

NESTA EDIÇÃO

EDITORIAL

LIBERDADE PARA QUEM?
O BREAST IRONING ENQUANTO
ÓBICE AO DESENVOLVIMENTO

O CONTRATO ORGANIZATIVO DE
AÇÕES PÚBLICAS EM SAÚDE COMO
INSTRUMENTO NORTEADOR DA
RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA NA
JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE NO SUS

NOTÍCIAS EM SAÚDE

JURISPRUDÊNCIA

CULTURA NA REDE

Fale conosco

Para envio de artigos,
comentários à jurisprudência e
divulgação de eventos, envie um
email para
boletimdarede@gmail.com



BOLETIM DA REDE

Quem Somos

A Rede Ibero-Americana de Direito Sanitário é uma estratégia de articulação e cooperação entre pessoas e instituições do âmbito do Direito Sanitário nos países membros da comunidade ibero-americana, que permita ampliar o debate acerca do efetivo exercício do direito à saúde. A Rede foi constituída na Reunião celebrada na Faculdade de Direito da Universidade de Buenos Aires, organizada pelo Observatório da Saúde nos dias 27 e 28 de abril de 2011.

A Rede tem os seguintes objetivos:

- Compartilhar informação e conhecimentos relacionados com a área do Direito Sanitário;
- Identificar problemas, necessidades e interesses comuns relativos às questões jurídicas relacionadas com a área da saúde, buscando alternativas que possam ser compartilhadas;
- Promover a articulação entre seus membros para ampliar e fortalecer suas atividades de ensino, pesquisa e cooperação técnica em Direito Sanitário;
- Potencializar o desenvolvimento de pesquisas em cooperação entre seus membros;
- Divulgar e promover a discussão em torno do Direito Sanitário, facilitando a identificação de tendências e necessidades educativas;
- Compartilhar metodologias e recursos tecnológicos destinados às atividades de ensino, pesquisa e cooperação técnica relacionadas com a educação em Direito Sanitário;
- Propiciar o intercâmbio de docentes, pesquisadores e alunos entre os membros com vista à ampliação e ao fortalecimento do processo educativo em Direito Sanitário.

Em sua estrutura, a Rede conta com um Conselho Diretor, e uma Secretaria Executiva, com sede no Centro de Estudos e Pesquisas de Direito Sanitário-Cepedisa

Corpo editorial

Fernando Aith (Editor-Chefe)

Ana Luisa Romão (Editora Executiva)

Matheus Falcão

Marina Borba

Política editorial

O conteúdo dos artigos é de estrita responsabilidade dos autores e não reflete necessariamente a opinião da Rede Ibero-Americana de Direito Sanitário ou do Boletim da Rede.

Rede Ibero-Americana de Direito Sanitário

Conselho diretor

Joaquín Cayón

Coordenador do Conselho Diretor

Claudia Zalazar

Conselheira

Janaína Sturza

Conselheira

Fernando Rovira

Conselheiro

Karen Vargas

Conselheira

Secretaria executiva

Centro de Estudos e Pesquisas de Direito Sanitário - Cepedisa

Fernando Aith

(Secretário Executivo)

E-mail: cepedisa@usp.br



Fernando Aith

Diretor Geral do Centro de Pesquisa de Direito Sanitário da Universidade de São Paulo (Cepedisa USP)

Ana Luisa Romão

Pesquisadora do Centro de Pesquisas de Direito Sanitário (Cepedisa USP)

Apesar dos esforços de certos governos em combater o vírus com a caneta, a pandemia encontra-se longe de acabar em termos globais. Ainda assim, há esperança nos horizontes com as políticas de imunização, que vêm trazendo resultados efetivos na contenção de sintomas e letalidade da COVID-19. Recentemente, a OPAS divulgou que mais de dois terços da população da América Latina e Caribe já receberam duas doses do imunizante, sendo que 14 países atingiram a meta da OMS de imunização de 70% de seus habitantes. (1)

A pandemia testou a capacidade dos Estados de responderem a situações de extrema demanda de saúde, pressionando os sistemas de saúde em seu limite. Muitos esforços foram observados na criação e fortalecimento de redes de cuidado e imunização e infraestrutura de emergência, esperando-se que tais não sejam investimento momentâneo, mas passassem a integrar o cotidiano das políticas públicas de saúde das populações. (2)

Nesse sentido, questiona-se qual o legado da pandemia para o direito à saúde. Se por um lado temos o reconhecimento unânime da saúde como direito humano a ser protegido por Estados e sociedade, por outro somos confrontados pelas insuficiências de nossos instrumentos de proteção e garantia. Algumas dessas são velhos fantasmas, como a falta crônica de financiamento dos sistemas, a fragilidade das redes de atendimento e a dificuldade de formação e manutenção da força de trabalho em saúde. A esses, somam-se novos desafios, advindos das novas tecnologias de informação e comunicação: o atendimento e acompanhamento remoto de pacientes, a regulação do teletrabalho em saúde e dispositivos digitais para tratamento, diagnóstico e rastrea-

mento de contatos.

Para além disso, a politização e oposição a medidas sanitárias de contenção da doença - como o uso de máscaras, passaportes vacinais e as próprias vacinas - impulsionada pela disseminação de informações falsas por meio de redes sociais escancara a dificuldade jurídica em lidar com a nova realidade social e garantir direitos em ambiente digital.

Uma pandemia é, por definição, um problema global, de forma que seu combate exige a cooperação entre os Estados. Nesse sentido, patinamos em oferecer respostas internacionais conjuntas e efetivas, criando um cenário em que países desenvolvidos represaram doses de imunizantes, tornando-se verdadeiros polos do "turismo da vacina", enquanto países subdesenvolvidos, muitos desses em nosso continente, dependiam unicamente de consórcios internacionais - como a iniciativa Covaxin da OMS - para vacinar sua população, em um ritmo muito mais lento.

Dessa forma, uma agenda geopolítica global pós-pandemia deve passar, obrigatoriamente, por uma estratégia integrada de fortalecimento dos sistemas nacionais e cooperação para prevenção e resposta a disseminação de moléstias, que tendem a tornarem-se frequentes tendo em vista as mudanças climáticas e intenso fluxo de pessoas em deslocamento. (3) Assim, para a agenda pós-pandemia, é essencial relembrar o princípio da vedação ao retrocesso e desenvolvimento progressivo dos direitos sociais, cunhado no longínquo Pacto de San José da Costa Rica (4), sendo nosso dever assegurar que nenhuma lição desse período nefasto se perca no caminho da concretização da saúde.

NOTAS E REFERÊNCIAS

1) OPAS. Dois terços da população da América Latina e do Caribe já está vacinada contra COVID-19. 20/04/2022. Disponível em: <https://www.paho.org/pt/noticias/20-4-2022-dois-tercos-da-populacao-da-america-latina-e-do-caribe-ja-esta-vacinada-contr>

2) Idem.

3) CNN Brasil. Pesquisadores apontam grandes chances de novas pandemias com mudanças climáticas. 14/11/2021. Disponível em : <https://www.cnnbrasil.com.br/saude/pesquisadores-apontam-grandes-chances-de-novas-pandemias-com-mudancas-climaticas/>

4) OEA. CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (1969)* Disponível em : <http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/sanjose.htm>



LIBERDADE PARA QUEM?

O BREAST IRONING ENQUANTO ÓBICE AO DESENVOLVIMENTO

Natalie Maria de Oliveira de Almeida

Analista jurídico na Empresa Maranhense de Serviços Hospitalares - EMSERH. Professora no Centro Universitário Estácio São Luís e na Faculdade Laboro.



[Imagem: mirror.co.uk](https://www.mirror.co.uk)

Resumo: O objetivo da presente pesquisa é retratar a prática pouco conhecida do *breast ironing* enquanto violência e violação aos direitos de mulheres adultas e crianças, compreendendo-a como óbice ao desenvolvimento abordado através do pensamento de Amartya Sen. Para isso, foi feito um levantamento bibliográfico de artigos obtidos em diferentes bancos de dados e indexadores, publicados na íntegra em português e inglês, acessados de forma gratuita no período de janeiro a julho de 2021, a partir dos descritores “liberdade, *breast ironing*, achatamento de seios e desenvolvimento”. Em seguida, fez-se leitura exploratória, e foram separados os artigos que definiram e analisaram o tema. A partir disso, pôde-se concluir que o desenvolvimento está para além de questões de renda, envolvendo a própria condição humana; que a prática de “achatamento de seios” se trata de uma forma de violência e que prejudica o desenvolvimento, na medida em que afeta a liberdade dos sujeitos a ela submetida.

Palavras-chave: liberdade; violência; saúde; desenvolvimento.

Abstract: The aim of this research is to portray the little-known practice of “breast ironing” as violence and violation of the rights of adult women and children, identifying it as an obstacle to development. For this, we conducted a bibliographic research on different databases and indexers, selecting open journal articles published in Portuguese and English, from January to July 2021. The key words used were “freedom, breast ironing, breast flattening and development”. Then, an explora-

tory reading was carried out, identifying the articles that defined and analyzed the theme. From this, we concluded that development goes beyond income issues, involving the human condition itself; that the practice of “breast flattening” is a form of violence and that it harms development insofar as it affects the freedom of the subjects submitted to it.

Keywords: freedom; violence; health; development.

1 INTRODUÇÃO

O *breast ironing* é uma prática pouco conhecida no Brasil, mas muito frequente em alguns países, a exemplo de Camarões. Por meio dela, jovens meninas achatam os seus seios através de um processo doloroso buscando evitar a atração indesejada de homens antes do casamento, bem como casos de estupros.

No entanto, embora essa prática continue se espalhando e tenha se tornado uma tradição, muitas vezes passada adiante pelas próprias meninas vítimas, tem-se que a violência

desse procedimento fere diretrizes internacionais de proteção aos direitos humanos, especialmente da mulher e da criança.

Submeter jovens meninas ao *breast ironing* fere os seus direitos de liberdade, na medida em que a prática as sujeita a diversas e desconhecidas consequências à saúde. Isso porque o procedimento atrapalha o crescimento natural do corpo, gerando impactos negativos física e psicologicamente.

Essa falta de liberdade relacionada às próprias escolhas referentes ao corpo reflete um problema quando relacionada ao desenvolvimento aqui trabalhado sob a ótica da teoria de Amartya Sen. Para o autor (2000), o desenvolvimento não se limita a questões de renda ou de [Produto Nacional Bruto](#), mas aos direitos e liberdades fundamentais, que devem ser exercidos por cada um, conforme se demonstrará no decorrer deste trabalho.

2 O DIREITO À SAÚDE E DESENVOLVIMENTO

Ao tratar do “Desenvolvimento como liberdade”, Amartya Sen (2000) tinha como objetivo demonstrar que o ideal de desenvolvimento está para além de conceitos mais restritos — como os que identificam o desenvolvimento com o crescimento do Produto Nacional Bruto (PNB). Ainda que estes sejam importantes para a expansão da liberdade, o conceito de desenvolvimento depende de outros determinantes, tais como as disposições sociais e econômicas.

O autor demonstra que é essencial, ao se tratar do desenvolvimento, o foco na condição humana, sendo a liberdade seu meio e fim. Isso porque são diversas as formas de privação da liberdade, destacando o autor que a desigualdade entre homens e mulheres afeta de diferentes formas o grau de liberdades substantivas para o sexo feminino, permitindo violações (SEN, 2000).

Essas violações de liberdade podem se dar em razão de *processos* que permitem a liberdade de ações e decisões ou *oportunidades* reais. Isto é, pode haver processos inadequados - como a violação de direitos civis - e oportunidades inadequadas que alguns indivíduos têm para realizar o mínimo do que gostariam - como a capacidade de escapar da morte prematura

(SEN, 2000).

Para o autor, o desenvolvimento requer que sejam removidas as principais fontes de privação da liberdade, ou seja, é necessário que o indivíduo consiga realizar positivamente suas liberdades, poderes sociais e condições habilitadoras, como boa saúde (SEN, 2000).

Amartya Sen (2000) menciona três liberdades fundamentais. A primeira delas seria a liberdade econômica, que diz respeito à ideia de que o acesso ao mercado deve ser garantido. O autor busca rediscutir a ideia existente em alguns países de que é mais importante garantir o próprio mercado do que a ideia de propriedade. A segunda liberdade seria política, refletida nas garantias democráticas e a terceira social, garantida com a tolerância das diferenças e das minorias, como no caso da liberdade religiosa (BARRAL, 2005).

Ao tratar das liberdades instrumentais, Sen (2000) afirma que elas são fundamentais, inclusive para que o indivíduo possa usufruir das demais, pois potencializam a liberdade humana geral. São elas: a “liberdade política, o direito de acesso ao mercado, as oportunidades sociais, as transparências e garantias mínimas de seguridade social, contra a intolerância, exclusão e preconceito” (BARRAL, 2005, p. 39). Estas devem ser asseguradas na medida em que, quanto maior a liberdade dos indivíduos, mais eles podem melhorar os aspectos da sua vida e influenciar o local em que vivem. Assim, o Estado e a sociedade têm papéis amplos de incentivo, difusão e proteção das capacidades humanas, devendo agir de forma articulada (SEN, 2000; FISCHBORN, 2015).

Elenca o autor, ainda, duas razões pelas quais a liberdade individual possui uma importância crucial para o conceito de desenvolvimento: avaliação e eficácia. Isso porque o êxito de uma sociedade deve ser avaliado, primordialmente, conforme as liberdades substantivas que os seus membros desfrutam, e ter mais liberdade melhora o potencial das pessoas para cuidarem de si mesmas e influenciarem o mundo em relação a questões centrais para o processo de desenvolvimento (SEN, 2000).

Nesse sentido, pode-se compreender que, para

que esse desenvolvimento seja alcançado, é necessário que a sociedade tenha as suas liberdades asseguradas e não sofra interferências externas. Essas afetam funcionamentos que são essenciais para uma vida digna, ainda que sejam individuais e singularmente representativos: alimentação adequada, escapar da morte prematura e estar livre de doenças que podem ser evitadas (SEN, 2000).

Assim, segundo ensina Sen, uma pessoa saudável está mais disposta ao trabalho, à promoção do autocuidado, sente-se mais valorizada e estimulada a se desenvolver por ser um indivíduo livre (FISCHBORN, 2015). Isso contribui para o desenvolvimento do próprio país, na medida em que, quanto mais se promove a expansão da liberdade dos seus cidadãos, mais se pode afirmar que eles têm capacidades crescentes de ser e de fazer aquilo que valorizam e que têm razões para valorizar. Para Sen, mais do que focar em renda, ao se tratar do desenvolvimento é necessário considerar a finalidade do processo de desenvolvimento, isto é, as próprias pessoas (PINHEIRO, 2012).

Logo, é indispensável que cada ser humano tenha assegurada a inviolabilidade dos seus direitos buscando a melhor vida possível sem interferência externa. No entanto, apesar do que pregam as teorias de desenvolvimento ou justiça e do ordenamento jurídico, ainda existe violação latente a direitos fundamentais mesmo atualmente. Por conta disso, o objetivo da presente pesquisa é fazer uma análise breve acerca da prática *breast ironing*, conhecida no Brasil, entre outros termos, por “achatamentos dos seios” — delineada a seguir, demonstrando sua relação com o desenvolvimento apresentado por Amartya Sen.

3 A PRÁTICA *BREAST IRONING* COMO FORMA DE VIOLÊNCIA

Ao tratar de liberdade, Isaiah Berlin (2002) afirma que talvez não haja nenhuma época na história moderna em que um número tão grande de pessoas, seja no Oriente ou no Ocidente, tenha tido suas noções e vidas alteradas de modo tão profundo e violento por doutrinas sociais e políticas defendidas fanaticamente quanto nos dias atuais. Isso porque ideias negligenciadas por aqueles que deveriam examiná-las criticamente podem adquirir um momento de ex-

pansão desenfreada e um poder irresistível sobre multidões (BERLIN, 2002).

É nesse sentido que se pode observar a crescente defesa de ideias que muitas vezes podem ir de encontro a direitos e liberdades fundamentais. A prática conhecida como *breast ironing* traduz um desses exemplos. Traduzida no Brasil como “[engomar seios](#)”, a técnica é uma forma de mutilação do corpo feminino menos popular que a mutilação genital, mas que, da mesma forma, é frequentemente realizada por mulheres em meninas, em benefício dos homens (MONAGAN, 2010).

Trata-se de uma prática moderna, realizada em parte dos países como Camarões e Guiné-Bissau, da África Central e Ocidental, e consiste no achatamento dos seios de meninas púberes, através de um objeto aquecido, para impedir seu desenvolvimento — daí o termo “engomar seios”. Tem por objetivo impedir e desencorajar meninas de se envolverem com homens, além de reduzir a prática de sexo antes do casamento, o que diminuiria a ocorrência de gravidez e doenças sexualmente transmissíveis (MONAGAN, 2010). Além disso, o *breast ironing* pode se dar através de massagens, batidas ou pressão nos seios com diferentes ferramentas (KNOPOVA, 2016; TAPSCOTT, 2012).

De acordo com os dados apresentados por Bawe (2011), entre as ferramentas utilizadas estão: madeira quente, colher ou vassoura (24%), pedras (20%), pilão (17%), faixa peitoral (10%), folhas (9%), toalha (5%) e outros (15%), tendo sido citados ainda instrumentos como: colheres quentes de cozimento, sementes quentes de frutas, cascas quentes de banana, prumos quentes, bananas, formigas, cubinhos de gelo, palma quente, nozes, sal e querosene.

Segundo as pesquisas de Tapscott (2012), a motivação mais comumente citada é dissuadir a atenção sexual indesejada de homens que podem perceber os seios como um sinal de maturidade sexual e, posteriormente, perseguir a menina, o que pode resultar em uma gravidez indesejada.

Nos países em que o *breast ironing* é comum, são práticas tradicionais a poligamia e a compra da noiva, o que esclarece que a dinâmica de poder favorece os homens, relegando as mulheres à esfera privada (TAPSCOTT, 2012), o que, consequentemente, afeta diretamente diversos direitos. As-

sim, conforme as mulheres passam a ter acesso à educação e carreira, há incentivo para o casamento mais tardio, permitindo que elas alcancem um nível de educação mais elevado. Contudo, como as mulheres dessa faixa etária são férteis, a prática aparece como forma de evitar a gravidez antes do casamento (TAPSCOTT, 2012).

Em outros termos, o objetivo da prática é atrasar o desenvolvimento dos seios para que a menina ainda seja percebida pela sociedade que a cerca como uma criança, o que, em tese, a protegeria da atenção indesejada de homens, garantindo também sua segurança em casos de estupro (KNOPOVA, 2016). Há, nessas regiões, um claro estigma cultural contra o sexo antes do casamento e a gravidez precoce, sobretudo por conta da educação sexual limitada, impopularidade de contraceptivos, ilegalidade do aborto, relação de poder desigual entre homens e mulheres, que sustenta a prática até os dias atuais.

Conforme as pesquisas de Bawe (2011), em 58% dos casos, as mães são as responsáveis pela prática da mutilação e pelo controle sexual das filhas, mas essa pode ser feito também por uma criadora, tia, irmã mais velha, avó e a própria menina sendo feito, de modo excepcional, por um curandeiro tradicional, pai, irmão, primo, amigo ou vizinho (MONAGAN, 2010; TAPSCOTT, 2012).

No entanto, ainda que as mães estejam bem-intencionadas, deve-se considerar que essa mutilação se trata de uma prática psicologicamente traumatizante, que causa dor e debilitação, não havendo nenhuma evidência quanto ao desencorajamento das atividades sexuais (MONAGAN, 2010). Essa prática demonstra a repressão física expressa ao corpo feminino e pode ocasionar diversos riscos à saúde, pois, além dos danos físicos, deve-se atentar para os danos emocionais e psicológicos (TAPSCOTT, 2012), uma vez que não se pode desconsiderar que são crianças perdendo o direito do desenvolvimento natural de seus corpos.

Inicialmente, essa prática causa hematomas devido às ferimentos utilizadas e às queimaduras, que podem gerar infecções ou inflamação, principalmente quando não tratadas (KNOPOVA, 2016). Nesse sentido:

A combinação de lesões graves por calor e pressão repetidos pode levar a irregularidades de crescimento da mama, malformação da mama, flacidez da mama, dificuldades de amamentar, tumores, cistose e até câncer de mama muitos anos depois. (KNOPOVA, 2016, p. 6, tradução nossa).

Em suas pesquisas sobre o tema, Tapscott (2012) observa que, até o momento, nenhum estudo médico foi realizado acerca dos efeitos do achatamento da mama, mas que, entre os efeitos observados nas meninas que sofrem essa prática, estão:

[...] um atraso imediato ou interrupção do crescimento da mama; inchaço, queimação, irritação, espinhas nos seios, abscessos, febre, dor extrema; um crescimento excessivo de longo prazo de uma ou ambas as mamas ou falha de uma ou ambas as mamas; dificuldade de amamentar; cicatrizes; e câncer de mama. Além disso, muitas meninas relatam sofrimento psicológico após experimentar o achatamento da mama, incluindo a internalização da culpa, experimentando medo e vergonha perpétuos, ou exclusão social resultante. (TAPSCOTT, 2012, p. 3).

Nesse contexto, pode-se afirmar que a prática de engomar seios fere os direitos humanos e consiste em uma violação direta aos direitos da mulher por meio de violências psicológicas, sexuais, sociais e culturais. O *breast ironing* vai de encontro ao que dispõem a “Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres” e a “Convenção sobre os Direitos da Criança”, que contém obrigações juridicamente vinculativas em relação às práticas prejudiciais que afetam meninas menores de dezoito anos (BAWE, 2011).

Ademais, essa prática caracteriza-se como violência familiar na medida em que esse abuso, maus-tratos ou negligência experimentados pelas crianças, sem o seu consentimento, pode decorrer de um grau de parentesco íntimo ou de um relacionamento (BAWE, 2011) e tem permanecido amplamente tolerada socialmente, constituindo um ciclo de abusos que se manifesta em uma infinidade de formas (TCHOUKOU, 2014).

Por conta disso, tem sido considerada por muitos uma das mais difundidas violações dos direitos humanos, negando a meninas e mulheres igualdade, segurança, dignidade, autoestima e [liberdade para go-](#)

[zar direitos fundamentais](#) (TCHOUKOU, 2014).

Para Knopova (2016), um dos maiores problemas relacionados à prática de engomar seios é justamente a falta de dados confiáveis, que decorre do fato de ser relativamente desconhecida e mal descrita. Por essa razão, o *breast ironing* tem sobrevivido e até crescido em muitos países africanos e comunidades de imigrantes em alguns países ocidentais.

Além disso, Knopova (2016) ressalta que, mesmo se essas pesquisas fossem realizadas, o baixo nível de educação na maioria dos países praticantes torna duvidosa a persuasão a respeito dos efeitos nocivos da prática. Afirmar ainda que, a nível técnico, geográfico, demográfico e socioeconômico desses países, pode ser extremamente difícil a divulgação de informações adequadas sobre o *breast ironing*. Logo, a implementação de campanhas de conscientização pode ser ineficiente.

Nesse sentido, fica evidente a necessidade de se analisar o caso a fim de que as meninas sejam protegidas. Para Tapscott (2012) e Tchoukou (2014), o *breast ironing* não se trata de uma prática tradicional antiga, tendo se tornando prevalente com a urbanização, uma vez que as mulheres migraram para as cidades e passaram a se preocupar com a segurança e o futuro de suas filhas. Apesar disso, para as autoras, é uma prática que adquiriu o *status* de cultura ao longo do tempo, assim como o casamento forçado e a mutilação genital feminina, firmando-se enquanto prática tradicional prejudicial.

4 O DIREITO DE NÃO SER SUBMETIDO A PRÁTICAS TRADICIONAIS PREJUDICIAIS E O DESENVOLVIMENTO EM AMARTYA SEN

A Organização das Nações Unidas (ONU) esclareceu que a violência contra mulheres e meninas viola os direitos humanos básicos. Sob essa perspectiva, uma série de instrumentos internacionais de direitos humanos fornece base para o estatuto jurídico do direito de estar livre de todas as formas de violência, definindo normas e estabelecendo formas de proteção para meninas contra a violência (TCHOUKOU, 2014). Conforme explicado anteriormente, tais instrumentos criam obrigações vinculantes para os Estados que os ratificaram, a fim de efetivar esses direitos (BAWE, 2011).

Nota-se que a proteção contra a violência que tem ecoado em vários instrumentos jurídicos internacionais tem se tornado visível nas diferentes formas de direito, tais como dignidade, vida, saúde, direito de estar livre de tortura e de não ser submetido a práticas tradicionais prejudiciais (TCHOUKOU, 2014).

A proteção se dá porque os direitos humanos se fundam no reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da espécie humana, que são compreendidos como iguais em sua essência independentemente de suas peculiaridades ou de qualquer outro aspecto de sua existência (PORTELA, 2016). Logo, pela simples natureza do indivíduo, a ele pertencem os direitos humanos.

Assim, a “Declaração Universal dos Direitos Humanos” de 1948 afirma que todo indivíduo tem direito à vida, liberdade e segurança pessoal e garante a não submissão a tratamentos cruéis e degradantes, quando, em seu artigo 5º, dispõe que “ninguém será submetido à tortura, nem a tratamento ou castigo cruel, desumano e degradante” (ONU, 1948). Dessa leitura conclui-se que as meninas submetidas à *breast ironing* devem ser resguardadas.

Nesse sentido, a “Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres” de 1979 dispõe que os Estados Partes devem tomar medidas apropriadas para modificar esquemas e padrões de comportamento sociocultural de homens e mulheres a fim de alcançar a eliminação de preconceitos e práticas consuetudinárias ou de qualquer outro tipo, que se baseiam na ideia de inferioridade ou superioridade de qualquer dos sexos, inclusive por meio de legislação para modificar ou abolir leis existentes, regulamentos, costumes e práticas que constituam discriminação (ONU, 1979; TCHOUKOU, 2014).

De maneira clara, a Declaração, ao utilizar o termo “mulheres”, refere-se a indivíduos de todas as idades e representa claro consenso de que a violência contra a mulher constitui uma violação dos seus direitos e liberdades fundamentais (TCHOUKOU, 2014). Além disso, a “Convenção sobre os Direitos da Criança” fundamenta a necessidade de resguardar as meninas em relação a essa prática, no sentido de buscar proteger seres que ainda estão em pleno desenvolvimento físico e psíquico, o que é exatamente o caso (BRASIL, 1990).

Diante do exposto, resta clara a necessidade de inter-

venção e erradicação da prática, posto afeta diretamente o desenvolvimento, conforme delineado na teoria de Amartya Sen ao tratar do desenvolvimento como liberdade. O *breast ironing* retira das meninas a liberdade relacionada ao controle do seu próprio corpo e ao seu crescimento natural, afetando sua saúde, definida por Sen (2000) como uma liberdade instrumental. A proteção da saúde, portanto, é imprescindível para o indivíduo, inclusive para expandir sua própria liberdade.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Longe de propor conclusões definitivas sobre um tema tão pouco abordado, o objetivo da presente pesquisa foi retratar o fenômeno ao qual jovens têm sido submetidas contra a sua vontade, demonstrando clara violação aos direitos humanos das mulheres e das crianças.

Tal abordagem é imprescindível para que se possa vislumbrar a possibilidade de alcance de determinado nível de desenvolvimento necessário para a sociedade e demais instituições que a compõem. No entanto, conforme demonstrado, para se atingir esse desenvolvimento, é preciso que a sociedade se desfaça de práticas que prejudiquem o exercício de direitos e liberdades fundamentais por parte dos indivíduos.

No caso específico, a população feminina submetida ao *breast ironing* possui direitos fundamentais prejudicados em razão de uma prática tradicional em seu país, porém violenta. Nesse sentido, faz-se necessário combater essa violência e assegurar esses direitos fundamentais na medida em que essa prejudica o ideal de desenvolvimento.

NOTAS E REFERÊNCIAS

BARRAL, Walber. *Direito e desenvolvimento: análise da ordem jurídica brasileira sob a ótica do desenvolvimento*. São Paulo: Singular, 2005.

BAWE, Rosaline Ngunshi. *Breast ironing: a harmful practice that has been silenced for too long*. Yaoundé: Gender Empowerment and Development, 2011.

BERLIN, Isaiah. Dois conceitos de liberdade. In: HARDY, Henry; HAUSHEER, Roger (org.). *Isaiah Berlin: estudos sobre a humanidade*. São Paulo: Companhia das Letras, 2002. p. 226-272.

BRASIL. Decreto nº 99.710, de 21 de novembro de 1990. Promulga a Convenção sobre os Direitos da Criança. *Diário Oficial da União*: seção 1, Brasília, DF, p. 22256, 22 nov. 1990.

FISCHBORN, Aline Fernanda. Saúde e desenvolvimento: uma análise a partir do conceito de desenvolvimento de Amartya Sen. *Desenvolvimento Regional em Debate*, Canoinhas, v. 5, n. 1, p. 201-210, 2015.

KNOPOVA, Eva. *The breast ironing: possible solutions to an unknown form of child abuse in Africa*. Paris: Sciences Po; Paris School of International Affairs, 2016.

MONAGAN, Sharmon Lynnette. Patriarchy: perpetuating the practice of female genital mutilation. *Journal of Alternative Perspectives in the Social Sciences*, [S. l.], v. 2, n. 1, p. 160-181, 2010.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Declaração Universal dos Direitos Humanos*. Paris: Assembleia Geral das Nações Unidas, 1948.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres*. New York: Assembleia Geral das Nações Unidas, 1979.

PINHEIRO, Maurício Mota Saboya. *As liberdades humanas como bases de desenvolvimento: uma análise conceitual da abordagem das capacidades*

humanas de Amartya Sen. Rio de Janeiro: Ipea, 2012.

PORTELA, Paulo Henrique Gonçalves. *Direito internacional público e privado*. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2016.

SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*. Tradução de Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

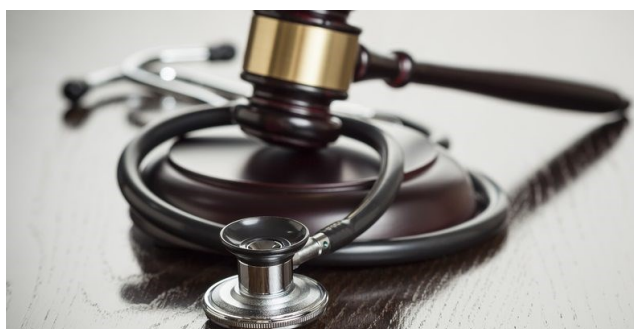
TAPSCOTT, Rebecca. *Understanding breast "ironing": a study of the methods, motivations, and outcomes of breast flattening practices in Cameroon*. Boston, MA: Feinstein International Center, 2012.

TCHOUKOU, Julie Ada. Introducing the practice of breast ironing as a human rights issue in Cameroon. *Journal of Civil & Legal Sciences*, [S. l.], v. 3, n. 3, p. 1-18, 2014.



O CONTRATO ORGANIZATIVO DE AÇÕES PÚBLICAS EM SAÚDE COMO INSTRUMENTO NORTEADOR DA RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA NA JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE NO SUS

Tarsila Costa do Amaral
Gedisa-USP



[Imagem: IPOG](#)

Resumo

O presente artigo traz reflexões sobre a responsabilidade solidária na judicialização da saúde e o processo contínuo de regionalização do SUS. Além disso, o trabalho retoma o regramento do Decreto Federal no. 7.508 de 28 de junho de 2011 e sugere o Contrato Organizativo de Ações Públicas de Saúde (COAP) como instrumento jurídico de pactuação e definição de competências administrativas assistenciais que, junto de outros arranjos normativos, deverá nortear o Poder Judiciário na indicação do ente federativo responsável pelo cumprimento e/ou ressarcimento de ordens judiciais relacionadas a saúde, nos exatos termos do que orientou o STF no Tema 793, fixado pelo julgamento do RE855178.

Apresentação

O julgamento do Recurso Extraordinário 855178 - Tema 793 - pelo Supremo Tribunal Federal (STF) (BRASIL, 2019), reconheceu a responsabilidade solidária no atendimento de demandas judiciais prestacionais de saúde e estabeleceu o ressarcimento ao ente federativo que suportou o ônus do cumprimento das ordens judiciais. Com isso tornou-se urgente adoção de instrumentos efetivos de pactuação interfederativa tripartite que indiquem de maneira objetiva as competências pelo planejamento, financiamento e execução de ações e serviços de

saúde no Sistema Único de Saúde (SUS).

A redação do Tema 793 pressupõe ser possível identificar com clareza na legislação sanitária e nas normativas infra-legais que regulamentam o SUS, o ente responsável pelo atendimento de demandas de saúde “judicializadas”. Contudo, o regramento do Sistema nem sempre indica com objetividade a responsabilidade pelo atendimento de determinada demanda de saúde, que por vezes é compartilhada e perpassa todos os níveis de complexidade da assistência.

Este artigo traz reflexões sobre a responsabilidade solidária na judicialização da política pública de saúde e a solidariedade tripartite que se conforma na estruturação de redes hierarquizadas, organizadas, descentralizadas e regionalizadas que coexistem no SUS em sua grandeza territorial e assistencial.

O presente artigo visita o processo contínuo de regionalização do SUS e aponta o Contrato Organizativo de Ações Públicas de Saúde (COAP) como instrumento de pactuação legítimo para uso dos gestores do SUS na definição de suas respectivas responsabilidades, bem como um documento viável para nortear a tomada de decisões por parte do Poder Judiciário, quando instado a indicar o ente responsável pelo ônus do cumprimento de ordens judiciais relacio-

nadas a saúde, conforme previsto no Decreto Federal no 7.508 de 28 de junho de 2011.

Distinção entre a responsabilidade solidária na judicialização da saúde e a solidariedade tripartite do SUS

Na elaboração da tese fixada pelo Tema 793, o Supremo Tribunal Federal (STF) estabeleceu que a repartição de competências entre os entes federativos no dever de garantir acesso à saúde para a população deve observar os critérios constitucionais de descentralização e hierarquização do SUS, cabendo à autoridade judicial a prerrogativa para apontar qual das instâncias gestoras do SUS deverá arcar com o ônus do cumprimento das decisões emanadas pelo Judiciário em uma lógica de ressarcimento interfederativo.

A redação fala em “competência comum” e em direito de regresso ou ressarcimento sem considerar que a solidariedade no SUS não se conforma na divisão de responsabilidades *per se*, mas sim do compartilhamento destas em prol de um objetivo comum.

Tema 793 - Os entes da federação, em decorrência da competência comum, são solidariamente responsáveis nas demandas prestacionais na área da saúde, e diante dos critérios constitucionais de descentralização e hierarquização, compete à autoridade judicial direcionar o cumprimento conforme as regras de repartição de competências e determinar o ressarcimento a quem suportou o ônus financeiro’, nos termos do voto do Ministro Edson Fachin, Redator para o acórdão, vencido o Ministro Marco Aurélio, que não fixava tese. Presidência do Ministro Dias Toffoli. Plenário, 23.05.2019 (BRASIL, 2019).

A leitura da tese traz uma noção bastante simplista da solidariedade e desconsidera a ausência de instrumento jurídico administrativo para operacionalizar o ressarcimento sem a necessidade de propositura de ações judiciais para esse fim.

Não se tem notícia da formalização de pactuações extrajudiciais entre Estados, Municípios e União quanto ao compartilhamento dos custos financeiros e assistenciais decorrentes da judicialização da saúde, até o momento.

De outro lado, a compreensão do instituto da solidariedade no SUS passa necessariamente pela desconstrução da ideia ampla e genérica de solidariedade prevista no artigo 23 da Constituição Federal, a partir da qual não é possível ter clareza das dimensões de caráter “*conceitual, constitucional, legal e decretual, dentre eles, a forma organizativa do sistema que determina a integração das ações e serviços de saúde dos entes federativos em rede regionalizada (regiões de saúde) e hierarquizada quanto à complexidades dos serviços, sendo que essa hierarquia não significa responsabilidade solidária, mas, sim, compartilhamento de ações e serviços, sob a responsabilidade de cada ente per*

se” (SANTOS, 2019, pág. 5).

Ao analisar o Tema 793 e a solidariedade ali conceituada, indaga-se sobre um possível equívoco por parte do Judiciário na interpretação da natureza jurídica da solidariedade no SUS, que é muito mais ampla do que a solidariedade do direito das obrigações. O Sistema se organiza regionalmente a partir de redes e linhas de cuidado pactuadas nos três níveis de gestão e que variam de acordo com a necessidade de cada território (AMARAL, 2019).

Além disso, os critérios de rateio de recursos para concretização do financiamento tripartite, previsto na Constituição e regulamentado pelas leis 8.080/90, 8.142/90 e Lei Complementar no. 141/2012. O art. 17 da LC no. 141/2012, preveem que

o rateio dos recursos da União vinculados a ações e serviços públicos de saúde e repassados na forma do caput dos arts. 18 e 22 aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios observará as necessidades de saúde da população, as dimensões epidemiológica, demográfica, socioeconômica, espacial e de capacidade de oferta de ação e serviços de saúde e, ainda, o disposto no art. 35 da Lei no. 8080 de 19, de setembro de 1990, de forma a atender os objetivos do inciso II do § 3o do art. 198 da Constituição Federal (BRASIL, 2012).

Este regramento deve garantir o atendimento das demandas de saúde mais prevalentes no território mediante articulação política, planejamento e financiamento adequados. São premissas desafiadoras já que o SUS é um sistema público de modelo universal subfinanciado e “desfinanciado” desde a vigência da Emenda Constitucional 95/2016 a partir da qual

“O orçamento da saúde, no âmbito do governo federal, foi congelado por 20 anos, passando a ser reajustado apenas pela apuração da inflação, medida pelo Índice Nacional de Preços ao Consumidor Amplo (IPCA). A EC 95 desconsiderou as necessidades de saúde da população, o impacto do crescimento populacional, a transição demográfica, a necessária expansão da rede pública, o impacto da incorporação tecnológica (crescente e cumulativa na área da saúde e os custos associados à mudança do perfil assistencial determinado pela prevalência das doenças não transmissíveis e das causas externas e a própria inflação de saúde, superior aos demais setores da economia em âmbito internacional” (MENEZES; MORETTI; REIS, 2019).

Nesse contexto, a judicialização da saúde atua como uma agravante destes problemas estruturais, gerando impactos importantes no planejamento assistencial e orçamen-

tário do Sistema.

Em recente publicação, Vieira (2020) analisou a judicialização da saúde no Brasil e concluiu que a judicialização da saúde apresentou um crescimento de 131% entre 2008 e 2017 nos tribunais de primeira instância, além de apontar para um perfil heterogêneo de demandas nas diversas regiões do país, com pleitos que tratam de itens incorporados e não incorporados ao Sistema.

Essa pluralidade de perfis e variedade de itens solicitados ao Judiciário torna complexa a definição das competências dos entes federativos, sobretudo quando o pleito judicial trata de medicamentos ou procedimentos que não fazem parte da oferta prevista na regulamentação do SUS. E mesmo quando fazem, ainda assim, é desafiador estimar quanto daquela demanda prestacional em saúde cabe a cada nível de gestão do SUS.

Da necessidade de contratualização das competências no atendimento de demandas em saúde no SUS.

O SUS atua na lógica de atendimento regulado e em rede e a definição de competências de cada ente passa pela compreensão da necessidade de continuidade no processo de regionalização do Sistema.

Os autores Mendes et. al. (2015, pág. 14) conceituam a regionalização como algo mais do que “*um processo de organização das ações e dos serviços de saúde no território, visando assegurar a integralidade da atenção*” e concluem que se trata, em verdade, de “*uma construção política que deve favorecer o diálogo entre os atores locais e os gestores federados para o reconhecimento e enfrentamento das necessidades de saúde dos territórios específicos*”.

Significa dizer que, uma vez atendido pela Rede de Saúde em sua região, o usuário do SUS poderá acessar serviços da Atenção Básica, de gestão municipal, e ser referenciado para serviços especializados, cujo escopo tenha maior complexidade, como unidades hospitalares habilitadas junto ao Ministério da Saúde (União). Um único usuário do SUS poderá transitar entre serviços de baixa, média e alta complexidade, a depender do agravo de saúde a ser cuidado.

Daí se conclui que a repartição de competências assistenciais e financeiras no SUS não se encerra em listas ou tabelas, como a Relação Nacional de Medicamentos Essenciais (RENAME), as Relações Municipais de Medicamentos (REMUMES) e a Relação Nacional de Ações e Serviços de Saúde (RENASES) (SANTOS; CAMPOS, 2015).

Em alguns casos, quando o objeto da demanda judicial trata de medicamentos que estão presentes nos Componentes Básico, Especializado e Estratégico da Assistência Farmacêutica, é possível falarmos em “*zonas de certeza*”, como

sugeriram as u as federais na Carolina Morozowski e Luciana da Veiga Oliveira em texto intitulado “*a responsabilidade solidária na assistência saúde no SUS*”, publicado pelo site Migalhas em 1/07/2019 (MOROZOWSKI; OLIVEIRA, 2019).

As Portarias GM/MS nº 02, de 28 de setembro de 2017 e nº 6, de 28 de setembro de 2017, que regulamentam o Componente Básico, Estratégico e Especializado da Assistência Farmacêutica trazem com clareza as competências de cada ente federativo, bem como indicam em protocolos clínicos específicos que orientam o cuidado dos usuários na assistência. Nestes casos será possível ao julgador apontar sem tanta dificuldade, qual o ente responsável pelo ressarcimento, como orienta o Tema 793.

Mas como dito anteriormente, a judicialização da saúde é um fenômeno de muitas dimensões e características e nem sempre o objeto do pedido terá correspondência com as normativas que organizam o Sistema.

Diante desse impasse e da necessidade de respostas rápidas e efetivas para tais questionamentos, o SUS e o Judiciário deverão reconhecer um modelo efetivo de contratualização destas responsabilidades e competências, considerando as variáveis regionais e os critérios previstos em lei, sem perder de vista as diretrizes constitucionais e principiológicas do SUS.

O COAP como instrumento orientador e definidor de responsabilidades na gestão do SUS e sua relevância frente aos desafios impostos pela judicialização da saúde

O Decreto 7.508/2011, que definiu portas de entrada do SUS e instituiu o COAP na política pública de saúde, é frequentemente ignorado nas decisões judiciais sobre saúde. O mesmo ocorre com as deliberações das Comissões Intergestores Regionais (CIR), Bipartite (CIB) e Tripartite (CIT), onde são pactuadas as regras de financiamento e assistência compartilhada do SUS (AMARAL, 2019).

A complexidade da legislação sanitária e do arcabouço normativo do SUS desafiam operadores do direito a compreender os abismos que separam a tecnicidade da norma e a complexidade do mundo real em termos de saúde coletiva.

Por isso é necessário garantir apoio técnico ao Judiciário e instrumentos de pactuação mais objetivos e resolutivos aos gestores no campo extrajudicial.

Nesse sentido, o artigo 33 do Decreto Federal no. 7.508/2011 prevê que “o acordo de cola oração entre os entes federativos para a organização da rede interfederativa de atenção à saúde será firmado por meio de Contrato Organizativo da Ação Pública de Saúde”. (COAPS)

O COAPS, ou COAP, é um instrumento jurídico de pactuação e de negociação interfederativa regional que, embora previsto há mais de uma década, não se materializou de maneira uniforme no país, mas não cabe a este trabalho investigar os fatores

que podem ter contribuído para esse refreamento da estratégia nos diversos estados brasileiros.

Contudo, com base do relato de experiência do estado do Ceará em relação à implantação do COAP em 100% das regiões de saúde do estado (GOYA et al., 2017), é possível afirmar que, para aquele território, “o COAP foi considerado um avanço em relação ao Pacto pela Saúde, destacando a positividade da responsabilização federativa trina pelo direito saúde” (GOYA et al., 2017, pág. 4).

No Ceará, adesão ao COAP tornou a gestão orçamentária dos recursos da saúde mais transparente e proporcionou o fortalecimento institucional da Comissão Intergestores Regional (CIR). Observou-se uma maior institucionalidade das Câmaras Técnicas do SUS cearense, destacando-se a implantação de Câmaras de Auditoria e de Assistência Farmacêutica em algumas Regiões.

Um outro ponto relevante é a medida de governança regional advinda da implantação do COAP (GOYA et al., 2017, pág. 5), para

“impor atenção sobre as conexões entre Estado, Sociedade e Mercado, em suas diferentes representações, estabelecendo a quadro institucional estável que favoreça: i) a participação e a negociação de uma ampla gama de atores; ii) a administração de conflitos e o estabelecimento de relações co-operativas entre atores (governos, organizações e cidadãos); iii) o estabelecimento de uma ação coordenada, direção ou rumo voltado para a consecução de metas e objetivos definidos e acordados” (GOYA et al., 2017, pág. 5).

Com base na experiência do Ceará, é possível afirmar que o COAP se configura como uma ferramenta importante, junto de outras estratégias, para dar respostas efetivas definição de competências e responsabilidades assistenciais e financeiras de cada ente federativo na efetivação das políticas públicas de saúde, o que pode impactar de maneira positiva a aplicação do Tema 793 na judicialização. O artigo 36 (incisos III, VIII e IX) do Decreto Federal nº 7.508/2011 prevê que devem constar no COAP

(i) as responsabilidades assumidas pelos entes federativos perante a população no processo de regionalização, as quais serão estabelecidas de forma individualizada, de acordo com o perfil, a organização e a capacidade de prestação das ações e dos serviços de cada ente federativo da Região de Saúde; (ii) os investimentos na rede de serviços e as respectivas responsabilidades; (iii) os recursos financeiros que serão disponibilizados por cada um dos participantes para sua execução. (BRASIL, 2011).

De modo que é possível cogitar a hipótese de que a adesão ao COAP poderá dar maior transparência em relação às responsa-

bilidades sanitárias de cada ente federativo frente às necessidades de saúde de cada região e, no caso da judicialização da saúde, o COAP dará subsídios ao julgador no direcionamento das responsabilidades de cada ente federativo pelo cumprimento de ordens judiciais, reduzindo assim, a necessidade de promoção de ações de ressarcimento pelos entes federativos nos tribunais do país (AMARAL, 2019).

Considerações finais

A judicialização da saúde no Brasil é um problema a ser compreendido, prevenido e enfrentado e para tanto é necessário o estudo aprofundado dos princípios e diretrizes que norteiam o SUS de modo a que o Sistema Jurídico contribua com o fortalecimento e a qualificação dos processos de judicialização da saúde.

A questão das competências interfederativas trazida à baila com o julgamento do RE855178 e a definição do Tema 793, suscita reflexões importantes em relação à organização regionalizada do SUS, o planejamento e o financiamento tripartite, impondo a necessidade de pactuações objetivas que norteiem a definição

das responsabilidades sanitárias de cada instância gestora do SUS.

Nesse sentido, diante da complexidade da lógica regulatória assistencial no SUS, o Decreto Federal nº 7.508/2011 previu a adoção do COAP como instrumento jurídico para aprimoramento da gestão administrativa, para explicitar e organizar as pactuações estabelecidas entre os gestores do SUS, possibilitando a integração das ações e serviços em saúde e a identificação das necessidades e fragilidades reais de saúde de determinada região, conferindo transparência a tal realidade e dirimindo sistematicamente as lacunas relacionadas a definição de competências decorrentes do dever de garantir assistência à saúde universal, integral e equânime a toda a população (SANTOS, 2015).

Com a adoção do COAP, casos judicializados serão direcionados assertivamente ao ente competente, de maneira pormenorizada, publicizada e em consonância com a capacidade assistencial e orçamentária do Sistema, desde que, obviamente, haja articulação política, planejamento e financiamento adequados ao cumprimento de tais obrigações.

NOTAS E REFERÊNCIAS

AMARAL, T. C. DO. REFLEXÕES SOBRE A RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA E O RESSARCIMENTO NO SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE A PARTIR DA TESE FIXADA EM REPERCUSSÃO GERAL PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Revista Jurídica da Escola Superior do Ministério Público, 2019.

GOYA, N. et al. Percepções de gestores estaduais da saúde sobre o Contrato Organizativo da Ação Pública da Saúde no Ceará, Brasil. Ciência & Saúde Coletiva, v. 22, n. 4, p. 1235-1244, abr. 2017.

MENDES, Á. et al. O processo de construção da gestão regional da saúde no estado de São Paulo: Subsídios para a análise. Saude e Sociedade, v. 24, n. 2, p. 423- 436, 2015.

MENEZES, A. P. DO R.; MORETTI, B.; REIS, A. A. C. DOS. O futuro do SUS: impactos das reformas neoliberais na saúde pública – austeridade versus universalidade. Saúde em Debate, v. 43, n. spe5, p. 58-70, 2019.

MOROZOWSK, A. C.; OLIVEIRA, L. DA V. Da responsabilidade solidária na assistência à saúde no SUS. Disponível em:

<<https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI305311,91041Da+responsabilidade+solidaria+na+assistencia+a+saude+no+SUS>>.

Acesso em: 6 ago. 2019.

SANTOS, L. Decisão do STF sobre responsabilidade solidária ignora regras de ouro do SUS. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2019-mai-29/lenir-santosdecisao-supremo-ignora-regras-ouro-sus2>>. Acesso em: 10 dez. 2020.

SANTOS, L.; CAMPOS, G. W. DE S. SUS Brasil: A região de saúde como caminho. Saude e Sociedade, v. 24, n. 2, p. 438-446, 2015.

SANTOS, P. P. A. DE C. Contrato Organizativo da Ação Pública da Saúde: Instrumento de Gestão Administrativa em prol da Responsabilidade Sanitária. Cadernos Ibero-Americanos De Direito Sanitário, v. 4, n. 2, p. 102, 2015.

VIEIRA, F. S. Direito à saúde no brasil: seus contornos, judicialização e anecessidade da macrojustiça. Brasília, DF: Instituto de Pesquisa Economica, 2020.

Novidades
da Rede

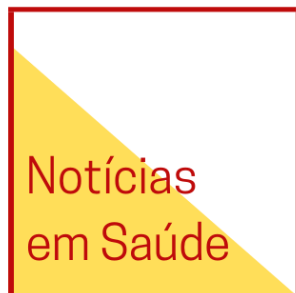
SAVE THE DATE

**XI CONGRESSO DA REDE
IBERO-AMERICANA DE
DIREITO SANITÁRIO**

26 A 28 DE OUTUBRO DE 2022

MONTEVIDEO, URUGUAY





Chile

Inclusão de trabalhadores de farmácia como trabalhadores da saúde

O grupo de trabalhadores de farmácias populares, junto com a Salcobrand, Cruz Verde e Farmacias Ahumada reuniram-se com o presidente da Comissão de Saúde da Câmara dos Deputados para demandar a incorporação dos técnicos de farmácia e auxiliares de farmácia como trabalhadores da saúde no código sanitário. A deputada Lagomarsino salientou que as farmácias são centros de saúde e que os novos tempos exigem formação e certificação desses profissionais.

Disponível em: *La Nación. TRABALHADORES DE FARMÁCIA PEDEM PARA SEREM CONSIDERADOS FUNCIONÁRIOS DE SAÚDE. 06/04/2022.* <https://www.lanacion.cl/trabajadores-de-farmacias-piden-ser-considerados-funcionarios-de-salud/>

Colômbia

Vacinação contra a covid-19 passa a integrar o Programa Ampliado de imunizações

O Ministro da Saúde Colombiano anunciou o fim do Plano Nacional de Vacinação Massiva contra o Covid-19, que aplicou mais de 84 milhões de doses, tendo em vista a sua integração ao Programa Ampliado de Imunizações, fazendo parte do processo integrado de vacinação da população. Os recursos para a vacinação já foram incluídos às despesas do programa.

Disponível em: *El Espectador. Vacunación contra covid-19 será integrado al Programa Ampliado de Inmunizaciones. 08/04/2022.* <https://www.elespectador.com/salud/vacunacion-contra-covid-19-sera-integrado-al-programa-ampliado-de-inmunizaciones-noticias-colombia/>

Brasil

Proibição da venda de cigarros eletrônicos

Anvisa abre a etapa de participação social no processo que analisa o consumo de cigarros eletrônicos. Nesta fase, a agência receberá evidências técnicas e científicas sobre esses produtos. Parecer técnico da Gerência-Geral de Registro e Fiscalização de Produtos Fumígenos Derivados ou não do Tabaco (GGTAB), que subsidia a consulta, sugere manter a proibição da importação, comercialização e propaganda de cigarros eletrônicos no Brasil, considerando que uma eventual liberação seria tecnicamente inviável por representar potencial lesão à saúde pública, destacando a ausência de comprovação de seus benefícios e a preocupação da atração de crianças e adolescentes para o uso do produto, que nos Estados Unidos foi considerado “epidêmico” em escolas. Nesse sentido, o grupo defende ainda a obrigatoriedade de realização de campanhas de conscientização e ações educativas e informativas com foco nos jovens.

Disponível em: o Estado de São Paulo. Grupo técnico da Anvisa sugere manter proibição de venda de cigarro eletrônico no Brasil. 06/04/2022. <https://saude.estadao.com.br/noticias/geral/grupo-tecnico-da-anvisa-indica-que-venda-de-cigarro-eletronico-deve-seguir-proibida-no-brasil,70004031109>

Brasil

Inclusão da vacina contra Covid-19 na rede privada

Clínicas privadas de vacinas negociam a aquisição de doses da vacina da Astrazeneca, sendo previsto que os primeiros lotes cheguem no final de abril. A medida já foi alvo de discussão entre o Ministério da Saúde e a Agência Nacional de Vigilância Sanitária. Atualmente, a Lei 14.125/2021 impede a comercialização de vacinas contra a Covid-19 na rede privada enquanto perdurar a pandemia. O setor privado tem se organizado para derrubar a proibição, tendo em vista a redução dos casos no país e o aumento da oferta de imunizantes.

Disponível em: Jota. Mercado se prepara para incluir vacina contra Covid-19 na rede particular. 04/04/2021. <https://www.jota.info/tributos-e-empresas/saude/mercado-se-prepara-para-incluir-vacina-contr-covid-19-na-rede-particular-04042022>



Uruguay

Sentencia Nro. SEF-0007-000183/2017 DFA-0007-000518/2017

Tribunal de Apelaciones en lo Civil de Tercer Turno.-

Ministra Redactora: Dra.Mary Alonso Flumini

Ministros firmantes:

Dra.Loreley Opertti; Dra.Claudia Kelland; Dra.Mary Alonso.

VISTOS:

Para Sentencia definitiva de segunda instancia, estos autos caratulados “Curbelo Hernández, Rodrigo c/ Ministerio de Salud Pública.-Amparo”, IUE 2-41418/2017, venidos a conocimiento del Tribunal en virtud del recurso de Apelación interpuesto por la parte actora contra la Sentencia N° 98/2017, de fecha 8 de noviembre de 2017, dictada por el Sr.Juez Letrado de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo de 3º Turno, Dr. Pablo Eguren Casal.

RESULTANDO:

- I.- La Sentencia referida, desestimó la acción de amparo, sin especiales sanciones procesales.-
- II.- Contra dicho dispositivo se alza la parte actora, quien formula agravios en los términos explicitados en escrito obrante afs.98 y ss. , impetrando la revocatoria de la impugnada, y en su lugar, se condene al Ministerio de Salud Pública a suministrar al actor el medicamento LENVATINIB, según indicaciones del equipo médico tratante, por el tiempo que lo determine el mismo, bajo apercibimiento.-
- III.- Sustanciado el recurso de apelación, lo evacua la representante del Ministerio de Salud Pública, abogando por la confirmatoria de la recurrida.-
- IV.- Recibidos los autos, se asume competencia por esta Sala.- Cumplido el estudio correspondiente, se acuerda el dictado de la presente.-

CONSIDERANDO:

- I.- Que se habrá de revocar la Sentencia impugnada, por los fundamentos que seguidamente se expresan:-
- II.- En el caso que se analiza, el amparista, Sr.Rodrigo Curbelo Hernández, de 32 años de edad, padece Cáncer de Tiroides Metastático.- De acuerdo a lo informado por su médica Oncóloga tratante, Dra.Silvana Signorelli, podría sintetizarse el tratamiento en lo siguiente: a) en octubre de 2014 se realizó tiroidectomía total por Carcinoma Folicular de Tiroides, con Angioinvasión y compromiso de la cápsula; b) en noviembre de 2015 se evidencian adenomegalias torácicas y múltiples nódulos pulmonares; c) en enero de 2016 se realiza PET en Hospital Sirio Libanés (Brasil, San Pablo), que demuestra además, compromiso de pleura, adenomegalias abdominales y metástasis hepáticas; d) el 12 de enero de 2016, comienza el tratamiento con SORAFENIB, en principio con buena tolerancia y respuesta, no obstante en noviembre de 2016 se constata progresión de la enfermedad con nuevo aumento de las lesiones metastásicas; e) en enero de 2017, en nueva consulta en el Hospital Sirio Libanés, se plantea suspender SORAFENIB y se comienza con el medicamento LENVATINIB (Lenvima) con excelente tolerancia y respuesta al tratamiento.-

Manifiesta el actor en su demanda que, el medicamento Sorafenib lo solicitó al MSP, siéndole otorgado mediante trámite administrativo abreviado.- Con el fármaco LENVATINIB, que no se comercializa en nuestro país, si bien en principio accedió a su costo de

importación mediante la contribución de familiares, amigos, colectas y beneficios realizados en su ciudad natal (Tala), por razones de índole económica -su único ingreso es una pensión del BPS de \$ 21.000- con fecha 4 de setiembre de 2017, realizó una petición al Ministerio de Salud Pública, no obteniendo respuesta.-

El medicamento Lenvatinib -aprobado para la enfermedad que padece, específicamente para tratamiento de cáncer de tiroides refractario al yodo radioactivo, por EMA y FDA- es distribuido por el laboratorio EISAI y tiene un costo por dosis de tratamiento muy elevado (precio de importación en Alemania es de \$330.600).-

De acuerdo a sus médicas tratantes, Dras. Silvana Signorelli y Cristina Benzarena, el fármaco referido es la única opción terapéutica con la que cuenta, de la cual depende su vida.-

Se accionó por vía de Amparo como forma de evitar que, como consecuencia de la omisión del MSP, se lesionen derechos constitucionalmente protegidos.- Se alegan violados los derechos fundamentales a la vida y a la salud (arts.7 y 44 de la Constitución).-

La pretensión amparista tiene por objeto, la condena a la contraparte a suministrarle en un plazo de 24 hs. el medicamento LENVATINIB, de acuerdo a las indicaciones de su equipo médico tratante.-

El sentenciante desestimó la acción de amparo por ausencia de ilegitimidad manifiesta.-

III.- Se agravia el accionante por los fundamentos de la desestimatoria, expresando en síntesis que, el sentenciante se vale únicamente de una cuestión formal -ausencia de registro del fármaco en nuestro país- para desestimar la acción de amparo.-

De acuerdo al razonamiento del decisor de primer grado, si el fármaco no se encuentra en el país la responsabilidad y obligación del Estado a proteger la salud de sus habitantes y brindar los medios de prevención y asistencia a los indigentes o carentes de recursos suficientes, desaparecería.- El mandado constitucional se vería entonces limitado al registro y/o comercialización del medicamento en nuestro país, sin importar los derechos fundamentales que se encuentren vulnerados.- Entiende que existe ilegitimidad manifiesta en tanto el MSP le niega al amparista la única chance de sobrevida digna, que conlleva a dejar al actor sin tratamiento y con riesgo de vida inminente.- Aboga entonces por la revocatoria, desde una interpretación que parta de la protección de los Derechos Humanos y desde nuestra Constitución, destacando que se trata del "único medicamento indicado" en el caso concreto, habiendo quedado demostrada la sobrada eficacia del fármaco en el paciente y la carencia de medios económicos suficientes para continuar costándolo.-

IV.- El Tribunal con el voto conforme de sus miembros naturales, recibirá los agravios de apelante, revocando la decisión de primer grado, por los fundamentos que seguidamente se expresan:-

La atacada desestima la pretensión amparista respecto al MSP, exclusivamente por una razón: el medicamento no se encuentra registrado en nuestro país.- Se afirma "Debe tratarse de un medicamento existente en el país, que se encuentre autorizada su comercialización y se haya solicitado la inclusión por parte del Laboratorio en el Formulario Terapéutico de Medicamentos: Tal situación no opera en autos en virtud de que el laboratorio produce el medicamento en el exterior; se suministra en Estados Unidos, México, Brasil y Europa".- Concluye entonces que no es posible hablar de omisión, acto o hecho del Ministerio accionado cuando ni siquiera el medicamento se comercializa en Uruguay, por lo cual no existe ilegitimidad y menos aún, manifiesta:-

Entiende la Sala que, en estos casos en que se encuentran en juego derechos fundamentales como los involucrados (derecho a la vida o sobrevida digna; derecho a la salud), se presenta como un exceso de formalismo repeler una demanda como la que nos ocupa por tal argumento.-

No por obvio ha de omitirse referir que: "El derecho a la salud, expresamente reconocido en el art.44 de la Constitución, constituye un derecho humano esencial, inherente a la persona, y de cuyo pleno goce dependen todos los demás. En este sentido, el derecho a la salud podría considerarse, conjuntamente con la vida, uno de los derechos absolutos, ya que su instrumentalidad respecto del segundo nombrado es indiscutible." (cf. SCJ, Sentencia 396/2016).-

El Ministerio de Salud Pública en su contestación de demanda, esgrimió como único argumento de su negativa a proporcionar el medicamento solicitado que, no se encuentra registrado ante el MSP y por tanto, no se comercializa en nuestro país.- Señala que incluso, ni siquiera se ha iniciado ningún trámite de registro por parte de algún Laboratorio de nuestro país, que haya motivado el proceso de registro y posterior posibilidad de comercialización del fármaco en Uruguay.- Asevera que todo medicamento que se comercialice en nuestro país, debe estar previamente registrado ante el MSP y que, el registro procede a solicitud de cada laboratorio que esté interesado en comercializar determinada droga, para lo cual se deberán cumplir con los requisitos establecidos en el Decreto 324/999.- Afirmó también que, el MSP no puede registrar un medicamento de oficio, sino que siempre es necesario que el laboratorio que lo promueve realice dicho trámite.-

En iguales términos se pronuncia el Ministerio accionado al evacuar el traslado de la apelación, acotando que el MSP mal puede solicitar la compra en el exterior de un medicamento "que ni siquiera ha podido evaluar" y que en definitiva "no han pasado los pasos mínimos básicos de revisión y que no tienen evidencias científica alguna para el tratamiento de la enfermedad del actor".-

Analicemos desde un principio.-

En primer término, la razón por la cual el decisor de primer grado rechaza la pretensión amparista.-

En un caso excepcional, como el que se analiza -en que el amparista padece una enfermedad que en palabras de la Sra. Perito "es extremadamente excepcional, la evolución del carcinoma folicular de tiroides con resistencia a la captación del yodo radiactivo, para la población que somos es un caso cada muchísimos años" (fs.94)- se impone una respuesta también excepcional del Estado.-

Parece claro que no puede supeditarse al interés de un laboratorio la debida asistencia a quien, siendo portador de una enfermedad excepcional y careciendo de medios económicos para procurarse el único medicamento que necesita, acude al Estado a efectos de conseguirlo gratuitamente.-

No se pide al Estado que registre el medicamento, tampoco que se lo incluya en el Formulario Terapéutico de Medicamentos FTM, se pide directamente que se lo suministre; y el MSP no le brinda solución alguna.-

Promovida la presente acción de Amparo, el MSP invoca leyes (Ley orgánica N° 9.202, Ley 15.181, Ley 17.930, Ley 18.211 y Ley 18.355 y sus Decretos Reglamentarios), así como el Decreto 324/999 en su art.5 respecto al registro de medicamentos que deberán realizar las empresas, normativa que en su criterio impide dar solución al pedido del amparista.-

A criterio de la Sala, por encima de tal normativa están los art.7 y 44 de la Constitución, que permiten en el caso puntual acceder a lo solicitado.- Los Derechos Fundamentales a la vida y a la salud del solicitante, de acuerdo a las emergencias de obrados, deben ser protegidos y es inminente que de tal modo se proceda (arts. 7º, 44, 72, 82 y 332 de la Constitución; arts. 3, 22 y 25 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; arts. 9, 11 y 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales más arts. 3 y 6 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos -ratificados por la Ley No. 13.751-; arts. I y XI de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; arts. 4 y 5 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos -ratificada por el art. 15 de la Ley No. 15.737-; arts. 9 y 10 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales -ratificado por la Ley No. 16.519-; arts. 1º, 2º y 4º de la Ley No. 18.211; arts. 2º, 6º, 7º, 10 y 11 de la Ley No. 18.335).-

Máxime cuando, el MSP no controvertió al contestar la demanda la eficacia del medicamento, ni el hecho de que fuera el único adecuado para la enfermedad que padece, con la progresión en que se encuentra.-

Tardíamente, al contestar la impugnación alude el Ministerio, a la ausencia de control por parte del MSP respecto al fármaco en cuestión.-

Ello es de franco rechazo, cuando probado está que existe evidencia científica a nivel mundial respecto a la bondad del fármaco para la patología que padece el actor (fs.1 y ss.); la Sra. Perito afirmó que el medicamento ha sido desarrollado por el Laboratorio EISAI con nombre registrado de LENVIMA y ha sido aprobado por FDA, EMA estando disponible en Europa y en América en países como Brasil, México.- La Dra. Signorelli también confirma su existencia en EE.UU.-

Específicamente, quedó acreditada la necesidad del medicamento para el paciente, lo cual explicita la médica Oncóloga tratante, Dra. Silvana Signorelli (fs.83 vto.-84) y ratifica la Sra. Perito, Dra. Beatriz Balbela, Directora del Dpto. de Medicina Forense del ITF, médico legista y endocrinóloga, tanto en su informe pericial como en su declaración en audiencia a fs.94-95.-

La Sra. Perito destaca en su informe que, la indicación está avalada por la "Profesora en Endocrinología Dra. Cristina Belzarena, profesional ésta que por su formación actualizada es el centro de referencia a nivel nacional, así como opinión centro de referencia regional Hospital Sirio Libanés."

Acota la Dra. Balbela que, a nivel internacional se usa el LENVATINIB como medicamento de primera línea, el primero a ser utilizado en pacientes jóvenes como Rodrigo con cáncer diferenciado de tiroides progresivo refractario al yodo radioactivo.- Y señala que, en el caso de Rodrigo es el único tratamiento a seguir.- Así, refiere "Rodrigo Curbelo ha demostrado objetivamente mejoría al recibirlo y si se hubiera retrasado el inicio de ésta terapia hubiese significado comprometer la sobrevivencia del paciente"(fs.86).

Son elocuentes los resultados clínicos referidos por la Dra. Balbela, según surge de la HC de Rodrigo (fs.86 in fine -87).- La respuesta positiva del paciente al tratamiento con LENVATINIB, demostrada clínicamente, se ha traducido en un buen estado general que le ha permitido volver a trabajar.- Hasta el momento Rodrigo no ha presentado ningún efecto secundario de gravedad.-

Las consecuencias de interrumpir el tratamiento implican conforme al informe pericial: "no solo acortar su vida, sino no darle chance de alcanzar a recibir tratamiento con otras sustancias actualmente en fase III (...) que directamente actúan provocando que las células tumorales sean capaz de captar el yodo radioactivo, lo que sería muy conveniente para destruir las metástasis" (fs.87 in fine -88).-

La ausencia de una explicación razonable para dar respuesta negativa a lo solicitud del actor, en contraste con las demás pruebas de autos que aconsejan el medicamento para la patología excepcional y poco frecuente en nuestro país que padece el actor, es

razón suficiente para evidenciar una conducta antijurídica patente, en tanto es deber primordial del Estado la racionalidad de sus decisiones, que han de estar debidamente motivadas.- Ello constituye omisión relevante para el derecho, verificándose así, el presupuesto objetivo de manifiesta ilegitimidad.-

En suma, en el presente proceso el Ministerio de Salud Pública, como representante del Estado (Ley N° 16.320 art.384), será condenado a cumplir con el mandato constitucional establecido en el art.44 inc.2, en tanto se encuentra obligado a “proporcionar gratuitamente los medios de prevención y asistencia” a “los carentes de recursos suficientes” como el actor.-

V.- La conducta procesal de las partes no amerita especial condenación en el grado (art.688 C.Civil y 56 CGP).-

Por los fundamentos expuestos, el Tribunal,

FALLA:

Revocando la Sentencia impugnada en todos sus términos, y en su mérito, condenando al Ministerio de Salud Pública a proporcionar el medicamento reclamado en un plazo de 72 horas, en la forma requerida por la médica tratante.-

Sin especial condenación en el grado.- Oportunamente, devuélvase.

Colombia

SALA DE CASACIÓN CIVIL ID: 764531
NÚMERO DE PROCESO: 08001-31-03-006-2016-00078-01
NÚMERO DE PROVIDENCIA: SC487-2022
CLASE DE ACTUACIÓN: RECURSO DE CASACIÓN
TIPO DE PROVIDENCIA: SENTENCIA
FECHA: 04/04/2022
PONENTE: AROLDO WILSON QUIROZ MONSALVO

TEMA: CONTRATO DE SEGURO DE SALUD - Cláusula de exclusión: proscripción de salvedades genéricas y de incorporar exclusiones después de celebrado el contrato. Se descarta la posibilidad de incluir excepciones genéricas, abstractas o indefinidas, sin ninguna concreción, no sólo por atentar contra la efectiva protección del derecho a la salud del beneficiario, sino por desconocer la norma especial sobre la materia. Como en la póliza no se mencionó expresamente el trastorno hereditario denominado «Síndrome de Marfan», la anomalía vertebral conocida como «escoliosis» o el tratamiento denominado como «Fusión de Columna Toracolumbar con Toracoplastia», mal podría entenderse que la cobertura estaba excluida frente a cualquier de ellos, amén de su redacción general y sin referirse a una situación precisa. Otorgar a las cláusulas de exclusión un carácter excepcional, sometidas al estricto cumplimiento de los requisitos generales y especiales del sistema en seguridad social, impide que a este derecho fundamental se le impongan cortapisas que dificulten su plena satisfacción. Al margen del cumplimiento de los requisitos del artículo 1056 del Código de Comercio y demás normas sobre la materia, el ad quem desatendió el artículo 21 del decreto 806 de 1998 -que retomó el artículo 2° del decreto 1222 de 1994-, por faltar a la exigencia de concretar las enfermedades o anomalías que estaban fuera de cobertura, así como los tratamientos excluidos tocantes a aquéllas. Legitimación en la causa de la tomadora: por concernirle el interés asegurable y por aparecer acreditado que efectuó el pago de las cirugías que se le practicaron. Prueba documental: con el fin de impedir que los documentos pudieran ser valorados, correspondía a la aseguradora proponer la solicitud de ratificación, cuya omisión conduce a que el sentenciador deba evaluarlos conforme a las reglas de la sana crítica.

INTERPRETACIÓN SISTEMÁTICA - Como los artículos 1056 del Código de Comercio y 22 del decreto 806 de 1998 regulan el tema exclusiones en el contrato de seguro, el primero genéricamente, y el segundo en específico para el seguro de salud, sin que se observe la intención legislativa de que una de ellas derogue a la otra, se configura una antinomia total-parcial entre las normas, por lo que se impone acudir a su interpretación conjunta, sin sacrificar su contenido, lo que se traduce en que las exclusiones deben observar la totalidad de los requisitos establecidos en ambos preceptos y, en caso de incompatibilidad, prevalecerá la particular por fuerza del principio de especialidad. Además de los requerimientos generales, las exclusiones por preexistencias en materia de planes voluntarios de salud, deben ser expresas, concretas y basarse en un examen médico de ingreso practicado al asegurado, o emanar de la aceptación del asegurado, por ejemplo, en la declaración de asegurabilidad. Es cierto que el artículo 1056 del Código de Comercio, permite a las aseguradoras limitar o excluir a su arbitrio los riesgos objeto del contrato, sin requisitos adicionales a

los connaturales de cualquier contrato de seguro: claridad, legibilidad, comprensibilidad, señalamiento en la primera página de la póliza e incorporación en caracteres destacados. Sin embargo, la regla precedente -tratándose de seguro de salud- debe ser armonizada con el artículo 21 del decreto 806 de 1998, en el sentido de que, tratándose de exclusiones, las mismas deben estar soportadas en preexistencias y detalladas minuciosamente en la respectiva póliza, so pena de que no produzcan efectos jurídicos.

VIOLACIÓN DIRECTA - De las normas que gobiernan el seguro de salud, en particular los artículos 21 del decreto 806 de 1998 y 1056 del Código de Comercio, en concordancia con el 2° del decreto 1222 de 1994. El planteamiento del ad quem transgrede de forma directa el parágrafo del artículo 21, al permitir que se incorporen exclusiones después de celebrado el contrato, a pesar de que no fueran advertidas al momento de su celebración, lo cual se encuentra proscrito expresamente por el legislador.

FUENTE FORMAL - Artículos 1056 del Código de Comercio. Artículos 37 y 41 de la ley 1438 de 2011. Artículo 3° de la ley 1751 de 2015. Artículos 18 a 21, 23 decreto 806 de 1998. Artículo 2° decreto 1222 de 1994. Artículos 1°, 7° ley 57 de 1915. Artículo 8° ley 90 de 1946. Artículos 4°, 137 decreto 1650 de 1977. Artículos 162, 169 ley 100 de 1993. Artículo 2.2.4.1.1. decreto 780 de 2016. Artículo 2° decreto 1222 de 1994. Artículo 336 numeral 1° CGP. Artículos 10, 30 CC. Artículos 88, 262, 280 CGP. Artículos 281, 282 CGP. Artículo 1039 Ccio. Artículo 3° numeral 1° decreto 2649 de 1993

FUENTE JURISPRUDENCIAL - 1) En términos generales, es aquél un negocio bilateral, oneroso, aleatorio y de tracto sucesivo por virtud del cual una empresa autorizada para explotar esta actividad, se obliga a cambio de una prestación pecuniaria cierta que se denomina 'prima', dentro de los límites pactados y ante la ocurrencia de un acontecimiento incierto cuyo riesgo ha sido objeto de cobertura, a indemnizar al 'asegurado' los daños sufridos o, dado el caso, a satisfacer un capital o una renta, según se trate de seguros respecto de intereses sobre cosas sobre derechos o sobre el patrimonio mismo, supuestos estos en que se les llama de 'daños' o de 'indemnización efectiva', o bien de seguros sobre las personas cuya función, como se sabe, es la previsión, la capitalización y el ahorro: SC, 29 en. 1998, exp. n.º 4894. 2) Se remarcan como elementos esenciales del contrato, de acuerdo con el artículo 1045 del estatuto comercial, los siguientes: (I) El interés asegurable «de contenido económico»: SC3893-2020, esto es, «la relación de índole económica que une a una persona consigo misma, o con otro sujeto, o con un bien, o con un derecho específico, que eventualmente puede resultar afectado por variedad de riesgos, todos ellos susceptibles de ser amparados en un contrato de seguro»: SC5327-2018. 3) (II) El riesgo asegurable o «el suceso incierto que no depende exclusivamente de la voluntad del tomador, del asegurado o del beneficiario» (artículo 1054); dicho en otros términos, se trata de «un hecho condicionante, esto es, verdadera circunstancia futura e incierta, por la posibilidad de su ocurrencia al mediar la incertidumbre de que sobrevenga el hecho por obra del azar, del alea, afectando patrimonialmente a un sujeto de derecho, en forma concreta (seguro de daños), o en forma abstracta (seguro de personas)»: SC7814-2016. 4) (III) El precio del seguro, también conocido como prima, el cual se calcula según «bases de sostenibilidad económica que permitan, a más de su rentabilidad, el eventual pago de siniestros futuros a la mutualidad que los trasladó»: SC4527-2020. 5) La Sala tiene decantado que la empresa de seguros «no debe vaciar de contenido ese que asume pues tal postura conllevaría a un remedo de amparo sin traslación efectiva de riesgos, sucesos que originan pérdidas y, en suma, desembolsos económicos»: SC4527-2020. 6) Ante la amplitud de los eventos que son susceptibles de ser amparados, la aseguradora puede especificar «los riesgos cuya cobertura se obligan en virtud de la misma»: SC8435-2014. 7) Refiriéndose al artículo 1056, la Corporación dijo que en la especificación de los riesgos «se reconoce plena autonomía al asegurador, a quien el artículo 1056 ejusdem, norma aplicable a los seguros de daños y de personas, le otorgó la potestad de delimitar espacial, temporal, causal y objetivamente los eventos por cuya ocurrencia se obligaría condicionalmente a indemnizar al beneficiario, pues estatuyó que podía asumir, con las restricciones legales»: SC4527-2020. 8) Estas estipulaciones, conocidas como «cláusulas de exclusión», tienen por finalidad limitar «negativamente el riesgo asegurado», al dejar por fuera de cobertura algunas situaciones que podrían estar allí comprendidas y que, por ende, de acontecer no son indemnizables. De tal manera que su consagración no conduce a la desaparición o alteración del componente económico previsto en favor de los beneficiarios, sino a la imposibilidad de que las reclamaciones por los hechos al margen de la protección tengan éxito»: SC4574-2015. 9) De antaño la Corporación tiene dicho que «el asegurador puede delimitar a su talante el riesgo que asume, sea circunscribiéndolo por circunstancias causales o ciertos efectos que, suponiendo realizado el hecho delimitado como amparo, queden sin embargo excluidas de la protección que promete por el contrato. Son estas las llamadas exclusiones»: SC, 7 oct. 1985, reiterada SC3839-2020. 10) En atención a las consecuencias limitativas de estas estipulaciones, se tiene establecido que sólo tienen eficacia en cuanto tengan «una justificación técnica y no obedezcan al capricho del asegurador (Cfr. SC191-2002 del 30 de septiembre de 2002, rad. n.º 4799, sobre las garantías)»: SC4527-2020; así mismo, «su interpretación es restrictiva, en cuanto se trata de una cláusula de exclusión, vale decir, que relaciona las circunstancias que le permiten exonerarse de la obligación de asumir la indemnización que le corresponde, motivo por el cual, atendiendo los deberes de claridad y precisión que le son exigibles, no le es dado intentar subsumir hechos no previstos puntualmente como tales»: SC, 4 nov. 2009, rad. n.º 1998-4175-01. 11) Los seguros de daños «tienen por objeto la protección del patrimonio del asegurado frente a un perjuicio de orden pecuniario, de ahí que se les reconozca como de mera indemnización»: SC, 21 ag. 1978, GJ CLVIII n.º 2399. Son reales cuando «recaen sobre bienes muebles o inmuebles, determinados o determinables, respecto de los cuales se ampara el riesgo que pone en peligro su integridad material o la de los derechos que se tienen sobre ellas»; son patrimoniales si «protegen la integridad del patrimonio económico contra el detrimento eventual que pueda afectarlo desfavorablemente y que tanto puede originarse en una disminución del activo como en

un aumento del pasivo»: SC5217-2019. 12) Los seguros de personas se caracterizan porque «el asegurado es la persona misma sobre cuya vida, salud e integridad corporal se celebra el contrato de seguro»: SC5681-2018. 13) En conclusión, antes de la celebración de un contrato con una empresa que ofrezca planes adicionales de salud, la compañía contratante, deberá realizarles a los futuros usuarios los exámenes médicos necesarios que determinarán las enfermedades que se considerarán preexistencias y como consecuencia, serán excluidas del contrato. Es obligación de la entidad indicar de manera expresa las enfermedades que no serán cubiertas, de tal manera que el futuro usuario pueda decidir si suscribe o no el contrato: T-430-15 Corte Constitucional. Tesis reiterada en los fallos T-533-96, SU-039-98, T-603-98, SU-1554-00, T-660-06, T-158-10, T-134-11, T-802-13, T-184-14, T-325-14. 14) La Sala «considera a las reglas jurídicas como elementos de un sistema, razón por la que la interpretación de las mismas se orienta hacia su armonización dentro de éste, con el fin de evitar incompatibilidad de unas normas con otras, o que éstas sean contrarias al propio conjunto normativo»: SC, 19 dic. 2012, rad. n.º 2006-00164-01. 15) «el derecho a la salud... reviste la connotación fundamental, en razón [al] artículo 49 de la Constitución», disposición de la cual refulge «una doble connotación: por un lado, se constituye en un derecho fundamental del cual son titulares todas las personas y, por el otro, en un servicio público de carácter esencial cuya prestación se encuentra en cabeza del Estado, y, por ende, de las entidades privadas que éste designa para garantizarlo...»: SC3094-2020. Como «un derecho humano fundamental que debe ser garantizado», sólo se «cumple... si a la persona se le brinda una adecuada prestación del servicio, sin imponerle cargas u obligaciones indebidas o exigirle más de lo requerido por la ley»: SC003-2018. 16) [A]ún en las controversias que sean dirimidas en la jurisdicción ordinaria (por ejemplo, en el marco de un proceso civil) el juez debe darle importancia argumentativa a la naturaleza del derecho a la salud como derecho constitucional, en particular, a su contenido mínimo esencial determinado a través de la jurisprudencia y de los instrumentos internacionales en la materia (bloque de constitucionalidad del derecho a la salud). En contratos donde se involucran derechos constitucionales, la Constitución también tiene fuerza normativa vinculante para las partes. Por tal motivo, dentro de los procesos ordinarios es posible invocar la violación de derechos fundamentales dentro del mismo proceso, dado que la jurisdicción ordinaria también está llamada a la protección de dichos derechos: T-699-04 Corte Constitucional. 17) La jurisprudencia constitucional, fundada en la interpretación contra proferente, aplicable a los contratos de seguro por su naturaleza adhesiva, arribó al mismo colofón: [T]eniendo en cuenta el principio de la buena fe y su carácter restrictivo en los contratos de adhesión, la Corte Constitucional ha precisado que en los contratos de Medicina Prepagada y de Seguros Médicos, al momento de realizar la afiliación o de suscribir el contrato, debe señalarse de manera taxativa y expresa las exclusiones médicas -entiéndase enfermedades o afecciones- respecto de las cuales no se dará cubrimiento alguno. Si esto no ocurre, no es posible que la compañía de medicina prepagada o la aseguradora puedan relevarse de la obligación de autorizar y cubrir los tratamientos o servicios médicos que el beneficiario o asegurador requieran, invocando o valiéndose de cláusulas ambiguas o generales, como por ejemplo aquellas que dicen excluir todas las enfermedades congénitas o todas las preexistencias. Por tratarse de un contrato de adhesión e imperar en ellos la buena fe reforzada, las cláusulas ambiguas y generales deben interpretarse a favor del beneficiario o asegurado y no en su contra: T-152-06 Corte Constitucional. 18) La Sala concluye entonces que las cláusulas que excluyen de un contrato de medicina prepagada, en forma genérica, todas las enfermedades congénitas de un contratante, son inoponibles al contratante cuando su aplicación deviene en la interrupción del servicio y, por ende, en la vulneración del derecho a la continuidad en la asistencia sanitaria y del principio de buena fe: T-699-04 Corte Constitucional. 19) Tales excepciones de cobertura no pueden estar señaladas en forma genérica, como excluir «todas las enfermedades congénitas o todas las preexistencias», pues la compañía de medicina prepagada tiene la obligación de determinar, por medio del examen previo a la suscripción del contrato, «cuáles enfermedades congénitas y cuáles preexistencias no serán atendidas en relación con cada usuario»: T-875-06 Corte Constitucional. 20) Tales excepciones de cobertura no pueden estar señaladas en forma genérica, como excluir «todas las enfermedades congénitas o todas las preexistencias», pues la compañía de medicina prepagada tiene la obligación de determinar, por medio del examen previo a la suscripción del contrato, «cuáles enfermedades congénitas y cuáles preexistencias no serán atendidas en relación con cada usuario»: T-325-14 Corte Constitucional. 21) De allí se extracta que está vedado al ad quem pronunciarse sobre cuestiones no comprendidas en los reparos concretos expresados por el censor contra la sentencia de primera instancia, como sobre aquellos reproches que, pese a haber sido indicados en esa primera etapa del recurso, no fueron sustentados posteriormente en la audiencia del artículo 327 del Código General de Proceso: SC3148-2021. 22) Lo expuesto «salvo las resoluciones accidentales, cuya vida depende o es conexas con otros pronunciamientos. [Esto t]iene lugar cuando la reforma impone 'hacer modificaciones sobre puntos íntimamente relacionados con aquella'. El artículo 357 del Código de Procedimiento Civil, lo consagraba. La prerrogativa también aparece reiterada en el canon 328 del Código General del Proceso»: SC3781-2021. 23) (I) Prescribe el artículo 1072 del Código de Comercio que, una vez se realiza el riesgo asegurado, se configura el siniestro, momento a partir del cual la aseguradora debe «asumir... la contraprestación a su cargo, correlativa al pago de la prima por parte del tomador... o para expresarlo con mayor exactitud, el pago de la prestación asegurada cuya entidad... no es siempre la misma, habida consideración que en tratándose de seguros de daños consiste en resarcir, dentro de los límites pactados, las consecuencias económicas desfavorables o los perjuicios patrimoniales provocados por el siniestro, mientras que en los seguros de personas a los que por su naturaleza les sea extraño el principio indemnizatorio (Arts. 1088 y 1142 del Código de Comercio), dicho objeto lo constituye la suma asegurada»: SC002, 24 en. 1994, exp. n.º 4045. 24) Después de acaecido el siniestro el asegurado, «a más de su noticia oportuna al asegurador y de los deberes de mitigación exigibles, tiene la carga de formular reclamación extrajudicial «aparejada de los comprobantes que, según las condiciones de la correspondiente póliza sean indispensables para acreditar los requisitos del artículo 1077», o sea, el acaecimiento del riesgo y la cuantía de la pérdida (artículo 1053 del Código de Comercio): SC, 27 ag. 2008, rad. n.º 1997-14171-01, SC1916-2018. 25) [E]n lo tocante con su eficacia probatoria, ninguna norma procesal ha exigido la autenticidad, toda vez que «por sus características especiales, han tenido una regulación también particular que, en la legislación permanente, ha consistido en asimilarlos a los testimonios para efecto de su ratificación (o, más bien, su recepción directa), salvo cuando, por acuerdo de las partes se acepta el documento como tal (arts. 277, núm. 2º, y 229 inciso 2º C. de P.C.)» (CCXLIII, págs. 297 y 298). Pero a partir de la vigencia del decreto especial de descongestión antes aludido, «esa ratificación, que en realidad consiste en recibir una declaración testimonial juramentada, fue la que se relegó..., con la sal-

vedad de que debe producirse siempre y cuando la parte contra quien se presenta lo solicite de manera expresa...:SC, 18 Mar. 2002, Rad. 6649, SC5533-2017. 26) Por tal razón, se tiene que, en línea de principio rector, en la acumulación subsidiaria de pretensiones, como la gradación de éstas depende exclusivamente de la voluntad del demandante, “ese orden no puede ser variado por el fallador, pues al hacerlo estaría modificando los extremos de la demanda, lo que no le está permitido. Entonces, el juez solamente puede entrar a estudiar la pretensión subsidiaria, para resolverla, en el único evento en que, previamente, haya desestimado la principal”: GJ. CXLVIII, pág. 37, SC, 24 nov. 2003, exp. n.º 7497.

FUENTE DOCTRINAL - J. Efrén Ossa G., Teoría general del seguro. El contrato. Tomo II, Temis, Bogotá, 1991, pp. 108 y 109. Abel B. Veiga Copo, Concepto y caracteres del contrato de seguro. En Rodrigo Bercovitz Rodríguez (Dir.), Tratado de Contratos, Tomo V, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, p. 5535. Abel B. Veiga Copo, El contrato de seguro: modalidades o tipos de seguro. En Rodrigo Bercovitz Rodríguez (Dir.), op cit., p. 5832. Félix Benito Osmá, El contrato de seguro ante los avances en medicina y tecnología sanitaria. En Revista Ibero-Latinoamericana de Seguros, núm. 43(24), Bogotá, 2015, p. 14. Luis Benítez de Lugo Reymundo, Tratado de seguros, El seguro social, Volumen V, Instituto Editorial Reus, Madrid, 1955, p. 3. Edwin van Gameren, La reforma al seguro en salud en los Países Bajos y su relevancia para México. En Bienestar y Política Social, México, Vol. 7, núm. 1, 2011. Miguel Betancourt Rey, Derecho Privado, Categorías Básicas, Universidad Nacional de Colombia, 1996, p. 449 y 450 Alf Rossa, Sobre el Derecho y la Justicia, Buenos Aires, Eudeba, 1963, p. 124-125. David Martínez Zorrilla, Conflictos normativos. En Enciclopedia de Filosofía y Teoría del Derecho, Vol. 2, UNAM, p. 1313. Rubén S. Stiglitz, Derecho de seguros, Tomo II, 3ª Ed., Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1998, p. 372.

CONTRATO DE SEGURO DE SALUD - La norma en que centra su descontento la censora -artículo 2º del Decreto 1222 de 1994- y se acoge como vulnerada por la decisión, no es aplicable al caso y mucho menos se evidencia un desvío en la interpretación del artículo 1056 del Código de Comercio ni en las demás normas invocadas, puesto que para el juzgador de segundo grado era patente la «exigencia de concretar las enfermedades o anomalías que estaban fuera de cobertura, así como los tratamientos excluidos tocantes a aquéllas», lo que la mayoría de la Sala encuentra desatendido, solo que para el Tribunal la contemplación de «enfermedades, anomalías o malformaciones congénitas» como exclusiones de la póliza de salud es lo suficientemente precisa y concreta como para darle pleno valor, aspecto en el que cualquier desacuerdo encajaría más bien como la incursión en un error de facto. El hecho de que el ad quem hiciera alusión a la dificultad que hubiera existido en la valoración temprana del paciente antes de la suscripción del contrato, para detectar la manifestación de esa índole que llevó a la aseguradora a objetar la reclamación, no es resultado de una deducción sobre la existencia de un elemento condicional ni complementario del último precepto, a tener en consideración en casos similares, sino una explicación innecesaria de que para el efecto, ninguna relevancia hubiera tenido la práctica de una prueba médica al asegurado, ya que lo determinante del asunto era la naturaleza congénita o no de la enfermedad. Las expresiones «enfermedades, anomalías o malformaciones congénitas», si bien comprenden un considerable número de trastornos en la salud de los individuos, no tienen el «grado de abstracción que desatiende el artículo 21 del decreto 806 de 1998», puesto que todas ellas cuentan con un solo elemento determinante como es el de corresponder a algo «congénito». Salvedad de voto Magistrado Octavio Augusto Tejeiro Duque.

ASUNTO - Recurso de casación interpuesto por T.B.G. S.A. (antes Inversiones Tcherassi Barrera & Cía. S. en C.) y Enrique Tcherassi Huyke, frente a la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Barranquilla, Sala Civil Familia, dentro del proceso que promovieron contra Compañía de Seguros Bolívar S.A. Con la póliza contratada por Inversiones Tcherassi Barrera & Cía. S. en C., la aseguradora se obligó a pagar los gastos médicos en que incurrieran los asegurados, incluyendo a Enrique Tcherassi Huyke, hasta por un valor de dos millones de dólares (US\$2.000.000), con un deducible de diez mil dólares (US\$10.000). Al momento de contratación del amparo -26 de marzo de 2003-, Enrique tenía dos años de edad, sin padecimientos, patologías o enfermedades previas, y no se realizaron exámenes médicos de ingreso. Sólo hasta el año 2009 el beneficiario presentó quebrantos de salud, por lo que fue necesario practicarle el cierre de un defecto del tabique auricular, cuyos costos fueron reembolsados por Seguros Bolívar. En el año 2014, al entonces adolescente, le diagnosticaron «escoliosis toracolumbar progresiva», sugiriéndose una intervención correctiva de la curva. La institución Nicklaus Children's Hospital, ubicada en Estados Unidos de América, fue contratada para la cirugía y Olympus Managed Health Care Inc., administrador del Plan de Beneficios, autorizó la cobertura del 100%. El último día laboral previo a la realización de la cirugía, el administrador revocó la autorización, con el argumento de «que el paciente presenta un desorden genético denominado ‘Síndrome de Marfan’ que es una exclusión de la póliza». La fusión de columna toracolumbar con instrumentación y toracoplastia se realizó y fue pagada por los interesados, sin que la aseguradora sufragara sus costos. El a quo negó las pretensiones. El ad quem confirmó la providencia criticada. El recurso de casación se sustentó en dos cargos. Se estudió el primero por estar llamado a prosperar. Acusó la violación directa de los artículos 1056 del Código de Comercio, 37 y 41 de la ley 1438 de 2011, 3º de la ley 1751 de 2015, 18 a 21 del decreto 806 de 1998 y 2º del Decreto 1222 de 1994. La Sala casa la sentencia impugnada y revoca la providencia de primera instancia.

PROCEDENCIA	-	TRIBUNAL	SUPERIOR	DE	BARRANQUILLA,	SALA	CIVIL	FAMILIA
DECISIÓN	-			CASA		y		REVOCA

FUENTE FORMAL: Artículo 2.2.4.1.1. decreto 780 de 2016. / Código de Comercio art. 1056 / Ley 1438 de 2011 art. 37, 41 / Ley 1751 de 2015 art. 3 / Decreto 806 de 1998 art. 18, 19, 20, 21, 23 / Decreto 1222 de 1994 art. 2 / Ley 57 de 1915 art. 1, 7 / Ley 90 de 1946 art. 8 / Decreto 1650 de 1977 art. 4, 137 / Ley 100 de 1993 art. 162, 169 / Decreto 1222 de 1994 art. 2 / Código General del Proceso art. 336 núm. 1 / Código Civil art. 10 / Código Civil art. 30 / Código General del Proceso art. 88 /

Chile

Fallo: 122.142.2020.

Terceir Sala.

MATERIAS:

- DILACIÓN EN PAGO DE LICENCIAS MÉDICAS DE RECURRENTE CONSTITUYE CONDUCTA ILEGAL Y ARBITRARIA DE MUNICIPIO RECURRIDO, Y QUE LESIONA GARANTÍAS CONSTITUCIONALES DE IGUALDAD ANTE LA LEY Y DEL DERECHO DE PROPIEDAD. NORMATIVA APLICABLE A SITUACIÓN DE RECURRENTE CONTEMPLA PAGO DE REMUNERACIONES AUNQUE ESTÉ SUSPENDIDO DE SUS FUNCIONES, DE MANERA QUE TIENE DERECHO A PERCIBIR EQUIVALENTE AL 50% DE ELLAS POR SUS LICENCIAS MÉDICAS.- REPOSO MÉDICO FUE APROBADO POR INSTITUCIÓN DE SALUD PREVISIONAL DE ACTOR, DE MANERA QUE MUNICIPALIDAD RECURRIDA DEBE EFECTUAR PAGO DE LICENCIAS MÉDICAS AUNQUE SE VERIFIQUE SUSPENSIÓN DE FUNCIONES.- SUSPENSIÓN DE CARGO DE RECURRENTE CONSTITUYE UNA MEDIDA PREVENTIVA DISPUESTA PARA UN PROCESO DE REMOCIÓN, DE MANERA QUE SUS CONSECUENCIAS NO PUEDEN RESULTAR MÁS GRAVOSAS QUE MEDIDA QUE EN DEFINITIVA PUEDA ADOPTARSE.- LEGISLACIÓN DISPONE EXPRESAMENTE QUE SUSPENSIÓN POR PROCEDIMIENTO DE REMOCIÓN DE FUNCIONARIO MUNICIPAL ACARREA PAGO DEL 50% DE SUS REMUNERACIONES, CRITERIO LEGISLATIVO QUE DEBE APLICARSE RESPECTO DE LICENCIAS MÉDICAS.- HECHO QUE SE ENCUENTRE PENDIENTE IMPUGNACIÓN DE DECISIÓN QUE DISPUSO REMOCIÓN DE ACTOR EN SU CARGO IMPORTA QUE CONTIÑE SUSPENDIDO DE SUS FUNCIONES, PERO DICHA SUSPENSIÓN NO PUEDE SER ENTENDIDA COMO UNA SANCIÓN SINO COMO UNA MEDIDA PREVENTIVA.-

RECURSOS:

RECURSO DE PROTECCIÓN (ACOGIDO) CONTRA MUNICIPALIDAD DE SAN CARLOS, POR DILACIÓN INJUSTIFICADA EN PAGAR LICENCIAS MÉDICAS DE RECURRENTE.-

TEXTOS

LEGALES:

CONSTITUCIÓN POLÍTICA, ARTÍCULO 19 N°S 2 Y 24, Y ARTÍCULO 20.-
LEY N° 18.695, LEY ORGÁNICA CONSTITUCIONAL DE MUNICIPALIDADES, ARTÍCULO 60 INCISO 12°.-

JURISPRUDENCIA:

"Que, conforme a los hechos establecidos en autos, se colige que si bien el recurrente, a la fecha de inicio del primer reposo médico referido en autos, esto es el 31 de mayo del año pasado, ya se encontraba suspendido de sus funciones, en razón de la sentencia de primera instancia que acoge el requerimiento de remoción de éste, en su calidad de alcalde, también es un antecedente pacífico que dicha sentencia fue impugnada, circunstancia que resulta determinante, en este caso, para señalar que la medida de suspensión dispuesta en el inciso 12 del artículo 60 de la Ley N° 18.695 no es una sanción propiamente tal, sino una medida preventiva, que tiene por objeto mantener apartado al funcionario del ejercicio de su cargo hasta que se determine, por sentencia firme, la concurrencia o no de la grave conducta imputada." (Corte Suprema, considerando 8°).

"Que, en esta línea de razonamiento, al tratarse de una medida preventiva, en el contexto de un procedimiento de remoción, las consecuencias de su aplicación no deben resultar más gravosas que la determinación que se adopte en definitiva, lo que se colige desde que el legislador dispuso, conforme se indica en el considerando séptimo, que el alcance de la misma se limite a una reducción del 50% de las remuneraciones del funcionario." (Corte Suprema, considerando 9°).

"Que, en consecuencia, sin perjuicio que el recurrente se encontraba suspendido preventivamente de sus funciones, desde el 29 de mayo de 2020, se desprende de las normas citadas que éste mantiene el derecho al pago del 50% de sus remuneraciones mientras dure la tramitación de la impugnación de la sentencia definitiva, por lo tanto, encontrándose dispuesto un reposo médico, aprobado por la institución de salud respectiva, durante el aludido período de suspensión de funciones, sólo cabe concluir que éste mantiene el derecho a percibir, por concepto de subsidio laboral por enfermedad el monto equivalente a la remuneración establecida como consecuencia de la suspensión de funciones." (Corte Suprema, considerando 10°).

"Que, en consecuencia, la conducta de la recurrida es ilegal y arbitraria, al desconocer los claros términos en que están redactados los instrumentos que rigen la cuestión y al dilatar la entrega de una respuesta definitiva al recurrente, vulnerando de esta forma la garantía constitucional del numeral 2 y 24 del artículo 19 de la Constitución Política, circunstancias que llevan a acoger la acción constitucional en los términos que se expresarán en lo resolutivo del fallo." (Corte Suprema, considerando 11°).

MINISTROS:

Pronunciado por la Tercera Sala de esta Corte Suprema integrada por los Ministros (as) Sr. Sergio Muñoz G., Sra. Ángela Vivanco M., y Sra. Adelita Ravanales A., y los Abogados Integrantes Sr. Álvaro Quintanilla P., y Sr. Pedro Pierry A.

TEXTOS

COMPLETOS:

SENTENCIA DE LA CORTE DE APELACIONES:

Chillán, veintiuno de septiembre de dos mil veinte.

Visto:

1°.- Que, comparece el abogado Enrique Hernández Núñez, interponiendo recurso de protección en favor de don Hugo Naim Gebrie Asfura, Alcalde de la Municipalidad de San Carlos, en contra de la Municipalidad de San Carlos, representada por el Alcalde Suplente don Pedro María Méndez Sánchez, fundado en que la recurrida ha decidido dilatar indebida e inexplicablemente el pago de las licencias médicas del afectado que Isapre Cruz Blanca aprobó conforme a las normas legales y reglamentarias que rigen la materia, único organismo que junto a Compín, tienen las facultades exclusivas para pronunciarse respecto de una licencia médica, conforme a lo establecido en el artículo 16 del Decreto 3 del Ministerio de Salud que aprueba el Reglamento de Autorización de Licencias Médicas publicado en el Diario Oficial con fecha 28 de mayo de 1984.

Sostiene que la Isapre Cruz Blanca ha enviado a la Municipalidad de San Carlos el dinero para el pago de: 1.- Licencia Médica N° 2-59850851 ingresada con fecha 05 de junio de 2020, cuyo pago se envió el 10 de julio de 2020 a la Municipalidad por una suma de \$1.104.801; 2.- Licencia Médica N° 3-3583220 ingresada con fecha 25 de junio de 2020, cuyo pago se envió el 10 de agosto de 2020 a la Municipalidad por una suma de \$2.209.504. Así, ambas licencias ya han sido pagadas por la Isapre, enviando el dinero para su pago al afectado por medio de su empleador Municipalidad de San Carlos, por un total de \$3.314.305. Además, la licencia médica N° 3-37683698 ingresada el 25 de julio de 2020, con un pago aprobado de \$1.145.591, no pagada a esta fecha pero ya se ha informado al afectado que el pago se realizará a través de su empleadora Municipalidad, lo que conforme a los actos previos de la recurrida, seguirá la misma suerte que las sumas retenidas hasta hoy.

Explica que en diversas fechas y siempre por medio de correo electrónico, envió comunicaciones escritas a la recurrida solicitando la tramitación de las licencias médicas y su pago, siendo el último de 22 de julio pasado, el que no ha sido contestado hasta hoy, no existiendo ninguna explicación acerca de la negativa para el pago al afectado. Posteriormente, su representado tomó conocimiento del Ordinario número 767 sin fecha de emisión que la Municipalidad recurrida dirigió a la Contraloría Regional de Ñuble, en que se consulta la legalidad en el pago de las licencias médicas presentadas, con la clara finalidad de dilatar indebidamente el pago, porque no tiene atribuciones legales para pronunciarse respecto de las licencias médicas del afectado.

Señala que en el caso de los funcionarios municipales, el pago de los subsidios médicos se hace directamente por la Municipalidad recurrida una vez que los dineros son puestos a su disposición para el trabajador por parte de la Isapre, excusándose la Dirección de Administración y Finanzas, encargada del pago, por medio de su Director Alexis Paredes Muñoz, pidiéndole asesoría al Director de Control don Ricardo Parra Ortiz, quien de manera arbitraria e ilegal, emite pronunciamientos que son propios de la Dirección Jurídica, derivando los antecedentes a esta última repartición, la que tampoco resuelve la situación, sino que remite todo al Alcalde Suplente, para que este lo eleve en consulta a la Contraloría Regional de Ñuble. Así, las actuaciones de la recurrida constituyen actos arbitrarios e ilegales que afectan de manera actual los derechos y garantías constitucionales de don Hugo Naim Gebrie Asfura, privándole del derecho a percibir sus subsidios médicos debidamente aprobados y pagados por la Isapre, no existiendo norma legal que permita suspender o interrumpir o dilatar el pago de los subsidios médicos.

Manifiesta que por sentencia de primera instancia dictada por el Tribunal Electoral del Bío Bío con fecha 27 de mayo de 2020 en la causa rol n° 6.802-2018, se acogió el requerimiento de tres concejales de la comuna, ordenando la remoción del alcalde por haberse acreditado catorce de dieciocho cargos imputados al afectado y que queda suspendido de sus funciones en la Municipalidad de San Carlos una vez notificada la sentencia, lo que ocurrió con fecha 17 de junio de 2020, tal como indica el numeral 3 del Ordinario n° 0767, la que fuera apelada y actualmente conocida por el Excmo. Tribunal Calificador de Elecciones en causa rol 136-2020, ingresado en dicha instancia el 27 de julio de 2020.

Sostiene que el error de los directivos de la recurrida radica en que confunden la sentencia de primera instancia, la suspensión de funciones y la notificación de la sentencia, con la remoción definitiva del afectado, quienes se refieren a su respecto como "el ex alcalde" o "el destituido alcalde", y habiéndose ordenado por la Isapre el pago, la actuación de la Municipalidad es arbitraria e ilegal y afecta sus derechos y garantías constitucionales, privándolo del derecho a percibir sus subsidios médicos, vulnerando su garantía a la integridad física y psíquica conforme al artículo 19 n° 1 de la Constitución Política de la República: también la igualdad ante la ley, garantizada en el artículo 19 n° 2 de la Carta Fundamental y, en tercer lugar, se afecta el patrimonio del afectado, protegido en el artículo 19 N° 24.

Indica que el afectado no tenía conocimiento de la aprobación de sus licencias médicas ni de los pagos efectuados a la Municipalidad, sino hasta que logró conseguir clave de acceso para ingresar a la página web de la Isapre el 10 de agosto de 2020, manteniéndose hasta ahora a negativa ilegal y arbitraria de la Municipalidad, por lo que pide que se acoja este recurso de protección y disponga el restablecimiento del imperio del Derecho, ordenando a la Municipalidad de San Carlos pagar las licencias médicas n° 2-59850851 y n° 3-3583220 otorgadas a don Hugo Naim Gebrie Asfura y que Isapre Cruz Blanca ha ordenado pagar, enviando el dinero correspondiente a dicho pago para su entrega, los que alcanzan la suma de \$3.314.305, ordenando además a la Municipalidad recurrida que en lo futuro y siempre que reciba pagos de licencias médicas aprobadas por la Isapre, deberá entregar sin más trámite dichos dineros, con costas del recurso.

2°.- Que informa el Alcalde Suplente de la Municipalidad de San Carlos, don Pedro María Méndez Sánchez, señalando que por Sentencia del Tribunal Electoral de la VIII Región del Biobío, en causa Rol 6.802-2018, de 27 de mayo de 2020, quedó suspendido de su cargo, a la espera que la sentencia de remoción definitiva sea ejecutoriada, notificada a Gebrie Asfura el 29 de mayo pasado y por decreto Exento (SM) N° 216-2666 de 04 de junio de 2020, con fecha 01 de junio y mientras dure la ausencia del Alcalde de la Municipalidad de San Carlos, asume como Alcalde Subrogante el Administrador Municipal, don Mauricio del Rio Armario. Añade que mediante Oficio N° 11.753 de 16 de junio de 2020, del Tribunal Electoral Regional de la VIII Región del Biobío, se pone en conocimiento del Secretario Municipal las sentencias dictadas por el Tribunal Electoral Regional de la VIII Región del Biobío. Por acuerdo N° 577 adoptado en Sesión Extraordinaria del Concejo Municipal de 20 de julio de 2020, asume el Alcalde Suplente.

Indica que el recurrente ha presentado la licencia médica N° 59850851, por 15 días, desde el 31 de mayo, y por tanto hasta el 14 de junio de 2020. El 05 de junio de 2020, la Encargada Sección de Personal de este Municipio, Sra. Paulina Aqueveque informa al abogado Sr. Enrique Hernández, en representación de don Hugo Naim Gebrie Asfura, que la licencia médica N° 59850851 fue tramitada y presentada ante la Isapre Cruz Blanca, el 05 de junio de 2020. Esta licencia fue recibida por el Municipio el 02 de junio de 2020, tramitada y autorizada por la Isapre Cruz Blanca S.A, quienes depositaron el subsidio correspondiente a esta en la cuenta corriente del Municipio, según se acredita mediante correo electrónico de la Encargada Sección Personal-Dirección de Administración y Finanzas. Luego, presentó Licencia Médica electrónica Folio N° 3583222-k, emitida el 12 de junio de 2020, por 30 días, con inicio de reposo el 15 de junio de 2020, y por tanto hasta el 14 de julio de 2020. Dicha licencia no fue tramitada por el Municipio, sin embargo consultada la Isapre respectiva señaló que en sus registros dicha Licencia médica se encuentra autorizada. Por último, presentó licencia médica Folio N° 3768369-8, emitida el 13 de julio de 2020, por 30 días, con inicio de reposo el 15 de julio de 2020, y por tanto hasta el 13 de agosto de 2020. Dicha licencia no ha sido tramitada por el Municipio. Agrega que el abogado de don Hugo Gebrie Asfura ha realizado diversas presentaciones al Municipio y a la fecha existen tres memorandos al respecto: 1.- Director de Control Ord. N° 36 de 16 de junio de 2020; 2.- Dirección de Tránsito N° 029/2020 de 17 de julio de 2020; 3.- Informe Jurídico N° 87/2020 del abogado Sr. Oscar Lizana Ibáñez, concordantes en el sentido de que no procede el pago de las licencias médicas. A raíz de lo anterior, mediante Ord. N° 0767 de 24 de julio 2020 el Alcalde Suplente e Informe de la Dirección Jurídica remitió solicitud de pronunciamiento a la Contraloría General de la República, respecto al procedimiento a seguir en cuanto a la legalidad del pago de las licencias médicas presentadas, encontrándose a la fecha en el ámbito administrativo y dada la situación de Covid-19, en espera de una respuesta al respecto.

Manifiesta que según lo dispuesto en el artículo 60 letra c) de la Ley N° 18.695 Orgánica Constitucional de Municipalidades, en el caso de notable abandono de deberes o contravención grave a las normas sobre probidad administrativa, el alcalde quedará suspendido en el cargo tan pronto le sea notificada la sentencia de primera instancia que acoja el requerimiento, aplicándose lo dispuesto en el inciso tercero del artículo 62, operando esa suspensión desde la notificación al recurrente el 29 de mayo de 2020, no desde que administrativamente se formaliza ello ante el Municipio.

Sostiene que el objetivo principal de una licencia médica es permitir que el funcionario pueda ausentarse de su trabajo o reducir la jornada, a fin de atender al restablecimiento de la salud, conforme a los artículos 110 y siguientes de la ley 18.883, Estatuto Administrativo para funcionarios Municipales, finalidad que no se aprecia en la situación de un alcalde suspendido de funciones, quien se encuentra exento de ejercer el cargo por un acto de autoridad. Así, la licencia médica tiene como finalidad que el funcionario no tenga que concurrir a realizar sus funciones, faltando justificadamente al trabajo y, una vez autorizada, le da derecho a la mantención de la remuneración, siendo su contrapartida, que el empleador que ha debido pagar la remuneración, percibe el reembolso de un subsidio determinado conforme a la normativa del DFL N° 44 de 1978, del Ministerio del Trabajo y Previsión Social y el artículo 12 de la Ley N° 18.196 que dispone que las instituciones públicas tienen derecho a que la Compin competente o las Isapres, según corresponda, le pague una suma equivalente al subsidio que les habría correspondido de haberse encontrado afectos a las normas del DFL N° 44 de 1978 del Ministerio del Trabajo y Previsión Social. A su vez, el artículo 69 de la Ley N° 18.883, dispone que por el tiempo durante el cual no se hubiere efectivamente trabajado, no podrán percibirse remuneraciones, salvo que ello se deba a las causales que indica, esto es: feriados, licencias, permiso postnatal parental, permisos con goce de remuneraciones, previstos en este Estatuto, de suspensión preventiva contemplada en el artículo 134, caso de medida disciplinaria producto de un proceso disciplinario o de caso fortuito o fuerza mayor, por lo que la situación del recurrente no está incluida, como también lo corrobora la jurisprudencia administrativa que cita.

Expresa que no desconoce que por ley, tanto la Compin y las Isapres, son los organismos competentes para rechazar o aprobar las licencias médicas, reducir o ampliar el periodo de reposo y la tramitación y autorización de ellas por enfermedad y, por tanto, las Municipalidades no tienen dichas facultades, así como las Isapres se encuentran obligadas a pagar al trabajador los subsidios estipulados contractualmente, sin embargo, este no es el hecho discutido en el presente recurso, sino que se trata de procedencia del pago por el empleador y en este aspecto, conforme a la jurisprudencia administrativa, concluye que el funcionario, durante el tiempo que se encuentra suspendido de sus funciones por sentencia del Tribunal Electoral Regional del Biobío, está impedido de desempeñar sus funciones, por tanto, no requiere y es inconducente que presente licencias médicas para justificar su ausencia laboral, ya que dicha ausencia es obligatoria, impuesta por un tribunal y tampoco corresponde que perciba reembolso de subsidio por incapacidad laboral, debiendo devolver dicha suma a la Isapre.

Precisa que el órgano fiscalizador de la Municipalidad es la Contraloría General de la República, por lo que, se le pidió se pronuncie respecto a la entrega del subsidio por licencia médica, a fin de no caer en un enriquecimiento sin causa, solicitando en definitiva, el rechazo del presente recurso, con costas.

3°.- Que, para analizar el asunto planteado por la presente vía, resulta conveniente consignar que el recurso de Protección de Garantías Constitucionales establecido en el artículo 20 de la Constitución Política de la República, constituye, jurídicamente, una acción, destinada a amparar el legítimo ejercicio de las garantías y derechos preexistentes que en esa misma disposición se enumeran, mediante la adopción de medidas de resguardo que se deben tomar ante un acto u omisión arbitrario o ilegal que priva, o amenace ese atributo.

4°.- Que, como se desprende de lo señalado precedentemente, es requisito indispensable de la acción de protección, la existencia de un acto u omisión ilegal, esto es, contrario a la ley, o arbitrario, producto del mero capricho de quién incurre en él, y que provoque algunas de las situaciones o efectos que se han indicado, afectando a una o más de las garantías -preexistentes- protegidas, consideración que resulta básica para el examen y la decisión de cualquier recurso como el que se ha interpuesto.

5°.- Que, se denuncia como ilegal y arbitraria la decisión de la Municipalidad de San Carlos, al negarse injustificadamente a pagar el subsidio por las licencias médicas presentadas por el recurrente, las que se encuentran autorizadas y habiéndose remitido la suma correspondiente al municipio, vulnerando con ello la integridad física y psíquica, la igualdad ante la ley y el derecho de propiedad del actor, por lo que pide se ordene el pago reclamado.

6°.- Que, por su parte, la recurrida descarta la ilegalidad y arbitrariedad denunciadas, sosteniendo la regularidad de la actuación de la Municipalidad de San Carlos, pues el recurrente se encuentra actualmente suspendido de sus funciones como Alcalde, atendida la sentencia dictada por el Tribunal Electoral Regional, de modo que no se justifica un subsidio laboral a su respecto, pues ningún trabajo podría desempeñar y debe ser devuelto el dinero a la Isapre respectiva.

7°.- Que, ha sido un hecho no discutido que el Alcalde de la comuna de San Carlos se encuentra suspendido de sus funciones en virtud de la sentencia dictada por el Tribunal Electoral Regional que ordenó su remoción, de acuerdo con lo dispuesto en el inciso 8° del artículo 60 de la Ley N° 18.695, Orgánica de Municipalidades, que, al efecto, prescribe "Con todo, la cesación en el cargo de alcalde, tratándose de las causales contempladas en las letras a), b) y c), operará sólo una vez ejecutoriada la resolución que declare su existencia. Sin perjuicio de ello, en el caso de notable abandono de deberes o contravención grave a las normas sobre probidad administrativa, el alcalde quedará suspendido en el cargo tan pronto le sea notificada la sentencia de primera instancia que acoja el requerimiento. En tal caso se aplicará lo dispuesto en el inciso tercero del artículo 62. En el evento de quedar a firme dicha resolución, el afectado estará

8°.- (eliminado) Que, así las cosas, nos encontramos ante un funcionario público suspendido y la norma que así lo autoriza, no se detiene en regular el destino de las remuneraciones que percibía hasta antes del evento suspensivo. Al respecto, cabe hacer notar que no existe norma legal que establezca, como regla general, que para el funcionario suspendido tenga derecho a percibir emolumentos, sino, que por el contrario, es posible deducir que cuando la ley ha querido que aquellos se paguen, lo ha dicho expresamente, como es el caso del N° 5° del artículo 537 del Código Orgánico de Tribunales, lo que observado en conjunto con lo dispuesto en el inciso primero del artículo 69 de la ley 18.883 Estatuto Administrativo para Funcionarios Municipales, hace pensar que ello no resulta procedente, pues señala: "Por el tiempo durante el cual no se hubiere efectivamente trabajado no podrán percibirse remuneraciones, salvo que se trate de feriados, licencias, permiso postnatal parental o permisos con goce de remuneraciones, previstos en este Estatuto, de suspensión preventiva contemplada en el artículo 134, o de caso fortuito o fuerza mayor. Mensualmente deberá descontarse por los pagadores, a requerimiento escrito del jefe inmediato, el tiempo no trabajado por los empleados, considerando que la remuneración correspondiente a un día, medio día o una hora de trabajo, será el cociente que se obtenga de dividir la remuneración mensual por treinta, sesenta y ciento noventa, respectivamente".

9°.- (eliminado) Que, de esta forma, se constata que no es posible que el alcalde suspendido de sus funciones, esté en posición de percibir sus remuneraciones mientras se encuentra suspendido del desempeño de su cargo, de lo que deviene el obstáculo a que se le cursen licencias médicas que, justamente, están destinadas a subsidiar la incapacidad de ejercer sus labores por enfermedad, concluyéndose, entonces, que ningún acto ilegal o arbitrario se ha cometido por la recurrida al rechazar el pago de los estipendios, debiendo desestimarse, en consecuencia, el arbitrio incoado.

Por estas consideraciones y de conformidad, además, con lo previsto en el artículo 20 de la Constitución Política de la República y Auto Acordado de la Excm. Corte Suprema sobre Tramitación del Recurso de Protección de Garantías Constitucionales, se rechaza, sin costas el interpuesto por el abogado Enrique Hernández Núñez, a favor de don Hugo Naim Gebrie Asfura, en contra de la Municipalidad de San Carlos.

Notifíquese.

En su oportunidad, dese cumplimiento al numeral 14 del Auto Acordado de la Excm. Corte Suprema sobre tramitación y fallo del Recurso de Protección, regístrese y, hecho, archívese. Redacción del Ministro Darío Silva Gundelach. Rol N° 1858-2020.-

Pronunciado por la Primera Sala de la C.A. de Chillan integrada por Ministro Presidente Darío Fernando Silva G. y los Ministros (as) Guillermo Alamiro Arcos S., Claudio Patricio Arias C.

Brasil

ADPF 709 MC-segunda-Ref, Relator(a): ROBERTO BARROSO, Tribunal Pleno, julgado em 02/03/2022, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-056 DIVULG 23-03-2022 PUBLIC 24-03-2022

Direito constitucional e sanitário. Arguição de descumprimento de preceito fundamental. Referendo de medida cautelar incidental. Povos indígenas. Negativa de proteção territorial em terras indígenas não homologadas. Comprometimento de ações de saúde. 1. Pedido de cautelar incidental formulado pela Articulação dos Povos Indígenas do Brasil– APIB, por meio do qual requer a suspensão de atos administrativos praticados pela FUNAI, com o propósito de legitimar a supressão da sua atuação em ações de proteção territorial de terras indígenas não homologadas. 2. Reiteradas tentativas de desprover povos indígenas situados em terras não homologadas de direitos, serviços e políticas públicas essenciais, bem como reiteradas tentativas de esvaziar decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal. Veja-se: (i) o Presidente da República declarou que não demarcará terras indígenas em seu governo; (ii) atos da União buscaram “revisar” demarcações em curso e sustar a prestação de serviços àquelas não concluídas (Parecer nº 001/2017/GAB/CGU/AGU); (iii) decisão judicial suspendeu tal providência, determinando a prestação dos serviços (RE nº 1.017.365, Rel. Min. Edson Fachin); (iv) a despeito disso, a União resistiu à prestação do serviço especial de saúde em terras indígenas não homologadas; (v) nova decisão judicial determinou a prestação do serviço de saúde em tais terras (ADPF MC nº 709, Rel. Min. Luís Roberto Barroso); (vi) na sequência, a FUNAI editou resolução voltada à hetero-identificação de povos indígenas, com base na situação territorial de suas áreas (Resolução FUNAI nº 4/2021); (vii) nova decisão judicial suspendeu a providência (ADPF nº 709, Rel. Min. Luís Roberto Barroso); (ix) não satisfeita, a FUNAI por meio dos atos objeto desta decisão, pretende desprover terras indígenas não homologadas de proteção territorial (Ofício Circular nº 18/2021/CGMT/DPT/FUNAI e Parecer nº 00013/2021/COAF-CONS/PFE-FUNAI/PGF/AGU). 3. Trata-se de tentativa de esvaziamento de medida cautelar ratificada pelo Pleno do Supremo Tribunal Federal, nos autos desta ADPF 709, em que se determinou: (i) a formulação de Plano Geral de Enfrentamento à COVID-19 para Povos Indígenas, (ii) a extensão dos serviços do Subsistema de Atenção à Saúde aos povos indígenas de terras não homologadas e (iii) a criação de barreiras sanitárias em favor de povos indígenas isolados e de recente contato. Esse conjunto de providências judiciais complementares têm por o propósito, entre outros, de conter a circulação de terceiros em área indígena, de modo a evitar o contágio, suprimir invasores e assegurar acesso a políticas públicas de saúde. Nessa linha, a proteção do território e a contenção do trânsito de não indígenas estão diretamente ligados à implementação das cautelares já deferidas. 4. Comunicação às autoridades competentes para cumprimento urgente, sob pena de apuração de crime de desobediência. 5. Voto pela ratificação da cautelar incidental deferida.

