículo 184 del CCAyT) dictar una medida adecuando sus alcances a los parámetros referidos en los párrafos que anteceden.

III.6.2.- En consecuencia, corresponde ordenar al Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires que arbitre -en forma urgente- los medios necesarios para prevenir, detectar y evitar el contagio y propagación del virus SARS CoV 2 (COVID 19) entre los asistentes y residentes del Centro de Integración Complementario Ernesto "Che" Guevara Proyecto 7.

IV.- En cuanto al peligro en la demora, ha sido definido por la doctrina como "el riesgo probable de que la tutela jurídica definitiva que aquél aguarda de la sentencia a pronunciarse en el proceso principal no pueda, en los hechos, realizarse, es decir que, a raíz del transcurso del tiempo, los efectos del fallo final resulten prácticamente inoperantes" (Palacio, Lino E., Derecho Procesal Civil, Abeledo-Perrot Online, N° 2511/000392). Al respecto, la jurisprudencia ha indicado que "el examen de la concurrencia del peligro en la demora exige una apreciación atenta de la realidad comprometida, con el objeto de evaluar si las secuelas que han de producir los hechos que se pretenden evitar pueden restar eficacia al ulterior reconocimiento del derecho en juego, operado por la sentencia dictada como acto final y extintivo del proceso (Fallos: 319:1277; 340:1129). En este sentido se ha destacado que ese extremo debe resultar en forma objetiva del examen sobre los distintos efectos que podría provocar la aplicación de las diversas disposiciones impugnadas, entre ellos su gravitación económica" (Fallos: 318:30; 325:388; 340:1129) (CS CSJ 1829/2019/1 ORIGINARIO "Entre Ríos, Provincia de c/ Estado Nacional s/ acción declarativa de inconstitucionalidad - incidente de medida cautelar" del 1/10/2019). Así las cosas, de las constancias relatadas en la causa por la Sra. Defensora y a partir de los hechos que son de público conocimiento, se infiere que este requisito se encuentra acreditado, en tanto la velocidad de contagio del COVID 19 resulta exponencial.

V.- A su vez, se debe tener en cuenta que el rechazo de la medida solicitada es susceptible de acarrear consecuencias más dañinas a los peticionarios y a sus hijos que los eventuales perjuicios que su admisión podría producir a su adversaria (arg. art. 189 inc. 1 in fine del CCAyT). En este aspecto, es preciso destacar que no se advierte que la concesión de la tutela cautelar pretendida pueda ocasionar una frustración del interés público, ni que pueda afectar la prestación de un servicio público o perjudicar una función esencial de la administración.

VI.- Por lo tanto, cabe concluir que en autos se encuentran reunidas las condiciones necesarias para dictar una medida cautelar en los términos indicados en el considerando III.6.2. Ello, previa caución juratoria por parte del accionante, caución que aparece, en opinión de quien suscribe, como una adecuada contracautela dadas las circunstancias del caso y que se encuentra acreditada con lo manifestado por la accionante en el acápite VII.2. de su presentación inicial. Por todo lo expuesto,

RESUELVO: 1) Hacer lugar -en los términos del artículo 184 del CCAyT y con los alcances establecidos en el

considerando III.6.2- a la medida cautelar solicitada por la Señora Defensora a cargo de la Defensoría N° 1 del fuero. En consecuencia, se ordena al Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires- Ministerio de Salud- que arbitre -en forma urgente- los medios necesarios para prevenir, detectar y evitar el contagio y propagación del virus SARS CoV 2 (COVID 19) entre los asistentes y residentes del Centro de Integración Complementario Ernesto "Che" Guevara Proyecto 7. 2).- Tener por prestada la caución juratoria, la que se estima contracautela suficiente y ajustada a derecho, teniendo en cuenta los derechos comprometidos. 3) Notificar la presente resolución a la Sra. Asesora de turno (cfr. Res. AGT 92/2020), en virtud de lo indicado respecto de la existencia de un menor entre los residentes del Centro de Integración Complementario Ernesto "Che" Guevara- Proyecto 7, a los efectos que tome la intervención que le pudiera corresponder

Regístrese oportunamente, notifíquese por Secretaría vía mail a la actora al correo (fcayt1@jusbaire.gov.ar.), a la Sra. Asesora en turno al mail (atcayt1@jusbaire.gov.ar) y a la demandada al mail notificacionesjudicialespg@buenosaires.gov.ar y oportunamente remítanse al Tribunal sorteado por Secretaría General (cfr. Res. CM n 65/2020).

Martín Leonardo Furchi JUEZ/A JUZGADO DE 1RA INSTANCIA EN LO  
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO Y TRIBUTARIO N° 16 Correlaciones: Decreto de  
Necesidad y Urgencia 1/2020 Poder Ejecutivo Ciudad Autónoma de Buenos Aires - BO: 17/03/2020

000575F