

Mar del Plata 29 de junio de 2015

I.- DESCRIPCIÓN DE LOS HECHOS.

Se inician las presentes mediante la denuncia entablada por A.G respecto del Sanatorio XXX ya que entiende la denunciante que ha sido discriminada por motivo de su aspecto físico.

Al respecto, explica la denunciante, que “el día sábado 15 de noviembre a las 10hs concurrí a la clínica porque no me sentía bien, quería controlar la presión, pago la consulta y cuando me atienden el brazalete era chico, pedí que midieran con brazalete para brazos gordos y me dijeron que no tenían. A lo que pregunto si en toda la clínica no había y me respondieron que no tenían para obesos” (sic)

Asegura que solicitó que le devuelvan el dinero y se retiró sin lograr controlar su presión arterial.

Destaca la denunciante “la actitud y el trato despectivo en que fui tratada hicieron que me retirara del lugar muy ofuscada, además de aumentar mi malestar físico que quedó sin resolver se sumó el malestar moral porque aunque parezca una enfermedad llamada obesidad, sigo siendo un ser humano.” (sic). Por último ofrece testimonial

A fs. 6 obra disposición de esta Dirección General dando cumplimiento a lo dispuesto en el Art. 5° del Decreto 352/07, por la cual se ha dado intervención a la denunciada, fijando fecha de audiencia conciliatoria.

A tal audiencia incomparecen ambas parte, destacándose que la parte denunciada tampoco acompaña descargo requerido sin perjuicio de encontrarse debidamente notificada, tal como surge de la cédula de notificación glosada a fs 8

A fs 10 se dispone intimar a la denunciante para que manifieste su voluntad de continuar o desistir de la denuncia entablada, quien conforme acta de fs 11 expresa su intención de continuar con el trámite de las presentes, motivo por el cual se fija audiencia para recibir a la única testigo propuesta, cuya testimonial obra a fs 12

A fs. 14 se ha dispuesto el pase a dictaminar las presentes actuaciones.

II.- MEDIDA PRELIMINAR

Atento a los hechos descriptos y como primera medida preliminar, debe delimitarse cual será el ámbito de competencia de esta Dirección General para la Promoción y Protección de los Derechos Humanos, con el fin de establecer la existencia o no de un acto o conducta considerados discriminatorios, en los términos de la Ley 23.592 y su modificatoria Ley 24.782; y en su caso, determinar los cursos de acción que corresponden según la Constitución Nacional y los tratados internacionales.

Al respecto, cabe señalar como medida de principal y especial pronunciamiento; que la actividad probatoria brindada en estas actuaciones administrativas, es solamente indicativa a los fines de

circunscribir la situación fáctica y encuadrarla dentro de la legislación mencionada, sin causar estado. Es decir, sin crear, modificar o extinguir derechos, por cuanto la determinación del presunto daño esta reservada sólo al Poder Judicial, agotándose la actividad de esta Dirección, en la producción de un dictamen técnico, emanado de un organismo especializado en la materia.

En tal sentido el presente dictamen, debido al carácter consultivo que detenta esta Dirección General, no reviste el carácter de acto administrativo en tanto no afecta de modo directo o inmediato la esfera de los involucrados. Por tal motivo es que este dictamen no resulta recurrible en los términos previsto en la Ordenanza General 267/80 artículos 86 y siguientes. (Art.15 Decreto 918/15)

III.- ANÁLISIS DEL CASO

En primer lugar es importante expresar el encuadre jurídico que se le imprimirá al presente

En tal sentido se destaca que la Constitución Nacional consagra el principio de igualdad, en sus Art. 16 y 75, inc. 22 y 23, siendo el Art. 75, inc. 22, de dicho cuerpo legal el que otorga jerarquía constitucional a los instrumentos internacionales de derechos humanos allí enumerados, los cuales a su vez consagran el mencionado principio de igualdad y no discriminación en más de una oportunidad, verbigracia la Declaración Universal de Derechos Humanos en su Art. 2º refiere que: "Toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición....."

Por su parte el artículo 1º de la ley 23.592 (B.O 05/09/88) reza: "Quien arbitrariamente impida, obstruya, restrinja o de algún modo menoscabe el pleno ejercicio sobre bases igualitarias de los derechos y garantías fundamentales reconocidos en la Constitución Nacional, será obligado, a pedido del damnificado a dejar sin efecto el acto discriminatorio o cesar en su realización y reparar el daño moral y material ocasionados. A los efectos del presente artículo, se consideran particularmente los actos u omisiones discriminatorios determinados por motivos tales como raza, religión, nacionalidad, ideología, opinión política o gremial, sexo, posición económica, condición social o caracteres físicos."

Profundizando un poco más la postura desde la cual se pensamos la discriminación, el Instituto Nacional Contra la Discriminación, la Xenofobia y el racismo (en adelante INADI) entiende que "se trata del acto de agrupar a los seres humanos según algún criterio elegido e implica una forma de relacionarse socialmente. Concretamente, suele ser usado para hacer diferenciaciones que atentan contra la igualdad, ya que implica un posicionamiento jerarquizado entre grupos sociales, es decir, cuando se erige un grupo con más legitimidad o poder que el resto.

Desde una perspectiva antropológica, la discriminación es un ejercicio cognitivo y social que se centra en una demarcación muy fuerte entre grupos humanos, la cual se carga de juicios de valor, lo que conduce a posicionamientos jerarquizados y de desigualdad.

En este sentido, hay varios procesos que juegan un rol fundamental en la puesta en práctica de la discriminación. El mecanismo principal que respalda este proceso es el denominado etnocentrismo, noción

que articula otros tres conceptos: a) la diferenciación, es decir, la construcción de otredad; b) la carga valorativa puesta sobre dicha construcción, es decir, los prejuicios y c) la fijación social de imágenes de esos Otros, los estereotipos.”

Resulta oportuno tener presente el concepto de estereotipo que, conforme la U.F.A.S.E (Unidad Fiscal de Asistencia en Secuestros Extorsivos y Trata de Personas), “Es toda forma o patrón invariable, una noción fija o convencional sobre una persona, grupo, idea etc., sostenida por un número de personas y que no permite individualidad, ni juicio crítico”.

Como destaca Barrere Unzueta, para que nos encontremos ante una situación de discriminación deben estar presentes dos características: en primer lugar, el carácter grupal de la injusticia (ya que no se trata de que una persona sea tratada de manera desigual o injusta respecto de otra persona que está en su mismo grupo). Es decir, que no son casos individuales, sino que detrás de un caso individual existe una dimensión de injusticia intergrupal. En segundo lugar, aunque muy relacionado con lo anterior, nos enfrentamos ante la circunstancia del diferente estatus o situación de poder social de ese grupo al que pertenece esa persona y por lo cual se la discrimina.

Es importante destacar que en autos no se ha presentado la parte denunciada a efectuar descargo y ofrecer probatoria. Por tanto no ha hecho uso de la oportunidad de articular su defensa tal como la manda constitucional lo confiere.

Así ante la relevancia de los hechos denunciados, la necesidad de flexibilizar el proceso probatorio por entender que resulta especialmente difícil para las personas que han sido objeto de discriminación y el objetivo de la búsqueda de la verdad propio de un ente administrativo, es que esta Dirección ha dispuesto continuar con las actuaciones iniciadas y practicar las diligencias necesarias a fin de determinar la índole del hecho denunciado.

No debemos olvidar que la salud como valor y derecho humano fundamental encuentra reconocimiento y protección en diversos instrumentos internacionales en materia de Derechos Humanos con jerarquía constitucional (arts. 75 inc. 22 CN, arts. 7 y 9 DADDH, arts. 3, 8 y 25 DUDH, art. 12 1-2 del PIDESC, art. 24-1 PIDCP, arts. 4-1, 5-1, 19 y 26 CADH).

En este contexto, surge de la lectura de autos que la denunciante tuvo un conflicto particular al momento de la atención de su salud que bien puede caracterizarse como un hecho incómodo o de conflicto puntual con una empleada sin embargo cabe destacar que las palabras utilizadas por aquella agente de salud no resultan incorrectas, sin perjuicio de que el tono de su voz le haya resultado ofensivo a la denunciante.

En el período probatorio se ha podido acreditar la existencia de tales hechos denunciados Al respecto se destaca la testimonial de S.M obrante a fs 12 quien ha manifestado que *“viene la enfermera le empieza a querer tomar la presión pero el brazalete se abría la enfermera le pidió que se tenga el brazalete con la mano pero se volvió a salir y seguía intentado y le dijo que no que no podía tomarle la presión a lo que la denunciante **le preguntó si en toda la clínica no había un brazalete para brazos gordos a lo que le contestó que no tenían para obesos**”* (sic) .

Ahora bien más allá del hecho particular y de la sensación de menoscabo percibida por A.G surge la necesidad de plantearse **tal como ella lo hizo**, que la clínica denunciada no ha previsto contar para el caso del control de la presión arterial brazaletes de distintos tamaños.

Es importante subrayar, como lo hace el INADI en sus documentos temáticos, que lo que nos preocupa aquí es el intento sistemático de reducir las situaciones que atravesamos como seres humanos – en particular, aquellas situaciones de mayor vulnerabilidad a respuestas que no contemplan la integralidad de nuestro ser ni respetan nuestra singularidad en el marco de la comunidad de la que formamos parte.

Entonces se visibiliza a través de la denuncia entablada en esta dirección general que el sanatorio XXX (XXX S.A) no contempla la diversidad de masa corporal que puedan tener los/as usuarias del servicio de salud para el acceso a un control preventivo como lo es la presión arterial. Excluyendo de esa manera la posibilidad de que cualquier persona (cualquiera sea su contextura física) sea atendida cuando concurre a realizar un control de su presión arterial.

Resulta importante pensar el acceso a la salud (en todas sus instancias) desde una perspectiva de derechos humanos, con el fin de **propiciar la reflexión sobre nuestras representaciones y prácticas**, y contribuir a la implementación de políticas públicas tendientes a garantizar la igualdad y la no discriminación de todas y todos. Desde esta perspectiva, se propone visualizar la tensión entre dos modelos teórico-prácticos de abordaje de la salud-enfermedad: uno es el modelo centrado en la biomedicina y el otro es el modelo de los determinantes sociales de la salud, los cuales se corresponden con dos maneras de pensar y vivir en sociedad desde un punto de vista ético y político. (INADI. Derecho a la Salud sin Discriminación Primera edición – Buenos Aires, 2012).

Continuando con los lineamientos del citado organismo nacional, cabe destacar que el modelo biomédico se considera hegemónico en tanto ha relegado otros saberes y formas de cuidado de la salud que las personas y grupos sociales con sus respectivas culturas han desarrollado a lo largo de la historia. Conforme dicho modelo los parámetros de normalidad/anormalidad, salud/enfermedad, productividad, capacidad / incapacidad se naturalizan y por ende tienden a la cosificación de los sujetos que pasan a ser objeto de un saber- poder cientificista. Tales clasificaciones binarias de procesos complejos son funcionales a la discriminación y estigmatización de las personas y colectivos sociales (Goffman 2003).

Recordemos que el estigma es un rasgo de connotaciones sociales negativas, no por tratarse de características despreciables en sí mismas, sino por consumir significaciones que han ido elaborando los sujetos sociales. Se basa en atributos que desacreditan a sus portadores, justificándose un trato diferencial para con ellos. (Goffman, 1970).

Conforme el ya citado autor Goffman, la sociedad establece los medios para categorizar a las personas. Y que lo hace mediante la estigmatización, proceso que refiere a la posesión de una característica profundamente desacreditadora. Ahora bien, quedarse sólo con la idea de atributo o característica diferente no aporta nada más que eso: la presencia de la diferencia. Y lo que se está marcando en realidad no es la presencia de algo distinto, sino la existencia de una relación profundamente desigual, con la

doble función de estigmatizar a uno, a la vez que confirmar la "normalidad" del que estigmatiza.

Por su parte el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas, que supervisa el cumplimiento del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, adoptó en 2000 una Observación general sobre el derecho a la salud. En dicha Observación general se afirma que el derecho a la salud no sólo abarca la atención de salud oportuna, sino también los **factores determinantes de la salud**. Conforme dicha postura, el derecho a la salud abarca cuatro elementos: 1. Disponibilidad. 2. Accesibilidad. (no discriminación; accesibilidad física; accesibilidad económica; asequibilidad; acceso a la información) .3 .Aceptabilidad. 4. Calidad.

Tales premisas se relacionan con la perspectiva desarrollada por el denominado modelo de los determinantes sociales, producto de diversas y múltiples luchas sociales y políticas, con base en la autogestión y el reconocimiento de la dignidad inherente. Dicho modelo plantea el tema salud-enfermedad en términos de multiplicidad y complejidad incluyendo lo biológico, lo psicológico y jerarquizando lo social como determinante de cómo nacemos, vivimos, enfermamos o morimos según las condiciones materiales de vida, los procesos de trabajo, las relaciones de género, entre otras determinaciones.

Dicho escenario de tensión entre ambos modelos (el biomédico y el de los determinantes sociales) hace que se presenten diferentes situaciones de discriminación en cuanto al ámbito de la salud por ejemplo: 1) la discriminación de personas en el acceso al cuidado integral de la salud por su pertenencia a determinados colectivos. 2) Los procesos de salud enfermedad atención/cuidado como una de las formas de producir otras formas de discriminación, a partir de procesos de estigmatización de las personas o colectivos sociales. **3) La situación de los/as trabajadoras al interior mismo de las instituciones, planes y programas de salud. 4) La discriminación de personas y grupos en situación de vulnerabilidad que presentan una enfermedad o padecimiento específico o situación de discapacidad., entre las cuales se destacan las personas con problemas de sobrepeso-obesidad, personas con diversidad funcional, personas con VIH, entre otras.**

Vemos entonces que, mediante el referido modelo, se introduce la perspectiva de derechos humanos dentro del ámbito de la salud, lo cual implica el respeto por la dignidad inherente de todas las personas (sin discriminación). Tal mirada hace que ya no se entienda a la persona como un objeto de protección (como sucede en el modelo biomédico) sino como sujetos de derecho y por lo tanto titular de derechos cuya protección debe articularse en todas las instancias.

Vale decir, entorno al caso en análisis, que el sanatorio Belgrano excluye ciertamente a todo un sector de personas con una talla corporal diversa de la media generalizada. Esta situación es posible, ya que en las representaciones de cuál es la población destinataria de estos servicios primarios de salud, no se visibiliza que dichas personas representen un sujeto de derecho susceptible de utilizar el servicio de salud de control de presión arterial. Con lo cual se ven excluidos de atenderse, en ese caso, en igualdad de condiciones con los demás. Se produce entonces una suerte de discriminación indirecta ya que la atención de la salud no le es negada de forma expresa pero

si se concreta indirectamente por la imposibilidad material de llevar adelante la práctica. Se advierte además por un lado, que en ningún caso podría justificarse la restricción a un servicio de salud en motivos económicos y por otro en el caso concreto que no sería posible justificar la carencia de un brazalete de mayor tamaño no requiere un desembolso significativo

Al respecto es importante recordar que, muchas veces, la discriminación resulta de la vigencia de reglas o prácticas que en apariencia son neutrales pero cuyos efectos excluyen o lesionan los derechos fundamentales de las personas.

Por último es menester aclarar que en la materia bajo análisis rige el principio de inversión de la carga probatoria, conforme el cual es la denunciada quien tiene la carga de probar la inexistencia de la materialidad del acto discriminatorio, o en su defecto ocurrido el hecho, que el mismo se ha llevado a cabo con un motivo suficientemente justificado, eliminando el tinte de arbitrariedad solicitado por la propia ley, así como por la doctrina y jurisprudencia a fin de la configuración del acto discriminatorio. Cuestión que en la presente denuncia no se ha logrado probar por no haberse presentado la denunciada.

Nótese que la importancia de esta determinación trasciende el caso concreto y tiende a la toma de conciencia acerca de la aceptación de la diversidad humana y el respeto por la dignidad, atributo que corresponde a todas las personas.

IV.- EVALUACION DEL CASO

Es por todo lo expuesto precedentemente que el hecho en análisis denunciado, se encuadra en los términos del artículo 1° de la Ley 23592;

Atento los fundamentos antes expuestos, se recuerda a las partes que el procedimiento instado culmina con el presente dictamen, sin que puedan intentarse contra el mismo recurso administrativo de ninguna índole.

nlr