

Doctrina

Certeza del derecho



Mariano Gagliardo (*)

Doctor en Ciencias Jurídicas. Miembro titular de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires.

En los últimos tiempos —con mayor rigor años—, inmersos en la nefasta pandemia que según aseguran será endemia, de manera virtual y con las dificultades y fatiga de tal modalidad, efectuamos dos comunicaciones condicionadas y alarmados por los interrogantes e incertidumbre propios del momento. Como el ser humano, a pesar de su finitud, tiene defensas físicas y espirituales, que le dan bríos para sobrellevar lo tenebroso, mucho de aquel pasado lo hemos superado de la memoria colectiva.

Las comunicaciones que entonces efectuáramos se titulaban: “Transformaciones sociales: ¿Crisis del Derecho?” Mientras que la otra se denominó: ¿Crisis del Derecho?

Reenviamos a los postulados de aquellos comentarios, lamentando la siempre actualidad de ciertas opiniones.

Tiempo después, tuve el agrado de escuchar de manera virtual una magnífica conferencia en esta Academia, expuesta por el académico Jorge R. Vanossi, titulada: “Del bienestar al malestar y viceversa: incertidumbre en los hechos e inseguridad del Derecho”. Como síntesis, de su exposición: ideas claras, vigentes y actuales.

Corolario de las citadas reflexiones —propias o ajenas—, imaginé y luego desarrollé el título de esta exposición, precisamente en momentos aciagos, donde persisten justificadas preocupaciones políticas, económicas, sociales, sin soslayar la faz sanitaria. Y si bien el objeto del pensamiento es inagotable, nada más difícil que imaginar o predecir el futuro, cuanto más en las sinuosas circunstancias que

curramos en nuestro medio. Se percibe indefinición sobre el rumbo político e incertidumbre respecto de ciertas decisiones gubernamentales.

Y aludir como tema de exposición a la “Certeza del Derecho” según los precedentes que anteceden, necesariamente es referirse a ciertas cuestiones —en el caso, dogmas del pasado— y luego proyectarnos a este difícil presente.

Digamos como punto liminar que aludir a la “Certeza del Derecho” no es un postulado sencillo ni unívoco, pues supone distingos que no son menores. De allí que, parafraseando al académico Cassagne en su destacada obra (1), las diferentes ramas del Derecho nunca han tenido una demarcación precisa de sus límites, dado que estos se mueven al compás de oscilaciones históricas, sociales e incluso políticas.

Por caso, el Derecho constitucional como Derecho público, a pesar de que su contenido abarque la regulación básica de derecho individual, comprende prerrogativas privadas como el derecho de propiedad. Por lo demás —agrega el autor—, la delimitación entre lo público y lo privado y la consecuente sistematización de instituciones y principios no siempre coinciden totalmente en los ordenamientos comparados.

Con estas aclaraciones podemos transitar en el tema que nos ocupa, no sin desconocer que existen variedad de alcances en la “suma divisio” expuesta.

Nos encontramos en un momento singular del país, si bien se destaca con acierto

que desde hace años atravesamos tiempos borrascosos. Diremos que vale la observación, pero nunca como ahora nos atrapa la marcada incertidumbre. Y ante esa irrefutable realidad, nos encontramos con el Derecho y sus avatares. Es que el Derecho es un uso fuerte, o sea, uso necesario para la pervivencia de la sociedad. Siendo la sociedad esquema de funciones, el Derecho es una función de insoslayable urgencia para la vida colectiva.

Sin Derecho no hay sociedad, porque esta es Derecho mismo.

El Derecho, en afirmación de Ortega y Gasset (2) es, así, fuerza y poder, el poder mismo con que la sociedad subyuga al individuo.

Desde tiempos antiguos la certeza del Derecho ha sido considerada como una característica esencial y constitutiva del Derecho, argumentándose que la misma venía garantizada, en primer lugar, y principalmente por las leyes generales y abstractas. Estas leyes no conciernen al individuo sino a la generalidad y no regulan comportamientos particulares, y sí una determinada clase de conductas, lo que nos permite predecir la valoración que el Derecho dará a nuestras acciones y las consecuencias jurídicas derivadas de nuestro obrar.

Sin embargo, caeríamos en una ilusión pensar que la generalidad y la abstracción de las leyes aseguren por sí la certeza.

Para garantizarla se requieren —tal como lo ha sostenido calificada doctrina— pre-

supuestos materiales como la posibilidad de que los destinatarios de las leyes conozcan su contenido acompañado de la uniformidad de interpretación por parte de los órganos judiciales, la eficacia del ordenamiento jurídico, condiciones todas ellas que requieren estabilidad y cohesión social.

Es sabido que el ideal de un Derecho cierto, cognoscible y previsible se convierte en un tema central en el pensamiento jurídico destacando que todo el pensamiento iusnaturalista moderno está impregnado por la exigencia de orientar a los individuos, todos iguales y libres según las leyes de la naturaleza, frente a la posibilidad de cualquier posibilidad de abuso arbitrario.

Bien vale repasar de manera breve la historia y rescatar algunos pensamientos que se formularan en épocas lejanas y extraer de ellos alguna enseñanza de vida, proyectándola al mundo jurídico. En la antigua Grecia se planteó un dilema, aunque con rasgos y caracteres disímiles de los de hoy. Los filósofos de entonces se preguntaban si era preferible el gobierno de los jueces con libertad para decidir los conflictos humanos basándose en los principios naturales de equidad o el gobierno de leyes uniformes y generales. Platón, en “La República” resolvió en el primer sentido de la alternativa, pero en “Las Leyes” su respuesta es favorable a la preeminencia de las normas escritas y generales, que también defendió más tarde Aristóteles en “La Política” y en “La Retórica”.

Señalemos a Cicerón, en su discurso *Pro Cluentio*, donde dice: “Puesto que to-

Especial para La Ley. Derechos reservados (Ley 11.723)
(*) Comunicación del Académico, en la Academia Na-

cional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, en la sesión privada del 12 de mayo de 2022.

(1) “Derecho Administrativo y Derecho Público General”, B. D. F, Buenos Aires, 2020, p. 475.

(2) “El concepto del Derecho Anuario”, Facultad de Derecho, Madrid, 1960, N° 12, p. 47.

Nota a fallo

Derechos económicos, sociales y culturales

Prestaciones de las obras sociales. Internación domiciliaria. Niña que sufre discapacidad. Deberes del Estado en relación a la vida y salud de los niños.

Corte IDH, 01/10/2021. - Vera Rojas y otros c. Chile. Serie C 439. **3**

El carácter crónico de una enfermedad como fundamento para vulnerar los derechos humanos de una niña con discapacidad

A propósito de lo resuelto por la Corte IDH en el caso “Vera Rojas y otros vs. Chile” Paola Alejandra Urbina **4**

El derecho a la salud: el Estado como garante

A propósito de la sentencia de la Corte IDH en el caso “Vera Rojas vs. Chile”

María Mercedes Pertino - Francisco A. Hankovits **6**

Jurisprudencia

Prohibición de aduanas internas

Impuesto sobre los ingresos brutos. Alícuota más gravosa. Obstáculos al comercio entre provincias. CS, 24/02/2022. - Kiskali S.A. c. Córdoba, Provincia de s/ acción declarativa de certeza. **8**

Enfermedad profesional

Acción civil. Daño psíquico. Ausencia de relación de causalidad con las tareas realizadas. Responsabilidad solidaria de la ART.

CNTrab., sala VIII, 04/04/2022. - Ávila, Diego Alberto c. Provincia Aseguradora de Riesgos del Trabajo S.A. y otros s/ accionante - acción civil. **9**

Aporte solidario y extraordinario para ayudar a mitigar los efectos de la pandemia

Medida cautelar de no innovar tendiente a ordenar a la AFIP que se abstenga de reclamar el aporte. Cuestiones que exceden el limitado marco cognoscitivo. Adelantamiento de pronunciamiento. Ausencia de peligro en la demora.

CFed. San Martín, sala II, 31/03/2022. - Goulu, Juan Federico c. Administración Federal de Ingresos Públicos (AFIP) s/ Acción mere declarativa de inconstitucionalidad. **10**

CORREO ARGENTINO	FRANQUEO A PAGAR
CENTRAL B	CUENTA N° 10269F1

das nuestras comodidades, los Derechos, la libertad, la salvación, en fin las obtenemos de las leyes, no nos apartemos de estas". En este concepto, se suman los tres fragmentos en los que se subraya la importancia de la tradición, como elemento de la certeza.

Thomas Hobbes en el siglo XVII —año 1651— en el *Leviatán*, libro de literatura filosófica, decía que *la seguridad es el fin por el que los hombres se someten a otros*; y si no se la tiene, nadie piensa haberse sometido a otros, o haber perdido el Derecho de defenderse a su arbitrio.

Trendelenburg en 1876 observa el valor de la seguridad conferida por la certeza del Derecho en orden a algunos proyectos.

Señala dicho autor que la certeza en el Derecho no es algo banal como pura y mera legalidad, o bien como certeza exterior o formal o algo parecido. Es que la exigencia de la certeza de la norma, esto es, de la ley y a través de ella de la certeza del Derecho, se ha destacado siempre como indispensable para la convivencia social ordenada.

En segundo lugar, el logro de la certeza es justicia, ella misma es parte de la justicia.

Las que anteceden resultan opiniones ciertamente relevantes y es de destacar la opinión de Carnelutti, quien alude a la certeza inmediata de los sujetos singulares en los casos en que se vive lo concreto. Contempla, asimismo, los actos de ley, del negocio ya formado en el mundo del Derecho, ocupándose de los problemas particulares de certeza y de justicia que suponen precisamente el mundo objetivo del Derecho ya formado; y frente al mismo aparece la injusticia como valor negativo o disvalor.

En esas consideraciones sobresale el Derecho, instrumento que garantiza mediante un orden la adecuada convivencia entre los seres humanos, el que preserva los valores esenciales de la persona física, el ordenamiento que nos clarifica ante los espacios sombríos del país y nos da brillo ante las incertidumbres que nos opacan y el que trata de rescatarnos de la decadencia cultural y moral, a que aludía el académico Vanossi en su comunicación antes citada. Es también la regulación que en los emprendimientos sociales contribuye a plasmar lógicos ideales, rememora y actualiza aquella máxima de los romanos acerca del Derecho como el arte de lo bueno y lo justo.

Además, la acción organizadora del Derecho contribuye a que la humanidad vea satisfecha muchas de sus necesidades de toda clase.

Sin embargo, lo excelso y el resplandor que anida en el Derecho en ocasiones resulta restrictivo y hasta coercitivo, limitando anhelos o iniciativas de particulares, derivando en el ejercicio de acciones punitivas, pues no todas las apariencias de licitud son permitidas. Esto que denota excepcionalidad en el marco y contenido del Derecho requiere conocer aquello de lo cual los individuos deben abstenerse y conocer qué índole de proceder son dables de esperar de las gentes en la vida de relación, teniendo seguridad y garantía de que lo debido se realizará o cumplirá.

Es que la adecuada organización social requiere de condiciones necesarias para la conservación de una vida pacífica dentro de la cual existe un deseo de seguridad y conduce al hombre a producir Derecho po-

sitivo en virtud del cual pueda, hasta cierto punto, estar cierto y garantizado respecto de la actitud de los otros, y sepa a qué atenerse con relación a lo que cada uno pueda hacer en conexión con ellos y de lo que ellos puedan hacerle a uno.

En aras de certeza, seguridad y garantía, es de desear que el Derecho resulte estable.

Es del caso traer a colación un pensamiento de Carnelutti (3), cuando se refiere a la *certeza*, de manera analógica señala que los hombres están de acuerdo, por caso, en creer que fuera de cada uno de ellos existe el cielo y la tierra, y tienen de este modo la certeza de la realidad.

Tales términos están en función el uno del otro, hasta el punto de que en el uso corriente del lenguaje se cambian con frecuencia; la certidumbre es el reflejo interior de la realidad y la realidad la exteriorización de la certidumbre. Esta certidumbre —para el autor citado— es un dato de la experiencia y se resuelve en la síntesis de la realidad-pensamiento.

Porque, por sobre todo, el Derecho cumple una función de certeza y de seguridad: certeza sobre las relaciones sociales y seguridad de que los preceptos jurídicos serán cumplidos u obedecidos.

Las afirmaciones que anteceden nos conducen a un difícil y controvertido dilema, pues sin certeza y seguridad no existiría Justicia, pero también faltaría esta si no se contemplaran situaciones en que debe salvarse la equidad frente a aquella, a fin de llegar a un resultado que contemple mejor y de manera ponderada la jerarquía de valores.

La certeza y seguridad son presupuestos ineludibles del bien general y condicionan un orden aceptable, más certeza y seguridad en la injusticia, importarían acentuar los desvaríos.

Cabe un interrogante que tiene una doble consideración: es factible un conflicto entre seguridad y justicia que redunde en detrimento de la certeza en el Derecho.

Hay sobre el particular algunos pronunciamientos, por caso dictados por el Alto Tribunal. Me refiero, en primer lugar a los autos "Shi", donde la Corte entendió que era constitucional una ordenanza del municipio cordobés de Arroyito que había prohibido trabajar los domingos a los supermercados, aunque permitía hacerlo a los demás comercios del ramo siempre que fueran atendidos por sus dueños o familiares y no tuvieran más determinada de superficie.

Poco después otra sentencia del citado tribunal decidió que también era constitucional una ley bonaerense que impide a las sociedades anónimas ser dueñas de farmacias, según se decidiera respecto de la cadena *Farmacity*. ¿Qué decir de la igualdad ante la ley?

En este orden de ideas, una sentencia judicial de la sala IV de la Cámara en lo Contencioso Administrativo Federal anuló una resolución del Instituto Nacional de Asuntos Indígenas (INAI) que reconocía la propiedad de un terreno privado en Bariloche a una comunidad mapuche que previamente se lo había vendido a un particular. La decisión es destacable y bienvenida, pues da respiro y coherencia en un tema que viene corroyendo la propiedad privada tanto como la pública y la soberanía argentina ante la indiferencia o, aún peor, la complacencia del gobierno nacional.

En el particular triunfó el Estado de Derecho y es saludable para la República que la justicia haga cumplir la ley.

Coincidentemente con lo expuesto en el año 2021, el Alto Tribunal falló a favor de los propietarios de dos terrenos en la península de Magallanes, en Lago Argentino, y declaró inconstitucionales normas de protección del medio ambiente, dictadas por el Gobierno de Santa Cruz, en épocas en que gobernaba Kirchner y condenó a la Provincia a pagarles una indemnización.

El núcleo del decisorio resultó que las reglamentaciones sin la debida razonabilidad y coherencia vulneran el Derecho de propiedad de los dueños de los inmuebles, que a raíz de esas normas no pudieron disponer de sus terrenos y desarrollar su quehacer comercial, porque les prohibieron realizar cualquier acto que pudiera comprometer el destino de las tierras hasta que se sancionara un Plan de Manejo, todavía inexistente.

Queda pendiente —entre muchos—, más de notoria evidencia, la situación de Villa Mascardi, cual si fuera una zona liberada, ante un conflicto originado por violentos delincuentes que actúan en una región de nuestro país donde conceptos como derecho de propiedad, libre tránsito y seguridad se ven diariamente atropellados. Como solución a un problema ya cotidiano, el gobierno solo ha promovido un simulacro de las "llamadas mesas de diálogo" —entre dichos delincuentes y los castigados ciudadanos—, que resultan, de acuerdo con lo previsible, inútiles. Los violentos encapuchados celebran salirse con la suya mientras la sociedad sigue esperando pacíficamente para que algunos de los múltiples expedientes que se tramitan ante la Justicia Federal y la de la provincia encuentren un solo funcionario que aplique la ley, ante un grupo de sediciosos que han decidido desacatar la Constitución y desafiar la soberanía argentina.

No está de más señalar la ofensa a la garantía de la propiedad que desde hace más de 70 años se provoca con las mal llamadas "leyes de alquileres", problema que dista de ser solucionado mientras persista el tan absurdo como irrefrenable afán intervencionista del Estado en un mercado que históricamente funciona bien cuando las partes pueden negociar con libertad y que, comprobado y definitivamente, no ha funcionado cuando la regulaciones oficiales se tornaron asfixiantes tanto en el pasado como en la actualidad.

Cabe considerar un eventual conflicto entre seguridad y justicia, máxime cuando el orden jurídico pretende crear un orden justo, donde prevalezca el valor *justicia*. Se anticipa que un orden jurídico perfectamente justo en todos sus matices y efectos nunca ha existido y tampoco se lo ubica en el mundo jurídico; es más, jamás existirá en el futuro.

Es que en todos los regímenes jurídicos surgen situaciones de injusticia; disvalores o efectos no completamente justos o bien realizaciones defectuosas de las exigencias de justicia.

De allí que en aras de la pandemia, el ser humano deba estar dispuesto a tolerar imperfecciones del Derecho Positivo, en cuanto a las realizaciones de la justicia. Mas ello, no debe ser ilimitado y no por tales excepciones, debe avasallarse la dignidad humana.

En este fugaz inventario, en donde se alude a un panorama en la certeza del Derecho, a raíz de sentencias de la Corte Suprema que contribuyen al orden jurídico, no cabe desatender a significativos hechos que opacan las pautas que deben

descollar en la mentada certidumbre jurídica.

La referencia es la inseguridad física de los miembros de la comunidad, preocupación que está presente en los reclamos ciudadanos; un segundo aspecto, no menor, es la indolencia que muestran los dirigentes políticos de primera línea frente a la pérdida de vidas humanas como producto de la delincuencia y, en tercer lugar, es el hartazgo de la gente frente al delito que no para de crecer, lo que la lleva a movilizarse cada vez más en un reclamo de justicia y de medidas concretas que combatan la inseguridad.

De allí que los conflictos entre seguridad y justicia no deben ser resueltos de manera única: en ciertas situaciones el orden político injusto deberá ceder paso a la justicia; y en otros supuestos la seguridad jurídica deberá admitir o congeniar con el Derecho positivo en cierta medida injusto.

Es que sin certeza y seguridad no existiría la justicia, la que también estaría ausente si no hubiera un orden. No es factible llegar a la realización de los valores que requiere la libertad y decoro de la persona humana en una sociedad en estado de anarquía. La certeza y la seguridad son presupuestos inexorables del bienestar; y aun cuando sean valores de rango inferior a la justicia, condicionan la posibilidad de lograrla.

Las precedentes consideraciones dan un panorama —si se admite algún calificativo— dogmático del tema de nuestra comunicación. Parece apropiado descender a pautas específicas de la certeza del Derecho, que se formulan en principios, axiomas, institutos, conceptos jurídicos genéricos y normas jurídicas.

En orden a los principios, diremos que las garantías constitucionales son el sustento de la seguridad jurídica; y el constitucionalismo moderno ha procurado organizar al Estado en defensa de las libertades y Derechos del hombre: garantías y seguridad jurídica.

Ningún país que pretenda ser soberano y autónomo puede carecer de un aparato estatal capaz, eficaz y eficiente para brindar bienes públicos. Esto incluye, de más está decir, garantizar la integridad territorial y la facultad para responder a viejas y nuevas amenazas como el narcotráfico, el terrorismo, la ciberseguridad y otras redes de crimen organizado. Pero abarca también la educación, la salud, la justicia, el cuidado del medio ambiente y la infraestructura. Se trata de los pilares fundamentales para constituir una sociedad moderna, democrática, integrada, con mecanismos de movilidad social ascendentes y posibilidades concretas de resolver sus principales problemas.

Asimismo, el Derecho a la jurisdicción es una base de la seguridad jurídica.

A raíz de lo dicho, cabe rememorar el mensaje navideño de 1942, oportunidad en la que el Papa Pío XII, dejó definido como derecho subjetivo el derecho inalienable del hombre a la seguridad jurídica consistente en una esfera concreta de Derecho tutelado contra todo ataque arbitrario. La seguridad jurídica —según estas pautas— significa una libertad sin riesgo, de modo tal que el hombre pueda organizar su vida sobre la fe en el orden jurídico existente, con dos elementos básicos: a) previsibilidad de las conductas propias y ajenas y de sus efectos; y b) protección frente a la arbitrariedad y a las violaciones del orden jurídico.

Otro gran principio es la sana y transparente división de poderes del Estado de

(3) *Teoría General del Derecho*, Madrid 1941.

rango constitucional y base de la República como pauta rectora de nuestro sistema institucional.

La independencia de los poderes republicanos y el control de constitucionalidad de las leyes siempre serán un problema para quienes solo desean gobernar por decreto y burlar a la justicia. La institucionalidad peligra, naufraga la certeza del derecho; y cuando se amenaza a la Corte o se pretende amedrantarla como en tiempos pasados, es palmaria la coacción de su sumergirnos aún más en otro tramo oscuro de difícil retorno en nuestra convulsionada historia.

Una máxima que configura una garantía institucional de carácter penal es aquella conforme a la cual una persona no puede ser procesada o demandada más de una vez por el mismo hecho. Se trata del “*non bis in idem*”, garantía que responde al prin-

(4) *Teoría General del Derecho*, Madrid, 1941, ap. 96, p. 197.

cipio de seguridad jurídica, que se debe interpretar en favor del individuo procesado.

La Constitución Nacional no prohíbe de manera expresa la doble persecución; sin embargo el principio esta comprendido en ella, pues fluye sin duda del contexto de declaraciones, Derechos y garantías. La libertad no estaría protegida en absoluto si las personas estuvieran expuestas a soportar ilimitados números de procesos por cada hecho que pudiera atribuírseles. El dogma del “*non bis in idem*” ha surgido como corolario de un ensamble del efecto negativo de la cosa juzgada penal.

Con relación a mis títulos o figuras jurídicas que corroboran lo que se viene diciendo, citamos a la prescripción, cosa juzgada, transmisión, renuncia, etc.

Respecto de las normas jurídicas que contribuyen a la certeza en el Derecho, una rápida lectura del Código unificado da cuenta de múltiples preceptos que aluden al núcleo de esta comunicación: por caso, art. 883 inc. e) relativo a la validez

del pago al acreedor aparente; supuesto del acreedor frustrado —art. 758 de buena fe—, quien conserva supuesto del acreedor frustrado acción contra el deudor para reclamar los daños y perjuicios sufridos.

Con relación a los conceptos jurídicos genéricos, nos referimos a las situaciones jurídicas materiales y las instrumentales, señalando a Carnelutti (4), quien considera como una situación material activa la obligación. Todas las demás, dice este autor, son situaciones instrumentales: activas, la potestad y el Derecho subjetivo, pasiva y la carga.

Por último, diremos que la seguridad jurídica disipa el miedo y los interrogantes en las relaciones sociales. No solo respecto de los comportamientos que deben seguir los individuos, sino también las autoridades. Esa seguridad jurídica garantiza al hombre que no será pasible de sanciones legales por realizar los actos permitidos por la ley y que los efectos atribuidos por la norma de esos actos operarán de manera inexorable. Con tal contenido, la seguridad jurídica,

como garantía constitucional, posibilita organizar la vida individual y social, sin quedar sujeta a arbitrariedad y a los cambios de preceptos injustos, irrazonables e impensables. Es que la certeza es el Derecho: está atada al Estado de Derecho.

Cita on line: TR LALEY AR/DOC/2200/2022

Más información

Gagliardo, Mariano, “¿Crisis del derecho?”, LA LEY 03/09/2021, 1, TR LALEY AR/DOC/2504/2021

Libro recomendado

Código Civil y Comercial. Comentado y Anotado

Autores: Calvo Costa, Carlos A - Heredia, Pablo D.

Edición: 2022

Editorial: La Ley, Buenos Aires

Nota a fallo

Derechos económicos, sociales y culturales

Prestaciones de las obras sociales. Internación domiciliaria. Niña que sufre discapacidad. Deberes del Estado en relación a la vida y salud de los niños.

1. - Chile es responsable por la violación de los derechos a la vida, la vida digna, la integridad personal, la niñez, la salud y la seguridad social, en relación con la obligación de garantizar los derechos sin discriminación, y el deber de adoptar disposiciones de derecho interno, establecidos en los arts. 4.1, 5.1, 19 y 26 CADH por la falta de regulación, control y sistemas de reclamación adecuados para la fiscalización de la decisión de la aseguradora de salud, respecto del levantamiento del régimen de “hospitalización domiciliaria” que una niña diagnosticada con el síndrome de Leigh requería de modo esencial para su supervivencia.
2. - La decisión de la aseguradora privada de retirar la internación domiciliaria de una niña con discapacidad, resultado del incumplimiento del deber de regulación del Estado, puso en riesgo los derechos a la vida, la vida digna, la integridad personal, la niñez, la salud y la seguridad social, en relación con la obligación de garantizar los derechos sin discriminación y el deber de adoptar disposiciones de derecho interno, protegidos por los arts. 4, 5, 19 y 26 CADH. Asimismo, la existencia de la norma —Circular No. 7 de 1 de julio de 2005— constituyó un incumplimiento de las obligaciones de desarrollo progresivo del Estado en términos del art. 26 de la Convención Americana.
3. - Respecto a las afectaciones de los derechos producidas por la conducta de terceros privados que prestan servicios de salud, dado que la salud es un bien público, cuya protección está a cargo del Estado, este tiene la obligación de prevenir que terceros interfieran inde-

bidamente en el goce de los derechos a la vida y a la integridad personal, particularmente vulnerables cuando una persona se encuentra bajo tratamiento de salud. Los Estados tienen el deber de regular y fiscalizar toda la asistencia de salud prestada a las personas bajo su jurisdicción, como deber especial de protección a la vida y la integridad personal, independientemente de si la entidad que presta tales servicios es de carácter público o privado. La obligación del Estado no se agota en los hospitales que prestan servicios públicos, sino que abarca a toda y cualquier institución de salud.

4. - Respecto al acceso a la información, como parte de la accesibilidad en la atención a la salud, los niños, las niñas, y sus cuidadores, deben tener acceso a la información relacionada con las enfermedades o discapacidades que sufran, incluidas sus causas, cuidados y pronósticos. Esta información debe ser accesible a los médicos tratantes, pero también respecto del resto de las instituciones que pueden estar involucradas en el tratamiento que recibe el niño o la niña. Esto incluye a las instituciones encargadas del manejo de los seguros privados, en tanto resultan centrales en el acceso a los servicios de salud. El Estado debe regular que los afiliados de las aseguradoras privadas tengan acceso a la información sobre las condiciones de tratamiento efectivo de que gocen, lo que incluye las condiciones de cobertura de los servicios y los recursos que dispone el afiliado en caso de inconformidad.
5. - La integridad personal y la vida se hallan directa e inmediatamente vinculadas con la atención a la salud humana, por lo que la falta de atención médica adecuada puede conllevar la vulneración de los arts. 4, 5 y 26 CADH.
6. - Dado que la salud es un bien público cuya protección está a cargo de los Estados, estos tienen la obligación de prevenir que terceros interfieran indebidamente en el goce de los derechos a la vida, a la integridad personal, a la salud, a la seguridad social, y a los dere-

chos de los niños y niñas, los cuales son particularmente vulnerables cuando se encuentran bajo un tratamiento que requiere cuidados paliativos y de rehabilitación ante la presencia de una enfermedad progresiva que conlleva una discapacidad para quien la padece. Tienen el deber de garantizar su prestación, al igual que la de regular y fiscalizar la actividad de las empresas privadas de servicios de salud, incluidos los servicios de las aseguradoras, en tanto su actuación se encuentra en la esfera de un servicio de naturaleza pública, por lo que actúan a nombre del Estado.

7. - El Estado es responsable por la violación al art. 5.1 CADH en perjuicio de los padres de una niña con discapacidad, a quien se le retiró la internación domiciliaria. Ellos experimentaron momentos de gran cantidad de estrés, dolor y abandono provocados por la incertidumbre que produjo el riesgo en que se encontró su hija tras el anuncio del retiro de la prestación, así como por los diferentes procesos ante la obra social y las instancias que siguieron para lograr el restablecimiento de la hospitalización domiciliaria.
8. - Resultaría coherente con la posición asumida por la Corte IDH en relación con la figura del control de convencionalidad, como una obligación surgida de la CADH con el objetivo de que todos los jueces y autoridades del orden interno actúen como jueces interamericanos, y no sea necesario acudir al Tribunal de San José para encontrar una respuesta a las acciones u omisiones estatales que desconozcan las obligaciones de respeto y garantía de los derechos humanos (Voto concurrente del juez Sierra Porto).
9. - En el presente caso, tal como se expresa en el Punto Resolutivo N° 4 se declaran violados los derechos a la vida, la vida digna, la integridad personal, la niñez, la salud y la seguridad social, en relación con la obligación de garantizar los derechos sin discriminación, y el deber de adoptar disposiciones de derecho interno, establecidos en los arts. 4.1, 5.1, 19 y 26 de la Convención Americana

sobre Derechos Humanos, en relación con sus arts. 1.1 y 2. Entiendo que, a partir de la concepción sostenida respecto de la interpretación y aplicación de la Convención Americana, el derecho a la salud es justiciable en función de la coexistencia de la violación a varios derechos convencionales, sin necesidad de recurrir a justificaciones a partir de la invocación autónoma del art. 26 convencional. La invocación de este artículo es innecesaria o por lo menos sobreabundante (Voto razonado del juez Pérez Manrique).

10. - El interés superior de una niña con discapacidad consistía en la exigencia de mantener su derecho al más alto nivel posible de salud de acuerdo con la enfermedad que padece. Que ello determina la permanencia sin interrupción de su atención domiciliaria, cumpliéndose todos los requisitos de soporte material y humano necesarios para su mantenimiento. Su interés superior no fue contemplado por el dictado de una decisión del cese de servicio de atención ni respecto del asesoramiento adecuado para solucionar el conflicto (Voto razonado del juez Pérez Manrique).
11. - Un derecho de las niñas y los niños conforme el art. 9 de la CDN es el de no ser separado de sus padres contra la voluntad de estos, salvo cuando una autoridad competente determine con las garantías del debido proceso que tal separación es necesaria en función del interés superior de la niña o del niño. En este caso la decisión administrativa de interrumpir el servicio de internación domiciliaria también afectó el derecho a vivir con sus padres en forma contraria a su interés superior (Voto razonado del juez Pérez Manrique).

Corte IDH, 01/10/2021. - Vera Rojas y otros c. Chile. Serie C 439.

[Cita on line: TR LALEY AR/JUR/219738/2021]

[El fallo *in extenso* puede consultarse en Atención al Cliente, <http://informacionlegal.com.ar> o en Proview]

El carácter crónico de una enfermedad como fundamento para vulnerar los derechos humanos de una niña con discapacidad

A propósito de lo resuelto por la Corte IDH en el caso “Vera Rojas y otros vs. Chile”



Paola Alejandra Urbina

Abogada (USAL). Doctora en Derecho (UCES). Coordinadora de Investigación de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas (UCES). Directora de la Revista Ratio Iuris (UCES). Coordinadora Académica del Doctorado en Derecho (UCES). Miembro de la Comisión de Doctorado y del Consejo Asesor Académico de la Maestría en Derecho Empresario (UCES). Miembro del Instituto de Investigación en Formación Judicial y Derechos Humanos y del Centro de Estudios en Contratos Civiles, Comerciales y Derecho del Consumidor y la Empresa (UCES). Profesora titular de doctorado, maestría y especialización (UCES). Coordinadora de tesis de posgrado e investigadora (UCES). Miembro del Instituto de Derecho a la Salud de la Asociación Argentina de Justicia Constitucional (AAJC) y del Seminario permanente sobre derecho y salud (UBA). Asesora del Senado de la Nación e integrante de la Red Internacional de Expertos en Parlamentos.

SUMARIO: I. El caso.— II. El *quid iuris*.— III. Quién se encuentra involucrada.— IV. La tutela especial de la que es objeto.— V. El deber del Estado de tutelar en la materia.— VI. Conclusión.

I. El caso

El caso sujeto al presente comentario se origina en el recurso de protección interpuesto por la familia de una niña diagnosticada con el síndrome de Leigh ante la Corte de Apelaciones de Arica (Chile), contra la Institución de Salud Previsional (Isapre) (1) MasVida SA que —con fundamento en que la circular IF/No. 7 de la Superintendencia de Salud excluía expresamente los tratamientos de enfermedades crónicas del Régimen de Hospitalización Domiciliaria (2)— dispuso el retiro del Régimen de Hospitalización Domiciliaria en el que se encontraba la niña desde el 28 de noviembre de 2007 por medio de la empresa Clinical Service, en virtud del seguro de salud con una cobertura adicional para enfermedades catastróficas (CAEC) (3), que contrató con la Isapre su progenitor.

La Corte de Apelaciones de Concepción hizo lugar al recurso de protección. Para así decidir, consideró que no cabe excluir del mentado Régimen de Hospitalización Domiciliaria prestaciones que son necesarias para mantener la vida y la salud de la niña.

Apelado el decisorio por la Isapre, la Corte Suprema de Justicia de Chile lo revocó. Ello por entender que la entidad privada actuó bajo el amparo de las normas que regulan el otorgamiento del beneficio excepcional.

Así, pues, se procedió al retiro del Régimen de la Hospitalización Domiciliaria. Ante esta situación, la empresa donde trabajaba el progenitor de la niña asumió los gastos de la hospitalización domiciliaria a través de un fondo de bienestar. Sin embargo, la atención médica recibida por la niña disminuyó, dado que no tuvo acceso a prestaciones previamente cubiertas por la CAEC.

Frente a esta situación, los progenitores de la niña incoaron una solicitud de medidas cautelares ante la Comisión Interamericana.

En su respuesta a dicha solicitud, el Estado chileno adujo que la decisión de la Isapre admitía su revisión y revocación por la Superintendencia de Salud (4) en su condición de Tribunal Especial de la República, pero que dicha actuación no podía iniciarse de oficio, siendo necesario que el interesado interpusiera una demanda ante ese Tribunal Especial.

En ese escenario, la progenitora de la niña formuló una denuncia ante la Superintendencia de Salud. La jueza árbitro del caso, considerando que —dadas la edad y la delicada condición de salud de la niña— mantenerla en el régimen de hospitalización tradicional resultaba contrario al derecho a la vida y a la salud, resolvió a favor de la reinstalación del Régimen de Hospitalización Domiciliaria y ordenó el pago de los gastos que no fueron cubiertos por la aseguradora, más los intereses corrientes devengados en el mismo período.

Dentro de sus consideraciones, la jueza árbitro concluyó que privar a la niña de la cobertura adicional para enfermedades catastróficas para su hospitalización domiciliaria y mantenerla solamente con el plan de salud haría insostenible para sus progenitores mantener la prestación del Régimen de Hospitalización Domiciliaria en el tiempo, debido a la condición delicada de la niña, la tecnología y la infraestructura de la atención médica que requiere para seguir con vida, así como los costos de ella, lo que obligaría a la niña a reingresar a un prestador de salud institucional para poder continuar con su tratamiento en un régimen de hospitalización tradicional.

En esa línea, la jueza árbitro calificó que la insuficiencia técnica del Hospital de Arica determinaría, en la práctica, la necesidad de hospitalizar a la niña bajo la cobertura catastrófica en un prestador fuera de la región, lo que incrementaría los costos de la prestación, tanto para la Isapre como para los progenitores. En razón de ello, concluyó que el rechazo de la Isapre al Régimen de Hospitalización Domiciliaria no encontraba sustento en el criterio económico en el que dicha institución motivó su decisión.

En los párrafos que siguen nos proponemos abordar el *quid iuris*.

II. El *quid iuris*

En autos, el intrínquis a dilucidar puede resumirse en los siguientes términos: ¿el Estado chileno vulneró su deber de respetar y garantizar el derecho a la vida y la salud sin discriminación ante la decisión de la Isapre MasVida de suspender el beneficio de la hospitalización domiciliaria en favor de la niña? Y, en caso de ser así, ¿cesó y fue reparada la mentada vulneración?

Para responder a estos interrogantes, resulta menester encarar la cuestión centrándonos en la persona involucrada, cuestión que abordaremos a continuación.

III. Quién se encuentra involucrada

En el caso de marras, quien se encuentra involucrada es —en los términos de la Convención sobre los Derechos del Niño (art. 1º) (5) M., una niña que nació el 12 de mayo de 2006 y que, a la fecha, cuenta con dieciséis años de edad.

M. padece desde el 2007 síndrome de Leigh (6), una “patología mitocondrial, neuro-

degenerativa, con una prevalencia aproximada de 1 en 40,000 recién nacidos” (7).

A raíz de su patología ha requerido ventilación mecánica, tiene atrofia en las extremidades, rigidez de las articulaciones, escasa capacidad auditiva y de contacto social, no tiene control de esfínteres ni capacidad de deglutar, respira a través de una traqueotomía y se le suministran alimentos y medicamentos a través de una gastrostomía.

Consecuentemente, M. integra un colectivo al que las Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad identifica como especialmente vulnerable (8).

En efecto, “[s]e consideran en condición de vulnerabilidad aquellas personas que, por razón de su edad (...) estado físico o mental (...) encuentran especiales dificultades para ejercitar con plenitud ante el sistema de justicia los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico” (Regla 3). Es decir, “[p]odrán constituir causas de vulnerabilidad, entre otras (...) la edad [y] la discapacidad...” (Regla 4).

Así, pues, la mentada vulnerabilidad obedece a las especiales dificultades con que se encuentra M. “en consideración a su desarrollo evolutivo” (Regla 5) y a su “deficiencia física, mental (...), sensorial (...) que limita [su] capacidad de ejercer una o más actividades esenciales de la vida diaria, que puede ser causada o agravada por el entorno económico y social” (Regla 7). De ahí que debe ser objeto de una especial tutela por parte de los órganos del sistema de justicia.

En este sentido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos afirmó, en un caso referido a la responsabilidad internacional del Estado argentino por su demora al mo-

Especial para La Ley. Derechos reservados (Ley 11.723)

(1) Las Isapres, creadas en 1981, “son entidades privadas que funcionan en base a un esquema de seguros, las cuales están facultadas para recibir y administrar la cotización obligatoria de salud (7% de su remuneración imponible) de los[as] trabajadores[as] y personas, que libre e individualmente optaron por ellas en lugar del sistema de salud estatal (FONASA). A cargo de estas cotizaciones las Isapres financian prestaciones de salud y el pago de licencias médicas. Estas prestaciones de salud se otorgan mediante la contratación de servicios médicos financiados por las Isapres”. Hoy otorgan servicios de financiamiento de la salud a un 19% de la población de Chile (www.isapre.cl/las-isapres).

(2) Vigente desde el 01/07/2005. Es de notar que, previo a la adopción de la circular 7, la CAEC se encontraba regulada por la circular 59, del 29/02/2000. Esta circular no excluía el tratamiento de enfermedades crónicas

de la cobertura del CAEC (www.supersalud.gob.cl/normativa/668/articles-897_recurso_1.pdf).

(3) “La CAEC es un beneficio adicional otorgado por algunas Isapres (...) que permite financiar, cumplidos ciertos requisitos y previo pago de un deducible, hasta el 100% de los gastos derivados de atenciones, tanto hospitalarias como algunas ambulatorias, realizadas en la Red de prestadores CAEC que cada una designe, dentro del país, y que sean cubiertas por el plan de salud. La CAEC se debe activar cuando a la persona se le diagnostica un problema de salud cuyo tratamiento le represente un alto costo (gasto catastrófico). Para que opere esta cobertura, la persona afiliada o beneficiaria debe concurrir a la Isapre y solicitar su activación” (Superintendencia de Salud de Chile, www.supersalud.gob.cl/consultas/667/w3-propertyvalue-4011.html#:~:text=La%20CAEC%20es%20un%20beneficio,que%20cada%20una%20de-signa%20dentro).

(4) De la página web de la Superintendencia de Salud de Chile se desprende que “[l]a misión de la Superintendencia de Salud es proteger, promover, y velar por el cumplimiento igualitario de los derechos de las personas en salud, con relación a Fonasa, Isapres y prestadores” (SUPERINTENDENCIA DE SALUD, “Acerca de la Superintendencia”, s.f., disponible en www.supersalud.gob.cl/664/w3-propertyname-693.html).

(5) Art. 1º: “Para los efectos de la presente Convención, se entiende por niño[a] todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad”.

(6) “El síndrome de Leigh se origina por un trastorno nuclear o mitocondrial genéticamente determinado de aparición esporádica o con herencia variable (autosómica recesiva, ligada al cromosoma X, o herencia materna), que produce un déficit del complejo piruvato-deshidro-

genasa y/o déficit de los complejos I-IV de la cadena respiratoria mitocondrial (...). Afecta de forma heterogénea a diversos órganos y se caracteriza por crisis convulsivas, retraso psicomotor, atrofia óptica, hipotonía, debilidad, letargia, vómitos, movimientos anormales (ataxia, temblor), signos piramidales, irritabilidad, nistagmo, oftalmoplejía externa, pérdida de visión así como anomalías respiratorias” (<https://www.analesdepediatria.org/es-sindrome-leigh-con-deficit-complejos-articulo-13071315>).

(7) Corte IDH, 01/10/2021, “Vera Rojas y otros vs. Chile”, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, párr. 51, TR LALEY AR/JUR/219738/2021.

(8) Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad, disponible en www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2009/7037.pdf.

mento de establecer una indemnización a favor de Sebastián Furlán de la que dependía su tratamiento médico como persona con discapacidad, 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. El Tribunal recuerda que no basta con 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, como la discapacidad” (9).

En el marco descripto queda claro que M. es una persona en situación de doble vulnerabilidad:

- por su condición de niña;

- por su condición de persona con discapacidad.

Por ello, precisamente, es acreedora de una tutela especial.

A continuación, daremos un vistazo a las normas aplicables al caso, que consagran la protección especial de la que M. es objeto.

IV. La tutela especial de la que es objeto

La mención a la tutela especial de la que es objeto M. la encontramos en la Convención sobre los Derechos del Niño, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la Convención Interamericana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad y la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y su Protocolo Facultativo.

En esa línea, la Convención sobre los Derechos del Niño —promulgada como ley de la República mediante el dec. supr. 830 del Ministerio de Relaciones Exteriores de Chile (10)— reconoce a los niños y las niñas el derecho a la vida (art. 6º) (11), al disfrute del más alto nivel posible de salud y a servicios para el tratamiento de las enfermedades y la rehabilitación de la salud (art. 24), en condiciones de igualdad y no discriminación (art. 2º) (12).

Asimismo, traza la siguiente regla: “1. Los Estados Partes reconocen que el niño[a] mental o físicamente impedido[a] deberá disfrutar de una vida plena y decente en condiciones que aseguren su dignidad (...). 2. Los Estados Partes reconocen el derecho del niño[a] impedido[a] a recibir cuidados especiales y alentarán y asegurarán, con sujeción a los recursos disponibles, la prestación al niño[a] que reúna las condiciones re-

queridas y a los responsables de su cuidado de la asistencia que se solicite y que sea adecuada al estado del niño[a] y a las circunstancias de sus padres o de otras personas que cuiden de él. 3. En atención a las necesidades especiales del niño[a] impedido[a], la asistencia que se preste (...) será gratuita siempre que sea posible, habida cuenta de la situación económica de los padres o de las otras personas que cuiden del niño[a], y estará destinada a asegurar que el niño[a] impedido[a] tenga un acceso efectivo a (...) los servicios sanitarios [y] los servicios de rehabilitación...” (art. 23).

De allí que “el principio rector para la aplicación de la Convención [sobre los Derechos del Niño] con respecto a los niños[as] con discapacidad [es] el disfrute de una vida plena y decente en condiciones que aseguren su dignidad” (13).

Por su parte, en los términos de la Convención Americana sobre Derechos Humanos —suscripta en 1969 y ratificada por Chile en 1990 (14)— todo niño o niña tiene derecho a que se respete su vida (art. 4º) (15), así como su integridad física, psíquica y moral (art. 5º) (16), y “a las medidas de protección que su condición de menor requieren [sic] por parte de su familia, de la sociedad y del Estado” (art. 19) (17), máxime —agregamos aquí— cuando padece una discapacidad.

Cabe acotar que “[l]os Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza; color; sexo; idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social” (art. 1.1), entendida esta —en nuestro caso— como toda discriminación por razones de edad, enfermedad o discapacidad.

Al respecto, la Convención Interamericana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad —promulgada mediante el dec. 99/2002 del Ministerio de Relaciones Exteriores de Chile (18)— determina que “[e]l término ‘discapacidad’ significa una deficiencia física, mental o sensorial, ya sea de naturaleza permanente o temporal que limita la capacidad de ejercer una o más actividades esenciales de la vida diaria, que puede ser causada o agravada [en sentido análogo a la Regla 7 de las Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en condición de Vulnerabilidad] por el entorno económico y social” (art. 2º).

Nótese que —tal como se desprende de la mentada Convención— “a) El término ‘discriminación contra las personas con discapacidad’ significa toda distinción, exclusión o restricción basada en una discapacidad, antecedente de discapacidad, consecuen-

cia de discapacidad anterior o percepción de una discapacidad presente o pasada, que tenga el efecto o propósito de impedir o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por parte de las personas con discapacidad, de sus derechos humanos y libertades fundamentales” (art. 1).

Finalmente, la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y su protocolo facultativo —promulgados a través del dec. 201/2008 del Ministerio de Relaciones Exteriores de Chile (19)— viene a ratificar la idea según la cual las personas con discapacidad son sujetos titulares de derechos fundamentales, entre los que cabe incluir el derecho a la vida y a la salud sin discriminación.

Sobre el particular, en los términos del art. 7º, “1. Los Estados Partes tomarán todas las medidas necesarias para asegurar que todos los niños y las niñas con discapacidad gocen plenamente de todos los derechos humanos y libertades fundamentales en igualdad de condiciones con los demás niños y niñas.

”2. En todas las actividades relacionadas con los niños y las niñas con discapacidad, una consideración primordial será la protección del interés superior del niño.

”3. Los Estados Partes garantizarán que los niños y las niñas con discapacidad [reciban] 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”.

Además, el art. 25 dispone: “Los Estados Partes reconocen que las personas con discapacidad tienen derecho a gozar del más alto nivel posible de salud sin discriminación por motivos de discapacidad. Los Estados Partes adoptarán las medidas pertinentes para asegurar el acceso de las personas con discapacidad a servicios de salud que tengan en cuenta las cuestiones de género, incluida la rehabilitación relacionada con la salud. En particular, los Estados Partes: (...) b) Proporcionarán los servicios de salud que necesiten las personas con discapacidad específicamente como consecuencia de su discapacidad, incluidas la pronta detección e intervención, cuando proceda, y servicios destinados a prevenir y reducir al máximo la aparición de nuevas discapacidades, incluidos los niños y las niñas (...); f) Impedirán que se nieguen, de manera discriminatoria, servicios de salud o de atención de la salud”.

Con todo, la Convención sobre los Derechos del Niño determina —al igual que el art. 7.2 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y su protocolo facultativo, según ya vimos— que el “interés superior del niño” debe prevalecer en toda decisión en que estén involucrados

menores (art. 1º). Ello, por cuanto los niños y niñas son sujetos de derecho, de manera que se les reconocen los derechos humanos básicos y los que son propios de su condición de niño o niña.

Ocurre que las disposiciones de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, así como también las de la Convención Interamericana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad y la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y su protocolo facultativo —según ya señaláramos— resultan insuficientes para asegurar a las personas menores de edad el respeto de las garantías y los derechos reconocidos por esos instrumentos a todas las personas.

Esto último implica que deban “considerarse una serie de principios y garantías propias de la materia de la niñez, para conformar así un núcleo fundamental sobre los derechos de los niños[as], que contemple un principio de discriminación positiva con el propósito de procurar una equidad y compensar, ‘mediante el reconocimiento de mayores y más específicas garantías (...) situaciones de franca desigualdad que existen en la realidad’” (20).

En favor de esta solución y para asegurar en la mayor medida posible la prevalencia del interés superior del niño, el preámbulo de la Convención sobre los Derechos del Niño establece que los niños y las niñas requieren “protección y cuidados especiales” (párr. 9º).

Se advierte, sin embargo, que “protección y cuidados especiales” son los que omitió brindar el Estado chileno en dos oportunidades a una niña con discapacidad: a) al permitir el retiro del Régimen de la Hospitalización Domiciliaria en que se encontraba M., con fundamento en la circular IF/No. 7 de la Superintendencia de Salud, flagrantemente regresiva (21), y b) al permitir que el servicio de hospitalización domiciliaria —una vez restablecido a través de la jueza árbitro— se brinde en condiciones tales que han dado lugar a reclamos y quejas de los progenitores (22), lo que pone de relieve que el riesgo respecto de los derechos de M. persistió.

Corresponde ahora describir la consecuencia que acarrea para el Estado chileno incumplir los compromisos internacionales asumidos.

V. El deber del Estado de tutelar en la materia

La Corte Interamericana de Derechos Humanos nos recuerda que “es un principio básico del derecho de la responsabilidad internacional del Estado, recogido en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, que todo Estado es internacionalmente responsable por actos u omisiones de cua-

(9) Corte IDH, 31/08/2012, “Furlán y familiares vs. Argentina”, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, párr. 134, TR LALEY AR/JUR/52082/2012, “Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica”, párr. 292, TR LALEY AR/JUR/68284/2012.

(10) Dec. 830. Promulga Convención sobre los Derechos del Niño. Ministerio de Relaciones Exteriores. Publicado en el Diario Oficial del 27/09/1990, fecha en que la Convención entró en vigencia en Chile (<https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=15824&idVersion=1990-09-27>).

(11) Art. 6º: “1. Los Estados Partes reconocen que todo niño[a] tiene el derecho intrínseco a la vida. 2. Los Estados Partes garantizarán en la máxima medida posible la supervivencia y el desarrollo del niño[a]”.

(12) Art. 2º: “1. Los Estados Partes respetarán los derechos enunciados en la presente Convención y asegurarán su aplicación a cada niño[a] sujeto a su jurisdicción, sin distinción alguna, independientemente de la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o

de otra índole, el origen nacional, étnico o social, la posición económica, los impedimentos físicos, el nacimiento o cualquier otra condición del niño, de sus padres o de sus representantes legales...”.

(13) Naciones Unidas - Comité de los Derechos del Niño, 27/02/2007, obs. gral. 9, “Los derechos de los niños con discapacidad”, párr. 11, disponible en www.plataformadeinfancia.org/wp-content/uploads/2018/09/observacion-general-9-los-derechos-ninos-con-discapacidad-2006.pdf.

(14) Instituto Nacional de Derechos Humanos. Cartilla Informativa: Convención Americana sobre Derechos Humanos, disponible en <http://bibliotecadigital.indh.cl/handle/123456789/894>.

(15) Art. 4º: “Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente”.

(16) Art. 5º: “1. Toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral”.

(17) Art. 19: “Todo niño[a] tiene un derecho a las medidas de protección que su condición de menor requiere [sic] por parte de su familia de la sociedad y del Estado”.

(18) Dec. 99/2002; promul. 25/03/2002; publ. 20/06/2002, disponible en www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=199523&idParte=0&idVersion=.

(19) Dec. 201/2008; promul. 25/08/2008; publ. 17/09/2008, disponible en www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=278018&idParte=0&idVersion=.

(20) Corte IDH, 28/08/2002, opinión consultiva OC-17/2002, “Condición jurídica y derechos humanos del niño”, solicitada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, p. 16, disponible en www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_17_esp.pdf.

(21) 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”.

(22) Estos reclamos y quejas obedecen a problemas con la atención debido a que los trabajadores de la empresa encargada de brindar el servicio de salud no se encontraban disponibles y los insumos mensuales para la atención de M. se retrasaban, la ausencia de visita de un fonaudiólogo orientado a deglución y la falta de medicamentos, la existencia de ventiladores sin manutención, la falta de comunicación con la empresa a cargo y la falta de especialistas (Corte IDH, 01/10/2021, “Vera Rojas y otros vs. Chile”, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, párr. 144, TR LALEY AR/JUR/219738/2021).

lesquiera de sus poderes u órganos en violación de los derechos internacionalmente consagrados” (23).

Consecuentemente, “la responsabilidad internacional de los Estados, en el marco de la Convención Americana, surge en el momento de la violación de las obligaciones generales, de carácter erga omnes, de respetar y hacer respetar —garantizar— las normas de protección y de asegurar la efectividad de los derechos allí consagrados en toda circunstancia y respecto de toda persona (...). De estas obligaciones generales derivan deberes especiales, 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*” (24).

“En estos supuestos, para establecer que se ha producido una violación de los derechos consagrados en la Convención no se requiere determinar, como ocurre en el derecho penal interno, la culpabilidad de sus autores o su intencionalidad y tampoco es preciso identificar individualmente a los agentes a los cuales se atribuyen los hechos violatorios. Es su-

ficiente que exista una obligación del Estado que haya sido incumplida por este” (25).

VI. Conclusión

De lo expuesto precedentemente surge que el Estado chileno asumió compromisos internacionales dirigidos a promover y facilitar las prestaciones de salud, las que reconoció como derecho a todas las personas por igual.

Al respecto, ha dicho la Corte Interamericana de Derechos Humanos que “[a] aprobar [los] tratados sobre derechos humanos, los Estados se someten a un orden legal dentro del cual ellos, por el bien común, asumen varias obligaciones (...) hacia los individuos bajo su jurisdicción” (26).

Y precisamente esas obligaciones deben orientarse a promover y facilitar el acceso a las prestaciones de salud y se extiende a las entidades que participan de un mismo sistema sanitario, como las Isapres, en las que el Estado ha delegado la función de la garantía del derecho a salud, pero cuya actuación debe regular y fiscalizar.

El art. 19 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos —según dijimos— obliga a los Estados a desarrollar la normativa para garantizar las medidas de protección que los niños y las niñas requieren en su condición de tales. De ahí que cualquier desarrollo normativo que los Estados elaboren en torno a las medidas de protección para la niñez debe reconocer que los niños y niñas son sujetos de derechos, que deben realizarse dentro del concepto de protección y cuidado especiales y no de regresión en materia de salud, tal como vino a instaurar la circular IF/No 7 de la Superintendencia de Salud.

Es que, si bien el derecho a la salud, “[c]omo derecho implícito dentro de los clásicos derechos civiles [tuvo,] como contenido inicial el derecho personal a que nadie infiera daño a la salud, con lo que el sujeto pasivo cumplía su única obligación omitiendo ese daño [hoy día] exige, además de la abstención del daño, muchísimas prestaciones favorables que implican en determinados sujetos pasivos el deber de dar y hacer” (27).

El Estado chileno no solo se abstuvo de adoptar las medidas necesarias, apropiadas

y razonables para prevenir, lo que puso en riesgo la salud —que es la vida— de una niña con discapacidad, sino también aquellas medidas destinadas a remediar infracciones por parte de agentes privados (28). Ello, por cuanto las condiciones posteriores en las cuales se ha prestado el servicio de hospitalización domiciliaria —una vez restablecido a través de la jueza árbitro— han dado lugar a reclamos y quejas de los progenitores, por lo cual ha persistido el riesgo respecto de los derechos de M.

De ahí que el decisorio de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que considera que el Estado chileno es responsable por la violación de los derechos a la salud de una niña con discapacidad, en relación con la obligación de garantizar los derechos sin discriminación y con el deber de adoptar disposiciones de derecho interno, deviene inobjetable, por cuanto el hecho ilícito internacional no cesó en su totalidad ni fue reparado integralmente.

Cita online: TR LALEY AR/DOC/2201/2022

(23) Corte IDH, 06/04/2006, “Baldeón García vs. Perú”, fondo, reparaciones y costas, párr. 140, TR LALEY AR/JUR/11098/2006.

(24) Corte IDH, 25/11/2006, “Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia”, párr. 111, TR LALEY AR/JUR/16251/2006.

(25) *Ibidem*.

(26) Corte IDH, 24/09/1982, opinión consultiva 2/1982, “El efecto de las reservas sobre la entrada en vigencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (arts. 74 y 75)”, párr. 29, TR LALEY AR/JUR/4386/1982.

(27) BIDART CAMPOS, Germán J., “Manual de la Constitución reformada”, Ediar, Buenos Aires, 2006, t. II, p. 107.

(28) Comité de los Derechos del Niño, 17/04/2013,

obs. gral. 16 sobre las obligaciones del Estado en relación con el impacto del sector empresarial en los derechos del niño, párrs. 28 y 29. Dice el párr. 28: “Los Estados tienen la obligación de ofrecer protección contra las violaciones por terceros de los derechos consagrados en la Convención y sus protocolos facultativos. Esta obligación adquiere una importancia fundamental al considerar las obligaciones de los Estados con respecto al sector empresarial. Supone que los Estados deben adoptar todas las medidas apropiadas, razonables y necesarias para impedir que las empresas cometan violaciones de los derechos del niño o contribuyan a ello. Estas medidas pueden incluir la aprobación de leyes y reglamentos, su seguimiento y aplicación o la aprobación de políticas en que se establezca la forma

en que las empresas pueden incidir en los derechos de los niños. Los Estados deben investigar, enjuiciar y reparar las violaciones de los derechos del niño causadas por una empresa o a las que una empresa haya contribuido. Por tanto, un Estado es responsable de dichas violaciones si no ha adoptado las medidas apropiadas, razonables y necesarias para impedir las o repararlas, o si ha tolerado o colaborado de alguna otra forma en su comisión”.

A su vez, esto es lo que determina el párr. 29: “La obligación de hacer efectivos los derechos exige que los Estados adopten medidas positivas para facilitar, promover y garantizar de disfrute de los derechos del niño[a]. Esto quiere decir que los Estados deben aplicar medidas legislativas, administrativas, presupues-

tarias, judiciales, de promoción y de otro tipo (...) en lo que respecta a las actividades empresariales que afecten a los derechos del niño[a]. Estas medidas deberán garantizar un entorno óptimo para la plena aplicación de la Convención y sus protocolos facultativos. Para cumplir esta obligación, los Estados deben crear entornos jurídicos y normativos estables y predecibles que permitan a las empresas respetar los derechos del niño[a]. Esto incluye normas y leyes claras y debidamente aplicadas en materia de (...) salud (...) que sean conformes a la Convención y sus protocolos facultativos” (<https://www.unicef.org/peru/media/2566/file/Comit%C3%A9%20de%20los%20Derechos%20del%20Ni%C3%B1o:%20Observaci%C3%B3n%20general%20N%C2%BA%2016.pdf>).

El derecho a la salud: el Estado como garante

A propósito de la sentencia de la Corte IDH en el caso “Vera Rojas vs. Chile”



María Mercedes Pertino

Abogada. Máster en Ciencias del Matrimonio y de la Familia (Pontificia Universitas Lateranensis, Roma).



Francisco A. Hankovits

Presidente de la Cámara 2ª de Apelación en lo Civil y Comercial de La Plata. Profesor de Derecho Procesal Civil y Comercial (Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, UNLP).

SUMARIO: I. Introducción: encuadre del tema.— II. Caso “Vera Rojas vs. Chile”.— III. Los estándares actuales del derecho a la salud y el Estado en la Unión Europea.— IV. El rol del Estado en garantizar el derecho a la salud.— V. Conclusión.

I. Introducción: encuadre del tema

La trascendencia del derecho a la salud, como la obligación de garantizar su efectiva vigencia, máxime en el contexto de pandemia, amerita analizar el rol que le cabe al Estado en su consecución. Ello, a fin de dar contenido cierto a disposiciones constitucionales y convencionales que lo reconocen como tal, de modo que ellas se traduzcan en resultados concretos que den respuesta a problemáticas particulares y no queden solo como enunciados normativos abstractos carentes de aplicabilidad material.

En ese orden, cabe recordar que las convenciones incorporadas a la Constitución Nacional y con igual rango normativo reconocen el derecho a la salud con esa jerarquía [art. 75, inc. 22 (1)].

Especial para La Ley. Derechos reservados (Ley 11.723)

(1) Es conveniente referir que en el texto de la Carta Magna nacional se menciona expresamente el derecho a la protección de la salud en su art. 42, relativo a las relaciones de consumo. En la provincia de Buenos Aires, la Constitución local lo reconoce específicamente en el

En efecto, “la tutela del derecho a la salud es una manda consagrada por la Constitución Nacional y contemplada en las Constituciones provinciales (arts. 5º y 121) y por los tratados internacionales que tienen tal jerarquía (art. 75, inc. 22, de la Ley Suprema)” (2).

Desde dicho enclave jurídico corresponde asegurar la efectividad del derecho a la salud conforme a los estándares por él determinados (arts. XI de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; 12, incs. 1º y 2º, del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; 6º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; 25.1 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y 4º y 5º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos).

art. 36, inc. 8º, señalando que “[l]a provincia garantiza a todos sus habitantes el acceso a la salud en los aspectos preventivos, asistenciales y terapéuticos”. Asimismo, el art. 20 de la Const. Ciudad Autónoma de Buenos Aires garantiza el derecho a la salud integral y establece que el gasto público en salud es una inversión social prioritaria.

Ello, más allá de convenciones especiales que brindan, en su ámbito de aplicación, tutela diferenciada a individuos o grupos vulnerables respecto de esta prerrogativa, tales como la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (art. 25; con rango constitucional a partir de su incorporación mediante la ley 27.044) o la Convención sobre los Derechos del Niño (art. 24), con idéntica jerarquía constitucional, entre otras.

Ello conlleva que cada uno de los tres Poderes del Estado adopte acciones positivas en protección de dicho derecho esencial. En particular, corresponde a la judicatura, por su especial función, velar activamente por la concreción efectiva de aquel en las situaciones llevadas a su conocimiento y decisión.

(2) CS, 04/05/2021, “Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires” (voto del Dr. Lorenzetti), TR LALEY AR/JUR/11763/2021.

(3) CS, 24/09/2019, “Bosso, Fabián G. c. EN - Mº Seguridad - PFA s/ Personal Militar y Civil de las FFAA y de Seg.” (voto del Dr. Maqueda), TR LALEY AR/

Ciertamente, “[d]e los tratados internacionales que cuentan con jerarquía constitucional se desprende la existencia tanto de los derechos de toda persona a gozar de un nivel adecuado de vida y al disfrute del más alto nivel posible de salud, como de la correspondiente obligación de los Estados Partes de adoptar las medidas que resulten pertinentes de modo de hacer efectivos tales derechos” (3).

Cabe finalmente referir que el derecho a la salud, desde el punto de vista normativo, reconocido en los tratados internacionales con rango constitucional —art. 75, inc. 22, de la Constitución Nacional—, es extensivo a la salud no solo individual sino también colectiva (4).

JUR/27924/2019.

(4) CS, 01/06/2000, “Asociación Benghalensis y otros c. Ministerio de Salud y Acción Social - Estado Nacional s/ amparo ley 16.986”, TR LALEY AR/JUR/930/2000.

II. Caso “Vera Rojas vs. Chile” (5)

II.1. Hechos

El 1 de octubre de 2021, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, Corte IDH) dictó sentencia mediante la cual declaró la responsabilidad internacional del Estado de Chile por las violaciones de los arts. 4º, 5º, 19 y 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en relación con los arts. 1.1 y 2 del mismo instrumento; ello en perjuicio de M. y del derecho a la integridad personal de sus padres, C. A. del P. R. F. y R. A. V. R. En particular, la Corte encontró que los derechos a la vida, la vida digna, la integridad personal, la niñez, la salud y la seguridad social, en relación con la obligación de garantizar los derechos sin discriminación, y el deber de adoptar disposiciones de derecho interno, se vieron afectados como consecuencia de la decisión de la aseguradora privada Isapre MasVida, en virtud de la cual se determinó el retiro de la hospitalización domiciliar de M., la cual era necesaria para su adecuado tratamiento médico. La decisión de la aseguradora fue adoptada sobre la base de una disposición reglamentaria de la Superintendencia de Salud que permitía dicho retiro, por lo que la Corte determinó que el Estado incumplió con su deber de regulación de los servicios de salud.

II.2. Holding de la sentencia en el punto de tratamiento

“En el marco de las obligaciones de garantía y del deber de adoptar disposiciones de derecho interno que se derivan del art. 1.1 y 2 de la Convención Americana, la Corte ha destacado que los Estados tienen el deber de prevenir las violaciones a derechos humanos producidas por empresas privadas, por lo que deben adoptar medidas legislativas y de otro carácter para prevenir dichas violaciones, e investigar, castigar y reparar tales violaciones cuando ocurran. Los Estados, de esta forma, se encuentran obligados a reglamentar que las empresas adopten acciones dirigidas a respetar los derechos humanos reconocidos en los distintos instrumentos del Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos —incluidas la Convención Americana y el Protocolo de San Salvador” (parág. 85).

Puntualmente, “[e]n lo que respecta a las afectaciones de los derechos producidas por la conducta de terceros privados que prestan servicios de salud, este Tribunal ha establecido que, dado que la salud es un bien público, cuya protección está a cargo del Estado, este tiene la obligación de prevenir que terceros interfieran indebidamente en el goce de los derechos a la vida y a la integridad personal, particularmente vulnerables cuando una persona se encuentra bajo tratamiento de salud. De esta forma, los Estados tienen el deber de regular y fiscalizar toda la asistencia de salud prestada a las personas bajo su jurisdicción, como deber especial de protección a la vida y la integridad personal, independientemente de si la entidad que presta tales servicios es de carácter público o privado. La obligación del Estado no se agota en los hospitales que prestan servicios públicos, sino que abarca

a toda y cualquier institución en salud” (parág. 89) (6).

En ese orden, señala la Corte IDH que, “al igual que todos los derechos humanos, el derecho a la salud impone tres tipos de obligaciones: la obligación de respetar, proteger y cumplir. La obligación de respetar significa que los Estados deben abstenerse de realizar acciones que perjudiquen el derecho a la salud. La obligación de proteger exige a los Estados adoptar medidas para impedir que terceros interfieran en la aplicación de las garantías previstas para el derecho a la salud. La obligación de cumplir, obliga a los Estados a adoptar medidas apropiadas de carácter legislativo, administrativo, judicial o de otra índole para lograr la plena efectividad del derecho a la salud” (parág. 91) (7).

III. Los estándares actuales del derecho a la salud y el Estado en la Unión Europea

Los arts. 35 de la Carta de los Derechos fundamentales de la UE (8) y 2º del Convenio Europeo de Derechos Humanos, que tutelan el derecho a la vida, imponen a los Estados nacionales integrantes de la UE no solo abstenerse de privar de la vida (y la salud) de sus ciudadanos, sino esencialmente adoptar medidas positivas para salvaguardar la vida de las personas sujetas a su jurisdicción. Esto es, su obligación no se agota en el deber de disponer un marco normativo pertinente, sino que también deben establecer medidas preventivas operativas (9). En ese orden el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha dispuesto que la interpretación del art. 2º del Convenio Europeo debe estar guiada por el hecho y la finalidad de dicho texto normativo, instrumento destinado a proteger a cada ser humano, que exige que sus disposiciones sean interpretadas y aplicadas de manera que sus garantías sean prácticas y efectivas (10). En efecto, la Corte tiene en cuenta el hecho de que la Convención debe ser interpretada garantizando los derechos los cuales son prácticos y efectivos en cuanto opuestos a teóricos e ilusorios (ver “Artico v. Italy”, 13/05/1980, párr. 33, serie A, nro. 37) (11).

Asimismo, dicho tribunal ha resuelto en el caso “Centre for Legal Resources on Behalf of Valentin Câmpeanu v. Romania” (sent. del 17/07/2014) que los Estados deben estipular medidas idóneas para salvaguardar la vida de las personas, cualquiera sea el contexto de actividad pública o privada en la cual pueda estar en juego el derecho a la integridad de la vida (párr. 130).

Como puede observarse, los estándares europeos, sean estos normativos o jurisprudenciales, resultan similares a los establecidos en el ámbito interamericano en lo que respecta a las obligaciones específicas que deben asumir los Estados nacionales y a la aplicación estricta de las disposiciones específicas estatuidas al respecto (12).

IV. El rol del Estado en garantizar el derecho a la salud

Liminarmente cabe señalar que, según lo tiene reiteradamente resuelto la Corte Suprema Nacional, de acuerdo con lo dis-

puesto por los tratados internacionales que tienen jerarquía constitucional antes citados, la *autoridad pública tiene la obligación impostergable de garantizar el derecho a la preservación de la salud* —comprendido en el derecho a la vida— 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 (13). Consecuentemente, “[l]as obligaciones derivadas de los compromisos internacionales explícitos asumidos por el Estado Nacional con el objeto de promover y facilitar las prestaciones de salud se extienden a sus subdivisiones políticas y otras entidades públicas que participan de un mismo sistema sanitario” (14).

Más aún, en relación con la tutela de las y los niños, “[e]l Estado Nacional asumió compromisos internacionales explícitos encaminados a promover y facilitar las prestaciones de salud que requiera la minoridad y no puede desligarse válidamente de esos deberes 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 el interés superior del niño, que debe ser tutelado por sobre otras consideraciones por todos los departamentos gubernamentales (art. 3º de la Convención sobre los Derechos del Niño)” (15).

De su lado, la Corte IDH en el caso referenciado reafirma en el tópico en tratamiento el estándar dispuesto en su precedente “Ximenes Lopes vs. Brasil” del 4 de julio de 2006.

Por todo ello, no cabe hesitación acerca de que el Estado asume un *rol activo de garantía* en relación con la adecuada prestación del derecho a la salud.

En ese orden, el tribunal interamericano recuerda que la obligación de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos 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, y ha establecido además que la obligación de garantía se proyecta más allá de la relación entre los agentes estatales y las personas sometidas a su jurisdicción, y abarca el deber de prevenir, en la esfera privada, que terceros vulneren los bienes jurídicos protegidos (16).

Asimismo, dicha Corte razonablemente ha considerado que un Estado no puede ser responsable por cualquier violación de derechos humanos cometida por particulares dentro de su jurisdicción. El carácter *erga omnes* de las obligaciones convencionales de garantía a cargo de los Estados no implica su responsabilidad ilimitada frente a cualquier acto de particulares. Así, aunque un acto, omisión o hecho de un particular tenga como consecuencia jurídica la violación de los derechos de otro, este no es automáticamente atribuible al Estado, sino que corresponde analizar las circunstancias particulares del caso y la concreción de las obligaciones de garantía (17).

De ello se infiere que el Estado asume una obligación de garantía de medios (no de resultados) que implica adoptar medidas eficaces de regulación, fiscalización y supervisión continua de la prestación de servicios de salud privados.

En efecto, “en lo que respecta a las afectaciones de los derechos producidas por la conducta de terceros privados que prestan servicios de salud, este tribunal ha establecido que, dado que la salud es un bien público, cuya protección está a cargo del Estado, este tiene la obligación de prevenir que terceros interfieran indebidamente en el goce de los derechos a la vida y a la integridad personal, particularmente vulnerables cuando una persona se encuentra bajo tratamiento de salud. De esta forma, los Estados tienen el deber de regular y fiscalizar toda la asistencia de salud prestada a las personas bajo su jurisdicción, como deber especial de protección a la vida y a la integridad personal, independientemente de si la entidad que presta tales servicios es de carácter público o privado. La obligación del Estado no se agota en los hospitales que prestan servicios públicos, sino que abarca a toda y cualquier institución en salud” (18).

En ese sentido, en el ámbito de la litigación el Estado tendrá la carga probatoria efectiva de demostrar no solo la adopción de medidas de regulación y fiscalización que sean asimismo eficientes y oportunas, sino también la necesaria y continua supervisión de cómo se materializa la debida prestación de los servicios de salud conforme a la normativa apropiada por él mismo dictada, a través de las agencias estatales competentes en ello, para ser liberada de responsabilidad civil, conforme al estándar fijado por la Corte IDH (19). Ello así, en tanto asume una obligación de garantía (de medios) de carácter positivo. Máxime que en la materia, tratándose del derecho a la vida plena y a la salud no se admiten enfoques restrictivos (20). En el mismo orden y con idéntico criterio hermenéutico, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos adopta el estándar de valoración de la evidencia “beyond reasonable doubt” (más allá de la duda razonable) en cuanto patrón de evaluación probatoria de carácter estricto para liberar de responsabilidad a la autoridad pública (21).

V. Conclusión

Tras la reforma constitucional del año 1994, 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 (cfr. arts. 42 y 75, inc. 22, CN).

La Corte IDH sostiene que la obligación general de protección a la salud se traduce en el deber estatal de asegurar el acceso de las personas a servicios esenciales de salud, garantizando una prestación médica de calidad y eficaz, así como de impulsar el mejoramiento de las condiciones de salud de la población. Este derecho abarca la atención de salud oportuna y apropiada conforme a los principios de disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y calidad, cuya aplicación dependerá de las condiciones prevale-

(5) Corte IDH, 01/10/2021 “Vera Rojas y otros vs. Chile”, TR LALEY AR/JUR/219738/2021.

(6) Ello, con cita de su precedente en la causa “Ximenes Lopes vs. Brasil”, sent. del 04/07/2006, serie C, nro. 149, párr. 89, y “Gonzales Lluy y otros vs. Ecuador”, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sent. del 01/09/2015, serie C, nro. 298, párr. 175.

(7) Ello, con cita de la obs. gral. 24 (2017) del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales sobre las obligaciones de los Estados en virtud del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en el contexto de actividades empresariales, 10/08/2017, párr. 33.

(8) El art. 35 prescribe: “Toda persona tiene derecho a la prevención sanitaria y a beneficiarse de la atención sa-

nitaria en las condiciones establecidas por las legislaciones y prácticas nacionales. Al definirse y ejecutarse todas las políticas y acciones de la Unión se garantizará un alto nivel de protección de la salud humana”.

(9) Conf. TEDH, “Guida all’articolo 2 della Convenzione Europea sui Diritti dell’Uomo. Diritto alla Vita, Aggiornata al 30 aprile 2020”, Consejo de Europa.

(10) Caso 27/09/1999, “McCann and others v. The United Kingdom”, párr. 146.

(11) Cit. en 17/06/2014, “Centre for Legal Resources on Behalf of Valentin Câmpeanu v. Romania”, párr. 105.

(12) Caso “McCann and others v. The United Kingdom”, cit., párr. 147.

(13) CS, 16/10/2001, “Monteserin, Marcelino c. Estado

Nacional - Ministerio de Salud y Acción Social - Comisión Nacional Asesora para la Integración de Personas Discapacitadas - Servicio Nacional de Rehabilitación y Promoción de la Persona con Discapacidad”, JA 2002-II-425, entre otros.

(14) CS, 24/05/2005, “Orlando, Susana B. c. Buenos Aires, Provincia de y otros s/ amparo”, TR LALEY 4/57610.

(15) CS, 24/08/2000, “Campodónico de Beviacqua, Ana C. c. Ministerio de Salud y Acción Social - Secretaría de Programas de Salud y Banco de Drogas Neoplásicas”, TR LALEY AR/JUR/1385/2000.

(16) “Vera Rojas vs. Chile”, cit., párrs. 82 y 83 y sentencias allí referenciadas.

(17) Cfr. “Vera Rojas vs. Chile”, párr. 83, TR LALEY AR/

JUR/219738/2021; 31/01/2006, “Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia”, serie C, nro. 140., párr. 123, TR LALEY AR/JUR/16251/2006, y “Buzos Miskitos (Lemoth Morris y otros) s. Honduras”, párr. 44.

(18) Cfr. “Vera Rojas vs. Chile”, párr. 89, TR LALEY AR/JUR/219738/2021; “Ximenes Lopes vs. Brasil”, párr. 99, TR LALEY AR/JUR/27143/2008, y “Gonzales Lluy y otros vs. Ecuador”, párr. 177, TR LALEY AR/JUR/88657/2015.

(19) Ver aplicado este estándar convencional en C2ºCiv. y Com. La Plata, sala III, causa 115.361-1.

(20) “Vera Rojas”, cit., párr., TR LALEY AR/JUR/88657/2015

(21) “Centre for Legal Resources”, cit., párr. 131.

cientes en cada Estado. El cumplimiento de la obligación del Estado de respetar y garantizar este derecho deberá dar especial cuidado a los grupos vulnerables y marginados, y deberá realizarse de conformidad con los recursos disponibles de manera progresiva y de la legislación nacional aplicable (22).

(22) “Vera Rojas”, cit., párr. 100, TR LALEY AR/JUR/88657/2015 y sentencias allí citadas.

En ese orden, en la particular situación resuelta en el fallo analizado, en nuestro régimen legal, además de la Convención sobre el Derecho del Niño (art. 24), aplican específicamente los arts. 19 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y VII de la Declaración Americana de los Derechos

(23) Conf. “Centre for Legal Resources”, cit., párr. 132 y precedente allí referenciado.

y Deberes del Hombre; todas de jerarquía equivalente a la Constitución Nacional.

La Convención no se satisface si la protección brindada por leyes locales solo existe en teoría: por encima de ello, debe también operar de modo efectivo en la práctica (23).

En definitiva, el derecho a recibir una adecuada y oportuna prestación en salud no basta con que sea reconocida normativamente

—aun en su mayor rango jerárquico— si no existe una conciencia y un compromiso cierto de todas las autoridades de concretarlo de modo efectivo en la realidad de las personas necesitadas de ello. En ese orden, el Estado asume, sin duda, un rol trascendente, ya sea como prestador o como garante en la efectivización del derecho constitucional a la salud.

Cita online: TR LALEY AR/DOC/2202/2022

Jurisprudencia

Prohibición de aduanas internas

Impuesto sobre los ingresos brutos. Alícuota más gravosa. Obstáculos al comercio entre provincias.

La aplicación de la ley 10.394 de la Provincia de Córdoba, al gravar a la empresa actora su actividad con la alícuota “residual” del 4,75% en el Impuesto sobre los Ingresos Brutos, obstaculiza el desenvolvimiento del comercio entre las provincias. La discriminación que genera la legislación provincial en función del lugar de radicación del establecimiento productivo del contribuyente lesiona el principio de igualdad (art. 16, CN), altera la corriente natural del comercio (arts. 75, inc. 13, y 126, CN), instaurando así una suerte de “aduana interior” vedada por la Constitución Nacional (arts. 9º a 12), para perjudicar a los productos foráneos en beneficio de los manufacturados en su territorio, extremo que conduce a la declaración de invalidez de la pretensión fiscal de la demandada.

CS, 24/02/2022. - Kiskali S.A. c. Córdoba, Provincia de s/acción declarativa de certeza.

[Cita on line: TR LALEY AR/JUR/11832/2022]

Costas

A la vencida

Control de constitucionalidad

Se declara la inconstitucionalidad del art. 22 de la ley 10.324 de la Provincia de Córdoba.

Buenos Aires, febrero 24 de 2022.

Resulta: I. A fs. 24/53 se presenta Kiskali SA, con domicilio en Libertad, en la Provincia de Buenos Aires, e inicia acción declarativa de certeza en los términos de artículo 322 del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación, contra la Provincia de Córdoba, a fin de que se haga cesar el estado de incertidumbre en el que dice encontrarse frente a la pretensión de la demandada de gravar la actividad que realiza en su jurisdicción con una alícuota diferencial (más alta) para el pago del impuesto sobre los ingresos brutos, por los períodos fiscales 01 y 02 correspondientes al año 2016, plasmada en la resolución DJRGDA-R Nº 0019/2016 de la Dirección General de Rentas, en razón de no poseer su establecimiento productivo en esa provincia.

Puntualmente, solicita la declaración de inconstitucionalidad del artículo 22 de la ley impositiva provincial 10.324, en cuanto sostiene que la pretensión fundada en dicha norma resulta violatoria de diversos derechos y garantías constitucionales, en parti-

cular de los artículos 4º, 9º, 10, 11, 12, 16, 28, 31, 75, incisos 1º, 10 y 13, y 126 de la CN.

Relata que Kiskali SA es una empresa cuya actividad principal es la elaboración de galletitas y bizcochos, en especial tostadas, grisines y mini tostadas, que tributa el impuesto sobre los ingresos brutos bajo el régimen del Convenio Multilateral, y cuyo establecimiento industrial se encuentra radicado en la localidad de Pilar, Provincia de Buenos Aires.

Añade que la Provincia de Córdoba grava con el impuesto a los ingresos brutos —vg. del 4,75 % para el período 2016— a los ingresos provenientes de la actividad industrial que realiza —cuya base líquida de acuerdo a lo dispuesto en el Convenio Multilateral— mientras que, según sostiene, aplica —de un modo genérico y arbitrario— una alícuota del 0,50 % a todas las industrias radicadas en su jurisdicción.

En ese contexto, aduce que la pretensión provincial constituye una invasión a las facultades exclusivas de la Nación para reglar el comercio con las naciones extranjeras y las provincias entre sí (artículo 75, inciso 13, de la CN), e instaura una “aduana interior” que vulnera los prescripto por los artículos 4º, 9º, 10, 11, 12, 16, 17, 28, 31 y 75, incisos 1º, 10 y 13 y 126 de la CN.

Cita jurisprudencia del Tribunal en apoyo de su postura.

Por último, desarrolla las razones por las cuales, a su entender, se cumplen los requisitos para la procedencia de la acción declarativa.

II. A fs. 56/57 dictaminó la señora Procuradora Fiscal, y sobre la base de esa opinión, a fs. 61/62 el Tribunal declaró su competencia originaria para entender en la presente causa e hizo lugar a la medida cautelar solicitada.

III. A fs. 192/217 la Provincia de Córdoba contesta la demanda y solicita su rechazo.

Tras las negativas de rigor, sostiene que no se reúnen los requisitos de procedencia de la acción, dado que no se configura un estado de incertidumbre sobre la existencia, alcance y modalidad de una relación jurídica, toda vez que el actor debió interponer demanda contencioso administrativa dentro del plazo de los treinta días de notificada la resolución del Ministerio de Finanzas provincial Nº 000010/2017, lo que no hizo, por lo cual alude que la cuestión se ha tornado abstracta por haberse superado el estado de incertidumbre inicial que condicionaba la viabilidad de la acción, pues ha existido una aceptación voluntaria de la pretensión fiscal.

Destaca que el objetivo de la medida fiscal en cuestión debe entenderse como una política de promoción y fomento enmarcada en la potestad tributaria provincial de promover la industria local y estimular su desarrollo, reservada para sí a través del artículo 125 de la CN, en la búsqueda de concretar la lla-

mada cláusula del progreso o desarrollo al que se refiere el artículo 75, inciso 18, de la Ley Fundamental.

IV. A fs. 245 obra el dictamen de la señora Procuradora Fiscal acerca de las cuestiones constitucionales propuestas, que remite a lo dictaminado en su oportunidad en la causa “Bayer” (Fallos: 340:1480).

Considerando: 1º) Que, tal como lo ha decidido el Tribunal a fs. 61/62, esta causa corresponde a la competencia originaria de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, según los artículos 116 y 117 de la CN.

2º) Que la acción deducida constituye una vía idónea para motivar la intervención del Tribunal, pues no se trata de dar solución a una hipótesis abstracta sino que se propone precaver los efectos de la aplicación de la ley local 10.324, a la par de fijar relaciones legales que vinculan a las partes en el conflicto (Fallos: 311:421; 318:30; 323:1206 y 327:1034).

Es sabido que la declaración de certeza, en tanto no tenga carácter simplemente consultivo, no importe una indagación meramente especulativa y responda a un “caso” que busque precaver los efectos de un acto en ciernes, al que se atribuye ilegitimidad y lesión al régimen federal, constituye causa en los términos de la Ley Fundamental (Fallos: 310:606 y 977; 311:421, entre otros). A la luz de lo expuesto, en el presente caso, se advierte que ha mediado una conducta estatal explícita de la demandada dirigida a la aplicación de las alícuotas del impuesto sobre los ingresos brutos de la aquí actora cuestiona (Fallos: 311:421 y 328:4198).

En efecto, de la prueba documental agregada a la causa se desprende que la actividad desplegada por la autoridad provincial tiene entidad suficiente para sumir a la actora en un estado de incertidumbre sobre la existencia, alcance y modalidad de una relación jurídica, por lo que la controversia es actual y concreta (Fallos: 310:606 y 311:421, precedentemente citados, entre otros).

En consecuencia, es dable concluir que se encuentran reunidos los recaudos exigidos por el artículo 322 del Código de rito, para la procedencia formal de la acción declarativa.

3º) Que en cuanto al fondo del asunto, la cuestión a resolver en el sub lite presenta sustancial analogía con la ya examinada y resuelta por el Tribunal en Fallos: 340:1480 (“Bayer SA”) y en la causa CSJ 114/2014(50-H)/CS1 “Harriet y Donnelly SA c. Chaco, Provincia del s/ acción declarativa de certeza”, sentencias del 31 de octubre de 2017, a cuyos fundamentos y conclusiones corresponde remitir en cuanto fueren aplicables al caso de autos, en razón de brevedad y con el propósito de evitar repeticiones innecesarias.

4º) Que, por lo tanto, la aplicación de la ley impositiva que se cuestiona en el caso concreto, al gravar a la actora su actividad (v. cuarto párrafo del resultando I), con la

alícuota “residual” del 4,75% obstaculiza el desenvolvimiento del comercio entre las provincias (v. también los formularios de notificación de las resoluciones DGR Nº 19/2016 de la Dirección General de Rentas y Nº 000010/2017 del Ministerio de Finanzas Provincial, fs. 10/12 y 148/158).

5º) Que, en tales condiciones, a la luz de los preceptos constitucionales examinados y de los criterios fijados por esta Corte a su respecto, en el *sub examine* queda en evidencia la discriminación que genera la legislación provincial en función del lugar de radicación del establecimiento productivo del contribuyente, en tanto lesiona el principio de igualdad (CN, artículo 16), y altera la corriente natural del comercio (CN, artículos 75, inciso 13, y 126), instaurando así una suerte de “aduana interior” vedada por la Constitución Nacional (artículos 9º a 12), para perjudicar a los productos foráneos en beneficio de los manufacturados en su territorio, extremo que conduce a la declaración de invalidez de la pretensión fiscal de la demandada (Fallos: 340:1480).

Por ello, y concordemente con lo dictaminado por la señora Procuradora Fiscal, se decide: Hacer lugar a la demanda entablada por Kiskali SA y, en consecuencia, declarar la inconstitucionalidad del artículo 22 de la ley 10.324 de la Provincia de Córdoba, como así también la de la pretensión fiscal fundada en dicha normativa. Con costas a la vencida (artículo 68, Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación). Notifíquese, comuníquese esta decisión a la Procuración General de la Nación y, oportunamente, archívese.— *Horacio D. Rosatti*. — *Juan C. Maqueda*. — *Carlos F. Rosenkrantz*.

Enfermedad profesional

Acción civil. Daño psíquico. Ausencia de relación de causalidad con las tareas realizadas. Responsabilidad solidaria de la ART.

1. - No se extrae del estudio psicodiagnóstico tenido en cuenta por el perito médico que los hechos de autos hubieran tenido suficiente entidad para provocar en el actor una alteración a nivel psíquico que guarde adecuado nexo causal con el tipo de tareas que desarrollaba para la empresa y que comporte una alteración de la personalidad de la víctima, esto es, una perturbación profunda del equilibrio emocional que entrañe una significativa descompensación de su integración al medio social.
2. - La pericia técnica permite tener por configurados los presupuestos de responsabilidad de la ART por incumplimientos en materia de prevención y vigilancia, deberes que le vienen impuestos por la ley 24.557.
3. - Si la ART hubiera cumplido su deber legal cabalmente, es probable que la em-

pleadora asegurada hubiera adecuado sus comportamientos en materia de prevención, por lo que en el caso los incumplimientos guardan nexo de causalidad adecuados con los daños sufridos.

CNTrab., sala VIII, 04/04/2022. - **Ávila, Diego Alberto c. Provincia Aseguradora de Riesgos del Trabajo S.A. y otros s/ accidente - acción civil.**

[Cita on line: TR LALEY AR/JUR/25135/2022]

Costas

Se imponen por su orden.

2ª Instancia.- Buenos Aires, abril 4 de 2022.

La doctora *González* dijo:

I. La sentencia de grado que hizo lugar a la acción por reparación integral con fundamento en los arts. 1113, 1109, 1074 y conc. del Cód. Civil contra la empleadora y contra la ART codemandada.

Contra dicha decisión se alzan en apelación la parte actora y la codemandada Provincia ART SA a mérito de los memoriales digitalizados ambos de fecha 19/04/2021 y que merecieron oportuna réplica, tal como surge del sistema informático.

Por los argumentos que esgrimen, los peritos contador, médico e ingeniero y la representación letrada de la parte actora recurren sus emolumentos regulados en grado por considerarlos bajos. La parte actora hace lo propio respecto de los estipendios de los expertos y de las representaciones letradas de las demandadas por estimarlos altos (1). Por iguales motivos, se queja Provincia ART SA (2) respecto de los honorarios regulados a los profesionales por la reclamante y la codemandada Papelera Ajaka SA y peritos intervinientes por elevados.

II. Cabe señalar que arriba firme a esta Alzada que el Sr. Ávila prestó servicios para la codemandada Papelera Ajaka SA (cuya actividad es la fabricación de cartón corrugado) desde el 19/03/2001 como “ayudante de pegadora automática” (categoría b), que fue registrado en septiembre/2003 y con una remuneración ascendía a \$4.000. También quedó fuera de controversia que sus labores consistían en levantar peso forma reiterada, que las desarrollaba en bipedestación y en un ambiente ruidoso. Por lo que presenta, las siguientes patologías “hipoacusia clínica leve; patología lumbosacra; protrusión discal asociada a fenómenos degenerativos; patología varicosa” detectadas por el perito médico quien le otorga un 18,97% de la T.O., las

cuales guardan relación con la modalidad de la prestación de los servicios, naturaleza y condiciones en que se desempeñó el actor como se determina en grado.

III. Por razones de orden metodológico, analizaré en primer término el recurso impetrado por la parte actora.

a) Cuestiona la valoración fáctica jurídica a parte actora en torno al monto indemnizatorio determinado el cual considera insuficiente pues no contempla el daño psicológico, los gastos médicos y farmacéuticos futuros y que fue despedido con posterioridad.

En la especie, el perito médico —teniendo en consideración los antecedentes del reclamante, entrevista personal y el psicodiagnóstico efectuado— concluye que presenta “...un cuadro psíquico, oportunamente evaluado por especialidad, de cuya conclusión no se desprende incapacidad desde el punto de vista laboral... pericial psicológica pto. VII-B fs. 137 informa el experto: No se consigna excitación psicomotriz o depresión ansiógena. No se observa, al momento de la evaluación psicológica trastornos, ni alteraciones en la conducta. Se dilucida una posición querellante frente al hecho en autos y cierta modificación en los vínculos intersubjetivos. Se desprende de la conclusión del informe, que no hay incapacidad laborativa desde el punto de vista psicológico. Si se infiere, en el actor, leves sentimientos de inseguridad y de limitación afectando esto su desempeño laboral y los vínculos intersubjetivos dentro del ámbito laboral. Sin embargo, no se consignan severas secuelas emocionales...” (fs. 138/139). El galeno responde las impugnaciones formuladas por la parte actora sobre la afección (3) y efectúa las aclaraciones pertinentes sobre el punto en cuanto, “conforme el test de psicodiagnóstico, no es necesario tratamiento de terapia” (fs. 153).

Cabe señalar que las observaciones formuladas por dicha parte —incluso con posterioridad (4) y reitera vagamente en el memorial recursivo— resultan ineficaces pues no aportan datos o elementos científicos idóneos que evidencien errores o desaciertos en la experticia, cuyas conclusiones se encuentran avaladas por estudios objetivos y se sustentan en fundamentos con bases científicas y técnicas propias de la profesión y presentan claridad y seriedad (conf. arts. 346 y 477 del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación).

En este orden, no se extrae del estudio psicodiagnóstico tenido en cuenta por el perito médico que los hechos de autos hubieran tenido suficiente entidad para provocar en el actor una alteración a nivel psíquico que guarde adecuado nexo causal con el tipo de tareas que desarrollaba para la empresa y que comporte una alteración

de la personalidad de la víctima. Esto es, una perturbación profunda del equilibrio emocional que guarde adecuado nexo causal con las tareas desarrolladas para su empleadora y que entrañe una significativa descompensación que perturbe su integración al medio social.

Es importante recordar que el juicio de causalidad es, siempre jurídico. Aún en los casos en que los especialistas lo formulen en forma concreta o asertiva, lo cierto es que es tarea específica de los peritos como auxiliares de la justicia el de establecer la existencia de la enfermedad y su posible etiología, pero incumbe a los jueces evaluar las circunstancias de cada caso concreto y en su caso la determinación y alcance de dicho nexo, lo que no se verifica en la causa.

En cuanto al reclamo por los futuros gastos farmacéuticos, médicos y kinesiológicos por la afección que padece, no tendrá favorable andamiaje. Esto así, puesto que se basa en un supuesto posible y no en un perjuicio concreto o en erogaciones ya efectuadas susceptibles de ser probadas y evaluadas en orden a su procedencia y razonabilidad.

Las restantes alegaciones contenidas en el memorial recursivo en el punto, destaco que es jurisprudencia del Máximo Tribunal que no resulta necesario seguir a las partes en todas y cada una de sus argumentaciones, bastando hacerse cargo de las que resulten conducentes para la decisión del litigio (5) y, con tal base, no las encuentro eficaces para rebatir la valoración precedentemente realizada.

En virtud de los fundamentos expuestos, mantener el temperamento adoptado en grado en este aspecto. Así lo propicio.

b) Se agravia respecto del *quantum* indemnizatorio establecido en grado por enfermedades laborales que padece el cual considera desajustado.

Sobre esta cuestión, cabe destacar que no nos encontramos frente a una acción fundada en una norma tarifada, que deviene en una reparación forfataria. Por ende, no resulta necesario ni obligatorio atenerse a fórmulas o a parámetros, tales como el IBM previsto en el art. 12 de la Ley 24.557. Tampoco el algoritmo que emana de los fallos “Vuotto” y posteriormente “Méndez” deviene imperativos. Recuérdese que, cuando se ha optado por la vía del derecho común —como en este caso—, el Juez está investido de plenas facultades, que se han de ejercer a la luz de la sana crítica, para determinar el modo de cálculo de la indemnización que ha de otorgar, el *quantum* y los parámetros que utiliza, en el caso de que así suceda. Valorar el daño es una tarea compleja dado que tiene una actividad previa que se relaciona con el conocimiento que debe tener o tiene el juez

antes del caso puesto a resolver, respecto del contenido in abstracto de cada rubro factible de ser resarcido. Es a partir de esa tarea de ilustración, que se llega a una conclusión propia, que permite conceptualizar cual es el contenido en particular de cada daño resarcible.

Como tiene dicho la Corte Suprema, el valor de la vida humana no resulta apreciable tan solo sobre la base de criterios exclusivamente materiales, ya que no se trata de medir en términos monetarios la exclusiva capacidad económica de las víctimas, lo que vendría a instaurar una suerte de justicia compensatoria de las indemnizaciones según el capital de aquellas o según su capacidad de producir bienes económicos con el trabajo, puesto que las manifestaciones del espíritu también integran el valor vital de los hombres [*in re* “Aquino” (6) y “Díaz” (7) y “Arostegui, Pablo c. Omega ART A y Pametal Peluso y Cía. SRL” (8)]. En términos similares se expidió el Alto Tribunal *in re* “Ontiveros, Stella M. c. Prevención ART SA y otros s/ accidente s/ recurso de hecho” (9).

En ese orden, teniendo en cuenta el principio de reparación integral y plena, acogido en los arts. 1060, 1077, 1082 y 1113 del Cód. Civil y la doctrina sustentada por nuestra CSJN citada en párrafos precedentemente. Y, fundamentalmente en respuesta a la queja aquí tratada, teniendo en miras los hechos probados y demás constancias de autos (perspectiva de ganancia, circunstancia de índole económico y social), juzgo adecuado y razonable el monto resarcitorio por el daño material reconocido al demandante, que propongo confirmar.

Toda vez que la acción instaurada involucra la petición de la reparación integral del perjuicio padecido por la reclamante, considero que debe confirmarse la condena por el resarcimiento del daño moral, según lo ha reconocido la jurisprudencia uniforme de los tribunales que se consolida a través de la doctrina legal de la sentencia plenaria N° 243 del 25/10/1982 *in re*: “Vieites, Eliseo c. Ford Motor Argentina SA” en tanto es sabido que el daño moral no requiere prueba especial y que los jueces gozan de un amplio criterio para su determinación. Por lo que también propicio mantener el temperamento adoptado en grado el monto allí determinado el que resulta ajustado a derecho.

IV. A continuación, trataré el disenso vertido por la codemandada Provincia ART SA por la condena solidaria a su respecto en el marco del derecho común.

Los argumentos vertidos por la quejosa son insuficientes para revertir el decisorio de grado.

En el caso, la Sentenciante teniendo en consideración las obligaciones impuestas a

(1) Punto III.
 (2) 2º agravio.
 (3) fs. 142/143311, 312/314, 315/317, 323, 325/328.
 (4) fs. 155.
 (5) Fallos: 272:225; 274:113; 276:132; 280:230, entre otros.
 (6) Fallos: 327:3753 votos de los jueces Petracchi y Zaffaroni, Maqueda y Belluscio, y Highton de Nolasco, Fallos 327:3753, 3765/66, 3787/88 y sus citas
 (7) Fallos: 329:473, 479/80 y sus citas, voto de la jueza Argibay.
 (8) Fallos: 331:570 del voto de los ministros Lorenzetti, Fayt, Petracchi, Maqueda y Zaffaroni.
 (9) “...Esta Corte Suprema ha señalado que tanto el derecho a una reparación integral —cuyo reconocimiento busca obtener la actora— como el derecho a la integridad de la persona en su aspecto físico, psíquico y moral y el derecho a la vida que enlaza a los dos primeros, se encuentran reconocidos por el plexo convencional incorporado al art. 75, inc. 22, de la CN (conf. arts. I de la Declaración Americana de los Derechos y

Deberes del Hombre; 3º de la Declaración Universal de Derechos Humanos; 4º, 5º y 21 del Pacto de San José de Costa Rica y 6º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; Fallos: 335:2333). También se ha resuelto que es la violación del deber de no dañar a otro lo que genera la obligación de reparar el menoscabo causado y tal noción comprende todo perjuicio susceptible de apreciación pecuniaria que afecte en forma cierta a otro en su persona, en su patrimonio y/o en sus derechos o facultades. Dicha reparación no se logra si el resarcimiento —producto de utilización de facultades discrecionales de los jueces— resulta en valores insignificantes en relación con la entidad del daño resarcible (Fallos: 314:729, considerando 4º; 316:1949, considerando 4º y 335:2333; entre otros). En síntesis, el principio de la reparación integral es un principio basal del sistema de reparación civil que encuentra su fundamento en la Constitución Nacional.... el Tribunal también ha dicho en diversos pronunciamientos vinculados —al igual que los citados anteriormente— con infortunios laborales que dieron lugar a la aplicación

del sistema indemnizatorio del código civil, que la incapacidad física del trabajador suele producirle un serio perjuicio en su vida de relación, lo que repercute en su actividad social, deportiva, etcétera; y que ese perjuicio debe ser objeto de reparación al margen de lo que pueda corresponder por el menoscabo de la actividad productiva y del daño moral, pues la integridad física en sí misma tiene un valor indemnizable. De ahí que los porcentajes de incapacidad estimados por los peritos médicos —aunque elementos importantes que se deben considerar— no conforman pautas estrictas que el juzgador deba seguir inevitablemente toda vez que no solo cabe justipreciar el aspecto laboral sino también las consecuencias que afectan a la víctima, tanto desde el punto de vista individual como desde el social, lo que le confiere un marco de valoración más amplio. Asimismo, ha destacado que en el ámbito del trabajo incluso corresponde indemnizar la pérdida de “chance” cuando el accidente ha privado a la víctima de la posibilidad futura de ascender en su carrera (Fallos: 331:570 y sus citas)... Que, a la luz de la doctrina

jurisprudencial reseñada en el considerando anterior, es irrazonable que el *a quo* haya hecho un marcado hincapié en el grado parcial de incapacidad determinado por el peritaje médico a la hora de establecer la cuantía del resarcimiento de los únicos daños materiales que tuvo en cuenta, es decir, aquellos que son ajenos a la pérdida de la aptitud para realizar actividades productivas. Correspondía, en cambio, valorar desde una perspectiva más amplia la grave afectación de la actividad social y deportiva de la actora que el propio fallo tuvo por probada, y examinar, incluso, si las consecuencias del accidente privaron a la magistrada de la posibilidad futura de ascender en su carrera judicial. Huelga decir que esa perspectiva amplia también debió adoptarse para cuantificar la indemnización por daño moral; indemnización que, de acuerdo con lo expresado por la propia corte provincial, “debería ser idónea o adecuada a suministrar a la víctima aquellos bienes de consuelo naturalmente en relación con la índole del bien frustrado...” (sentencia del 10/08/2017).

las ART por la Ley 24.557 procedió a analizar si la recurrente produjo prueba que acredite que cumplió con lo dispuesto por dicha normativa y señaló que ningún elemento probatorio aportó en orden a la prevención eficaz del daño que presenta la actora. Por lo que concluyó la existencia de nexo de causalidad adecuado entre los daños que presenta el actor y la falta de cumplimiento en que incurrió la ART por omisión de los deberes enumerados en la normativa citada (arts. 512 y 1074 Cód. Civil).

En efecto, el análisis de los elementos probatorios —a la luz del principio de la sana crítica— en rigor, las omisiones que se constatan —por parte de la ART—, me llevan a considerar que se encuentran reunidos los presupuestos que configuran la responsabilidad de la apelante por el art. 1074 del Cód. Civil —vigente a la época en que tuvieron lugar los hechos de autos—, por lo que los planteos que esta deduce en el memorial recursivo no podrán prosperar.

La pericia técnica (10) permite tener por configurados los presupuestos de responsabilidad de la ART por incumplimientos en materia de prevención y vigilancia, deberes que le vienen impuestos por la ley 24.557; y en ese sentido, advierto la falta de actividad probatoria por parte de la ART para demostrar haber cumplido con todas las obligaciones a su cargo. En cuanto a la entrega de elementos de seguridad al actor tales como “tapón de oído, faja lumbar y calzado de seguridad” y que se relacionan con sus labores y afecciones surge que se los dieron en el año 2014 (fs. 312), es decir, con posterioridad al inicio de la presente causa (20/08/2013, fs. 29 vta.). Por su parte, las capacitaciones efectuadas —además de tardías, considerando que empezó a laborar en el año 2001— fueron para el manejo de químicos (2013) y procedimiento en higiene y seguridad recién en 2014 (v fs. 313) pero nada refiere a las labores específicas que realizaba el actor para la empresa y que le provocaron las dolencias por las que acciona. En tanto, la evaluación de riesgos se realizó en 2016 (fs. 314). Cabe resaltar que el experto informa que “no he verificado que al actor se le administrara la faja de seguridad” (fs. 317).

El contexto fáctico descripto permite concluir que la aseguradora no cumplió acabadamente con las obligaciones a su cargo (art. 386 Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación), tal como se concluye en la sentencia de grado.

Solo a mayor abundamiento, cabe recordar que el art. 4 en el apartado 1 de la Ley de Riesgos del Trabajo prevé que “los empleadores y los trabajadores comprendidos en el ámbito de la LRT, así como las ART están obligados a adoptar las medidas legalmente previstas para prevenir eficazmente los riesgos del trabajo”. Asimismo el art. 31 en el apartado 1 inc. c) dispone que las Aseguradoras de Riesgos del Trabajo “promoverán la prevención, informando a la Superintendencia de Riesgos del Trabajo acerca de los planes y programas exigidos a las empresas”, lo que no se advierte cumplido en la causa.

Para más decir, no debe olvidarse que en virtud del principio basado en las cargas dinámicas, la demandada era quien estaba en mejor condición de acreditar el cumplimiento de las obligaciones que prevé la normativa reseñada; y que —entonces— la ausencia de toda prueba al respecto evidencia que la ART incumplió totalmente las obligaciones que le imponían las normas reseñadas.

Desde esta perspectiva resulta evidente que existió una conducta negligente de la aseguradora consistente en la falta de adopción de medidas preventivas adecuadas (cfr.

art. 4 ley 24.557) ocasionando un daño al trabajador que de otra manera no se hubiere producido. Por ello, cabe concluir que en el caso los incumplimientos de la ART demandada guardan nexo de causalidad adecuada con los daños sufridos.

En tal contexto, considero que si la ART hubiera cumplido su deber legal cabalmente, es probable que la empleadora asegurada hubiera adecuado sus comportamientos en materia de prevención, por lo que en el caso los incumplimientos guardan nexo de causalidad adecuados con los daños sufridos (cfr. Arts. 512, 902, 1109 y 1074 del Cód. Civil vigentes al momento en que se sucedieron los hechos y a la fecha de promoción de la demanda).

Desde tal perspectiva, la absoluta orfandad probatoria por parte de la recurrente cuyos incumplimientos fueron analizados en el decisorio apelado, me llevan desestimar los agravios traídos a consideración y mantener el temperamento adoptado en la instancia anterior. Así lo voto.

VIII. En atención al resultado del litigio y la índole de las cuestiones en debate, no encuentro fundamentos válidos para apartarme de lo decidido en grado en materia de costas procesales (art. 68 Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación). Así lo propicio.

IX. Las regulaciones de honorarios lucen razonables conforme la importante, extensión y mérito de las tareas cumplidas y no deberá ser objeto de corrección (conf. art. 38 de la ley 18.345, arts. 6, 7, 8, 9, 14, 19, 37, 39 y conc. de la ley 21.839, art. 13 ley 24.432). Así lo voto.

X. Por las razones expuestas propongo en este voto: 1) Confirmar la sentencia apelada en cuanto fue materia de recursos y agravios. 2) Imponer las costas de Alzada por su orden atento el resultado de los recursos (art. 68 Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación). 3) Regular los honorarios de los profesionales que suscribieron los escritos dirigidos a esta Cámara, en el 30% de lo que les correspondiere por su actuación en la instancia previa (conf. Art. 30 ley 27.423).

El doctor *Catardo* dijo:

Que, por análogos fundamentos, adhiere al voto que antecede.

Por ello, el Tribunal resuelve: 1) Confirmar la sentencia apelada en cuanto fue materia de recursos y agravios. 2) Imponer las costas de Alzada por su orden. 3) Regular los honorarios de los profesionales que suscribieron los escritos dirigidos a esta Cámara, en el 30% de lo que les correspondiere por su actuación en la instancia previa. Regístrese, notifíquese, cúmplase con lo dispuesto en el artículo 4º Acordada CSJN 15/2013 del 21/05/2013 y, oportunamente, devuélvase. — *María D. Gonzalez.* — *Luis A. Catardo.*

Aporte solidario y extraordinario para ayudar a morigerar los efectos de la pandemia

Medida cautelar de no innovar tendiente a ordenar a la AFIP que se abstenga de reclamar el aporte. Cuestiones que exceden el limitado marco cognoscitivo. Adelantamiento de pronunciamiento. Ausencia de peligro en la demora.

1. - El accionante, a efectos de que se impidiera precautoriamente al Fisco Na-

cional avanzar con la percepción del tributo, cuestionó la constitucionalidad de la ley 27.605 e hizo hincapié en que su aplicación era confiscatoria; cuestiones cuyo análisis excede a este acotado marco. [1]

2. - No procede una medida cautelar —en el caso, que la AFIP se abstenga de reclamar el aporte de la ley 27.605— si de la consideración de las circunstancias que señala el accionante se exigiría avanzar sobre los presupuestos sustanciales de su pretensión que, precisamente, constituyen el objeto del litigio; es decir, habría que adelantar un pronunciamiento sobre el fondo de la cuestión debatida, lo que está vedado en este tipo de medidas.

3. - El organismo fiscal debe ajustar su eventual reclamo al procedimiento determinativo de oficio previsto en los arts. 16 y ss. de la ley 11.683 —art. 9º de la ley 27.605—. De manera que, solo una vez que el “Aporte Solidario” sea determinado mediante resolución fundada y hubiere vencido el plazo establecido para su pago —y siempre que no se hubiese interpuesto el recurso con efectos suspensivos previsto en los arts. 165 y 167 de la ley 11.683—, el organismo fiscal se encontrará habilitado para acudir a la vía de apremio, a fin de perseguir el cobro compulsivo del referido aporte.

4. - No se observa en el *sub lite* el acaecimiento inminente del inicio del procedimiento compulsivo de cobro del aporte de la ley 27.605 por parte del organismo fiscal y, en consecuencia, la presencia de una circunstancia concreta que justifique el peligro en la demora alegado por el actor, es decir, un factor de riesgo susceptible de acontecer de manera inminente. El hecho de que el Fisco haya iniciado un proceso de fiscalización no prueba tal circunstancia, en tanto para proceder a la ejecución, previamente se tiene que haber determinado el “Aporte Solidario”, lo cual aún no ocurrió.

5. - La suma que el actor debería afrontar e ingresar como consecuencia de la afectación de su patrimonio por el “Aporte Solidario” y su vinculación con el importe que debería abonar en concepto de impuesto sobre los bienes personales y el impuesto a las ganancias correspondientes al período 2020, detallados en la certificación contable, no permiten verificar *per se* que el cumplimiento o la ejecución de la ley 27.605 le ocasione perjuicios graves de imposible reparación ulterior.

6. - El recurrente no arrimó elementos probatorios que acrediten fehacientemente y de manera circunstanciada el daño que provocaría la fiscalización a cargo de AFIP o, en su caso, el eventual adelanto del importe exigible en virtud de las disposiciones de la ley 27.605.

7. - No se advierte que la falta de otorgamiento de la medida pretendida afecte la garantía de tutela judicial efectiva que le asiste al actor o que las consecuencias disvaliosas que podrían derivarse, *prima facie*, de la aplicación de las normas impugnadas —ley 27.605—, puedan resultar de imposible reparación ulterior, ello en tanto, llegado el caso, el accionante siempre puede reclamar —por la vía que corresponda— la restitución de lo pagado en concepto de aporte solidario.

CFed. San Martín, sala II, 31/03/2022. - Goulou, Juan Federico c. Administración Federal de Ingresos Públicos (AFIP) s/ Acción mere declarativa de inconstitucionalidad.

[Cita on line: TR LALEY AR/JUR/25087/2022]

Jurisprudencia vinculada

[1] En igual sentido. Entre otros: Cámara Federal de Apelaciones de San Martín, sala II, “Borello, Pablo Andrés c. Administración Federal de Ingresos Públicos (AFIP-DGI) s/ Amparo – Ley 16.986 – Inc. de medida cautelar”, 28/12/2021, TR LALEY AR/JUR/203849/2021

Costas

Con costas de Alzada al actor vencido (art. 68, 1º párr. del Cód. Proc. Civ. y Com.).

2ª Instancia. - San Martín, marzo 31 de 2022.

Considerando: I. Llegan estos autos a conocimiento del Tribunal en virtud del recurso de apelación interpuesto por el actor contra el pronunciamiento de fecha 04/11/2021, mediante el cual el Sr. juez “*a quo*” rechazó la medida cautelar solicitada, con costas en el orden causado.

Para así decidir, el magistrado de grado referenció dos precedentes de su juzgado, a los cuales se remitió por haberse resuelto cuestiones sustancialmente análogas a las debatidas en las presentes actuaciones.

Señaló, que los fundamentos allí dados para rechazar la pretensión cautelar se centraban en la presunción de legitimidad de los actos administrativos, por lo que, suscitado el conflicto entre aquella y la verosimilitud del derecho, el Poder Judicial debía inclinarse ante el carácter de ejecutoriedad del acto y el interés público alegado por la Administración.

Recordó, que la recepción favorable de la medida importaría un anticipo de jurisdicción, toda vez que la dilucidación de la naturaleza jurídica del aporte, la existencia de confiscatoriedad y la vulneración de los principios constitucionales, excedían el marco de conocimiento de la resolución intermedia y, necesariamente, serían objeto de debate, prueba y evaluación en la sentencia definitiva.

Dijo, que en aquella oportunidad había considerado que no se encontraba configurado el peligro en la demora, al no haberse iniciado fiscalización alguna y que, aún en el supuesto contrario, de ello no se desprendería la inminencia en el inicio de un proceso de cobro, ya que resultaba necesario transitar, a tales efectos, por el procedimiento determinativo previo.

Rememoró, que la certificación contable acompañada para acreditar la confiscatoriedad había sido realizada de manera unilateral, con documentación suministrada por el actor y que, a primera vista, resultaría exigua para determinar su estado patrimonial y financiero, como la gravitación económica del pago del aporte.

Agregó, que los planteos formulados se presentaban como referidos a circunstancias meramente conjeturales.

Por último, señaló que había sostenido que hacer lugar a lo solicitado importaría una incidencia indirecta sobre la recaudación estatal, sin contar con suficientes elementos de juicio que permitieran —a primera vista— vislumbrar la verosimilitud de la pretensión.

II. El recurrente se agravió, al indicar que la presunción de legitimidad del acto ad-

ministrativo no constituía una prerrogativa de la administración para evitar el debido control judicial y que, debía ceder al momento de resolverse la medida cautelar solicitada, en aras de la valoración de los principios y garantías constitucionales en que se fundamentaba.

Expresó, que la verosimilitud del derecho invocado se encontraba debidamente acreditada en el presente caso, en virtud de la contundencia de la prueba aportada.

Entendió, que el desconocimiento de la finalidad de la medida cautelar había quedado evidenciado al no haberse meritado debidamente el informe contable presentado como prueba documental, del cual surgía que la pretensión fiscal del mentado aporte representaba tal desproporción que resultaba evidente su carácter confiscatorio, ascendiendo al 254% del total de las rentas del ejercicio 2020 y, si también se tenía en cuenta el impuesto sobre los bienes personales, la carga impositiva patrimonial representaba el 379% del valor de aquellas.

Expuso, que dicha imposición conjunta incrementaba los *ratios* de confiscatoriedad, obligándolo a desprenderse de una porción mayor de su patrimonio para hacer frente a la excesiva carga tributaria y que, se acrecentaba aún más si se incorporaba el impuesto a las ganancias determinado por las rentas obtenidas durante el período fiscal 2020, representando el 384% respecto de las rentas obtenidas en dicho ejercicio.

Sostuvo, que el peligro en la demora resultaba evidente, atento la cuantía del importe que podría reclamarse y el perjuicio que traería aparejado, sumado al avance de la fiscalización, a partir de la apertura de la orden de intervención y de los requerimientos cursados, tendientes a determinar la mentada gabela.

Manifestó, que la exigencia del aporte basada en normas que se reputaban inconstitucionales ocasionaría perjuicios graves de imposible reparación ulterior.

Añadió, que la verosimilitud de la ilegitimidad se verificaba con los precedentes de la Corte Suprema de Justicia de la Nación que admitían las pretensiones de los contribuyentes y declaraban inaplicables las normas —por su inconstitucionalidad al caso concreto— cuando se demostraba que la incidencia del gravamen resultaba confiscatorio al insumir una parte sustancial de la renta y/o del patrimonio.

Alegó, que el otorgamiento de la tutela cautelar solicitada se encontraba alineado con el interés público, al resultar indispensable para asegurar el efectivo y eficaz desempeño de la función jurisdiccional, evitando la frustración del derecho constitucional de defensa.

Sumó que, la situación de emergencia, en la que hacía hincapié el Estado Nacional, no podía dar lugar a convalidar comportamientos inconstitucionales y que, no podía sostenerse que al hacer lugar a la medida cautelar se restarían fondos a la lucha contra el COVID-19, pues el 80% del producido de este gravamen no tenía esa finalidad y, más importante, porque la pandemia no podía constituir el fundamento para convalidar el avasallamiento del derecho de propiedad.

Por último, citó jurisprudencia y doctrina, solicitó que se revocara la resolución apelada y que se hiciera lugar a la medida cautelar solicitada, a la vez que mantuvo la reserva del caso federal.

La demandada contestó el traslado del memorial de agravios.

En autos, tomó intervención la Fiscalía General, dictaminando que toda vez que el trámite impuesto a las presentes actuaciones no afectaba el orden público, no existían cuestiones sobre las que debiera opinar.

III. En el “sub examine”, el Sr. Juan Federico Goulu interpuso acción declarativa de inconstitucionalidad contra el Estado Nacional - Administración Federal de Ingresos Públicos - Dirección General Impositiva, a fin de que se ejerciera el control de constitucionalidad correspondiente y, se arrojara certeza acerca de la aplicación, al caso concreto, del “Aporte Solidario y Extraordinario para Ayudar a Morigerar los Efectos de la Pandemia”, previsto por la ley 27.605 y su decreto reglamentario 42/2021, solicitando que se declarasen inaplicables por vulnerar garantías constitucionales, especialmente las de razonabilidad, no confiscatoriedad y capacidad contributiva.

Asimismo, requirió el dictado de una medida cautelar de no innovar que ordenara a la AFIP que se abstuviera de intimar, reclamar, caucionar o iniciar ejecución fiscal y/o trabar medidas asegurativas en concepto de Aporte Solidario y Extraordinario y sus accesorios, hasta tanto se dictara sentencia definitiva.

Narró, que era un residente fiscal argentino y contribuyente del régimen general, con un patrimonio conformado por bienes ubicados en el país y en el exterior. Señaló que sus principales bienes en Argentina eran participaciones en portfolios de inversión integrados por títulos públicos nacionales y extranjeros y, además, que poseía participación en fondos comunes de inversión. Mientras que, su principal activo en el extranjero estaba constituido por portafolios de inversiones en distintas instituciones financieras.

Adujo, que tenía una importante inversión en títulos públicos argentinos, tanto en carteras locales como en el exterior, que alcanzaba un 70% del total de bienes en el país.

Puntualizó, que dicho patrimonio tribuaba el impuesto a los bienes personales con alícuotas incrementadas en los últimos años en virtud de la ubicación de sus bienes y, también, el impuesto a las ganancias tanto personal como cedular.

Estimó, que de acuerdo a la composición de su patrimonio —valuado conforme la ley 27.605, sus modificatorias y complementarias— y la ausencia de exenciones, el monto a ingresar en concepto de “Aporte Solidario” ascendía a la suma de \$33.779.244,85.

Argumentó, que el tributo en cuestión producía un efecto confiscatorio y expropiatorio, ya que absorbía la totalidad de la renta generada en el período 2020 y lo obligaba al desprendimiento de una porción de su patrimonio.

Adicionó, que debía ingresar el impuesto sobre los bienes personales respecto del mismo patrimonio —valuado al 31/12/2020— y período fiscal, lo cual arrojaba una mayor confiscatoriedad y que, la carga tributaria se incrementaba aún más si se incluía el impuesto a las ganancias del período 2020, demostrando ello la incidencia directa sobre el capital generador de la renta.

A su vez, realizó el cálculo del promedio de rentas de los períodos fiscales 2019 y 2020, observando que el “Aporte Solidario” —en forma individual o en conjunto con el impuesto sobre los bienes personales y el impuesto a las ganancias— absorbía total o sustancialmente esa renta promedio

obtenida en los últimos dos períodos fiscales.

A su turno, el Fisco Nacional presentó el informe previsto por el Art. 4º de la ley 26.854.

IV. Ante todo, resulta preciso señalar que la expresión de agravios debe consistir en una crítica concreta, razonada y autosuficiente del pronunciamiento apelado, que no se sustituye con una mera discrepancia del criterio del juzgador, sino que implica el estudio de los razonamientos de aquel, demostrando las equivocadas deducciones, inducciones y conjeturas sobre las cuestiones resueltas. Debe contener el análisis serio, razonado y crítico de la resolución recurrida y que sea idóneo para demostrar la errónea aplicación del derecho o la injusta valoración de las pruebas producidas (Conf. CNACAF, Sala II, en autos “Laredo y Asociados SRL c. EN - Biblioteca Nacional - Resol. 356/2005 [Expte. 441/01] s/ Proceso de Conocimiento”, del 11/09/2014).

De esta manera, en el caso, corresponde dar tratamiento a los agravios formulados por el actor, puesto que este Tribunal ha declarado de modo concordante que en la sustanciación del recurso de apelación el cumplimiento de sus requisitos debe ponderarse con tolerancia mediante una interpretación amplia que los tenga por reunidos, aún frente a la precariedad de la crítica del fallo apelado, directiva que tiende a la armonía entre el cumplimiento de los requisitos legales y la garantía de defensa en juicio (Confr. Sala I, causa 933/13, “Sáez, Silvia S. c. INSSJP”, del 14/06/2013, entre otras).

V. Sentado lo cual, antes de abordar las cuestiones planteadas, es dable señalar que los jueces no están obligados a tratar todos y cada uno de los argumentos de las partes, sino solo aquellos que estimen pertinentes para la solución del caso, ni tampoco a ponderar todos los elementos y pruebas aportados al juicio, bastando solo aquellos que consideren conducentes para fundar sus conclusiones (Fallos: 258:304; 262:222; 265:301; 272:225; 278:271; 291:390; 297:140; 301:970, entre otros).

VI. Dicho ello, como principio, cabe precisar que el Art. 322 del Cód. Procesal establece que: “Podrá deducirse la acción que tienda a obtener una sentencia meramente declarativa, para hacer cesar un estado de incertidumbre sobre la existencia, alcance o modalidades de una relación jurídica, siempre que esa falta de certeza pudiera producir un perjuicio o lesión actual al actor y este no dispusiera de otro medio legal para ponerle término inmediatamente”.

En lo que respecta a la falta de certeza, es dable señalar que la incertidumbre debe recaer sobre una relación jurídica o en los sujetos que son sus términos, dado que no puede ser motivo de una acción o sentencia meramente declarativa la verificación de la existencia de un hecho, aunque el mismo sea jurídicamente relevante (Confr. Peyrano, Jorge W., “La acción mera declarativa, como medio de la plena realización de la garantía jurisdiccional de certeza”, ED, 52/568).

Por lo tanto, su finalidad es fijar en forma irrevocable un estado de derecho, que permanecía, hasta entonces, en incertidumbre (Doct. Fallos: 307:1804).

Además, debe responder a un “caso” que busque precaver los efectos de un acto concreto al que se le atribuye ilegitimidad y fijar las relaciones legales que vinculan a las partes en conflicto (Doct. Fallos: 323:1206).

Cuando, como en el caso, la acción meramente declarativa tiende a buscar certeza

en cuanto a la violación o no de la Constitución (sea directa o indirectamente, por violación de su jerarquía) y, en definitiva, cuando la acción meramente declarativa lo es de inconstitucionalidad, la incertidumbre radica en si la norma o actos cuestionados son acordes o no a los preceptos de la Carta Magna; esto es lo que configura la situación de incertidumbre que requiere el artículo 322 del código de rito (Conf. Toricelli, Maximiliano, “La acción declarativa de inconstitucionalidad como mecanismo de protección de los intereses difusos”, LA LEY, 1999-E, 754).

También se ha dicho que, en el marco de esta acción, no existían obstáculos para que durante el trámite del procedimiento y hasta tanto se dictara sentencia, el actor pudiera requerir la medida cautelar que considerara más eficaz en resguardo de sus derechos, siendo las más aceptadas por la doctrina y la jurisprudencia, las medidas de no innovar —como la suspensión de la aplicación de una norma— (Confr. Highton, E. I. y Areán, B. A., “Código Procesal, Civil y Comercial de la Nación Comentado”, 1º Ed. Hammurabi, 2006, 118/120).

Conforme lo expuesto, para determinar la procedencia de las medidas cautelares en el marco de una acción meramente declarativa, cabe analizar —en el caso concreto— los requisitos exigidos para toda medida precautoria, la verosimilitud en el derecho y el peligro en la demora, en tanto lo que se pretende evitar, es un posible perjuicio generado por un acto sobre el cual existe un estado de incertidumbre respecto de su ilegitimidad y lesión al régimen constitucional (Conf. CFASM, Sala I, causa 156772/2018, Rta. el 20/05/2019).

En este sentido, para la procedencia genérica de las medidas precautorias es principio general que la finalidad del proceso cautelar consiste en asegurar la eficacia práctica de la sentencia que debe recaer en una causa y la fundabilidad de la pretensión que configura su objeto no depende de un conocimiento exhaustivo y profundo de la materia controvertida en el juicio principal, sino de un análisis de mera probabilidad acerca de la existencia del derecho discutido. Ello es lo que permite que el juzgador se expida sin necesidad de efectuar un estudio acabado de las distintas circunstancias que rodean toda la relación jurídica.

De lo contrario, si estuviese obligado a extenderse en consideraciones al respecto, peligraría la obligación que pesa sobre él de no prejuzgar, es decir de no emitir opinión o decisión anticipada a favor de cualquiera de las partes (Fallos: 306:2060; 314:711; CFASM, Sala I, causas 35.897/2016/1 y 18.958/2016/1, Rtas. el 20/10/2016 y Sala II, causas FSM 31.004/2018/1 y CCF 1963/2017/1, Rtas. el 04/07/2018 y 01/08/2018, respectivamente, entre otras).

El deslinde entre tales perspectivas de estudio debe ser celosamente guardado, pues de él depende la supervivencia misma de las vías de cautela. Ello requiere un ejercicio puntual de la prudencia a los efectos de evitar la fractura de los límites que separan una investigación de otra (fallos citados).

Estos recaudos se hallan de tal modo relacionados que, a mayor verosimilitud del derecho cabe no ser tan exigentes en la gravedad e inminencia del daño y viceversa, cuando existe el riesgo de un daño de extrema gravedad e irreparable, el rigor acerca del “*fumus*” se puede atenuar.

VII. Ahora bien, mediante la ley 27.605 —reglamentada por los decretos 1024/2020 y 42/2021—, se dispuso crear “con carácter de emergencia y por única vez, un aporte extraordinario, obligatorio, que recaerá sobre las perso-

nas mencionadas en el artículo 2º según sus bienes existentes a la fecha de entrada en vigencia de esta ley, determinados de acuerdo con las disposiciones de la presente ley” (Art. 1º).

Así, los sujetos alcanzados por el mencionado aporte son los enunciados en el Art. 2º, mientras que los Arts. 3º a 5º prevén las cuestiones atinentes a la base de la determinación y forma de cálculo del mencionado aporte.

Por otra parte, el Art. 9º establece que la aplicación, percepción y fiscalización del presente aporte esté a cargo de la AFIP, resultando de aplicación supletoria las disposiciones de la ley 11.683 —texto ordenado en 1998 y sus modificaciones y el Régimen Penal Tributario del título IX de la ley 27.430 y sus modificaciones—.

Asimismo, faculta al Fisco a dictar las normas complementarias para la determinación de plazos, formas de ingreso, presentación de declaraciones juradas y demás aspectos vinculados a la recaudación del mencionado aporte.

VIII. Sentado ello, cabe evaluar la verosimilitud en el derecho y el peligro en la demora invocados por el apelante, conforme los términos analizados en los considerandos previos.

En primer lugar, según la normativa mencionada y la documental aportada, no puede soslayarse que, a primera vista, el actor podría encontrarse incluido dentro de los sujetos alcanzados por el presente aporte, en tanto, el Art. 2º de la ley 27.605 establece que aquellos son —en lo que aquí interesa—: “a) Las personas humanas y sucesiones indivisas residentes en el país, por la totalidad de sus bienes en el país y en el exterior, comprendidos y valuados de acuerdo a los términos establecidos en el título VI de la ley 23.966, de impuesto sobre los bienes personales, texto ordenado en 1997 y sus modificatorias, independientemente del tratamiento que revistan frente a ese gravamen y sin deducción de mínimo no imponible alguno, a la fecha de entrada en vigencia de esta ley”; quedando exentas de dicho aporte cuando el valor de la totalidad de sus bienes no exceda de los \$200.000.000, inclusive; de modo que, si superase la mencionada cifra, quedaría alcanzado por el aporte de la totalidad de los bienes, debiendo ingresarlo de conformidad a lo dispuesto en los artículos 4º y 5º de la citada ley.

En particular, debe observarse que el accionante, a efectos de que se impidiera precautoriamente al Fisco Nacional avanzar con la percepción del tributo, cuestionó la constitucionalidad de la norma e hizo hincapié en que su aplicación era confiscatoria; cuestiones cuyo análisis excede a este acotado marco.

En este punto, es dable recordar que cuando la medida cautelar se intenta fren-

te a la Administración Pública es necesario que se acredite, prima facie, y sin que esto suponga un prejuizamiento de la solución de fondo, la arbitrariedad del acto recurrido, dado el rigor con que debe apreciarse la concurrencia de los supuestos que la tornan admisible. Y esto es así ya que, a partir de la presunción de legitimidad de la que gozan los actos estatales, es requisito fundamental para admitir la pertinencia de medidas cautelares en su contra la comprobación de su manifiesta ilegalidad o arbitrariedad, porque solo concurriendo dicha circunstancia resulta susceptible de ser enervada la citada presunción (Fallos: 205:365; 210:48; CNACAFed., Sala III, causa N° 8722/04, Rta. el 14/09/2006; entre otros).

De forma que, no procede una medida cautelar si de la consideración de las circunstancias que señala el accionante, se exigiera avanzar sobre los presupuestos sustanciales de su pretensión que, precisamente, constituyen el objeto del litigio; es decir, habría que adelantar un pronunciamiento sobre el fondo de la cuestión debatida, lo que está vedado en este tipo de medidas (Conf. CNACAF, Sala II, en autos “Asociación de Hoteles Restaurantes Confeiterías y Cafés c. EN - M. Interior OP y V - ENRE y otros s/ amparo ley 16.986”, Expte. N° 54.744/16, del 30/05/2017, y sus citas).

Sin perjuicio de ello, tampoco se advierte un peligro en la demora que justifique el dictado de la medida precautoria (Confr. Arts. 230 del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación y 13 Inc. 1º, Ap. a, de la ley 26.854), toda vez que las consideraciones efectuadas por el accionante con relación a la configuración del mencionado requisito resultan insuficientes a tales fines.

Ello por cuanto, en primer término, es dable advertir que el organismo fiscal debe ajustar su eventual reclamo al procedimiento determinativo de oficio previsto en los Arts. 16 y siguientes de la ley 11.683 (Art. 9º de la ley 27.605).

De manera que, recién una vez que el “Aporte Solidario” sea determinado mediante resolución fundada y hubiere vencido el plazo establecido para su pago (y siempre que no se hubiese interpuesto el recurso con efectos suspensivos previsto en los Arts. 165 y 167 de la ley 11.683), el organismo fiscal se encontrará habilitado para acudir a la vía de apremio, a fin de perseguir el cobro compulsivo del referido aporte (Confr. CNCont.Adm.Fed., Sala II, *in re* “C., D. M. c. EN - AFIP - ley 27.605 s/ proceso de conocimiento”, del 06/08/2021).

De este modo, no se observa en el “sub lite” el acaecimiento inminente del inicio del procedimiento compulsivo de cobro por parte del organismo fiscal y, en consecuencia, la presencia de una circunstancia concreta que justifique el peligro en la demora alegado por el actor, es decir, un factor de riesgo susceptible de acontecer de manera inmediata.

En tal sentido, es dable señalar que el hecho de que el Fisco haya iniciado una fiscalización no prueba tal circunstancia, en tanto para proceder a la ejecución, previamente se tiene que haber determinado el “Aporte Solidario”, lo cual aún no ocurrió (Confr. CNCont. Adm. Fed., Sala IV, *in re* “G., J. C. c. EN-AFIP - ley 27.605 y otros s/ proceso de conocimiento”, resol. del 02/09/2021).

Por otro lado, cabe destacar que el Fisco no cuenta con atribuciones para trabar por sí medidas cautelares, sino que las debe solicitar con “razones fundadas” al juez competente, quien evaluará si se dan los requisitos para concederlas. A ello, cabe añadir que, aun cuando las referidas medidas sean otorgadas, la parte afectada cuenta con los medios pertinentes para reducir el impacto patrimonial mediante el ejercicio de la opción sustitutiva prevista en la norma aludida (Confr. CNCont. Adm. Fed., Sala IV, causa 4819/2021 “N. M., M. A. M. c. EN-AFIP - ley 27.605 s/ incidente de apelación”, del 09/09/2021 y, en el mismo sentido, Sala II, causa “O., J. L. c. EN-AFIP - ley 27.605 y otros s/ proceso de conocimiento”, del 06/09/2021).

No obstante lo cual, no resulta ocioso recordar que según la Corte federal, “el inicio de la ejecución no acredita per se el peligro en la demora, en tanto no se advierte cual sería el perjuicio concreto que el pago presuntamente debido le podría ocasionar a la actora” (Fallos: 343:1337).

Además, es dable señalar que la suma que debería afrontar e ingresar como consecuencia de la afectación de su patrimonio por el “Aporte Solidario” y su vinculación con el importe que debería abonar en concepto de impuesto sobre los bienes personales y el impuesto a las ganancias correspondientes al período 2020, detallados en la certificación contable, no permiten verificar, per se, que el cumplimiento o la ejecución de la ley 27.605 le ocasione perjuicios graves de imposible reparación ulterior.

En efecto, los datos incorporados en el informe contable referenciado demostrarían que el monto total del patrimonio neto que conformaba la base imponible del “Aporte Solidario” era de \$810.341.183,79, arrojando la sumatoria de lo que debería abonar por el impuesto a las ganancias por el período fiscal 2020, el impuesto sobre los bienes personales 2020, más el aporte extraordinario en cuestión, un total de \$51.040.738,72.

De modo que, el recurrente no ha arrojado elementos probatorios que acrediten fehacientemente y de manera circunstanciada el daño que provocaría el eventual adelanto del importe exigible en virtud de las disposiciones de la ley 27.605. Máxime, teniendo en cuenta que de la referida certificación contable se desprende que la profesional interviniente, Contadora Pública Mónica K. Andiloro, dejó asentado

que: “la información objeto del encargo” fue iniciada “con propósito de identificación solamente”, que “El Sr. Juan Federico Goulu es responsable de la preparación y presentación de la información” y que, su trabajo no constituía “una auditoría ni otro encargo de aseguramiento. Los procedimientos detallados [...] han sido aplicados sobre los registros y documentación [...] suministrados por el Sr. Juan Federico Goulu”, teniendo en cuenta “su apariencia y estructura formal” (*vid* certificación contable adjunta).

Por último, debe agregarse que la sola invocación de urgencia por parte del peticionario en obtener la medida no justifica su procedencia, en tanto no concurren —como en el caso— los restantes presupuestos de admisibilidad (conf. Fenochietto-Arazi, “Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, comentado y concordado”, T. I, p. 664/666).

Así, el Tribunal no advierte, en el caso sometido a análisis, que la falta de otorgamiento de la medida pretendida afecte la garantía de tutela judicial efectiva que le asiste al actor o que las consecuencias disvaliosas que podrían derivarse, prima facie, de la aplicación de las normas impugnadas, puedan resultar de imposible reparación ulterior, ello en tanto, llegado el caso, el accionante siempre puede reclamar —por la vía que corresponda— la restitución de lo pagado en concepto de aporte solidario.

Lo aquí resuelto no implica desconocer el carácter provisional de las decisiones referidas a medidas precautorias, susceptibles de revisión y modificación en cualquier etapa del juicio, en tanto y en cuanto hayan variado los presupuestos determinantes de su desestimación, o se hayan aportado nuevos elementos de juicio que justifiquen su procedencia (Conf. CFASM, Sala I, causa 39.246/2020, Rta. el 10/05/2021 y su cita).

En consecuencia, en el particular caso traído a estudio y teniendo en cuenta que el juzgamiento de la pretensión cautelar solo es posible mediante una limitada aproximación a la cuestión de fondo, sin que implique avanzar sobre la decisión final de la controversia, corresponde rechazar los agravios expresados y confirmar el pronunciamiento apelado.

Por lo expuesto y, oída la Fiscalía General, el Tribunal resuelve: Confirmar la resolución de fecha 04/11/2021, en cuanto fue materia de agravios; con costas de Alzada al actor vencido (Art. 68, 1º párr. del Cód. Proc. Civ. y Comercial). A los fines del Art. 110 del Reglamento para la Justicia Nacional, se deja constancia de la integración de esta Sala según Resolución CFASM 172/2021. Regístrese, notifíquese, publíquese (Acordada CSJN 24/2013 y Ley 26.856) y devuélvase digitalmente. — Néstor P. Barral. — Alberto A. Lugones. — Marcos Morán.

Director Editorial: Fulvio G. Santarelli
Jefa de Redacción: Yamila Cagliero

Editores: Nicolás R. Acerbi
Valderrama
Florencia Candia

Jonathan A. Linovich
Elia Reátegui Hehn
Marlene Slattery

PROPIEDAD DE LA LEY S.A.E. e I.

Administración, Comercialización y Redacción:
Tucumán 1471 (C. P. 1050 AAC)
Bs. As. República Argentina
Impreso en La Ley, Rivadavia 130, Avellaneda,
Provincia de Buenos Aires.



Thomsonreuterslaley



linkedin.com/showcase/thomson-reuters-argentina-legal/



TRLaLey



thomsonreuters.com.ar/es/soluciones-legales/blog-legal.html



Centro de atención al cliente:

0810-266-4444