

La emergencia de salud pública internacional derivada del Coronavirus (CoViD-19) y las reacciones normativa y fáctica brasileñas: un panorama a partir de la ley 13.979/2020

Thomaz Fiterman Tedesco

Defensor Público del Estado de São Paulo. Magister en Derecho Constitucional, Pontificia Universidade Católica de São Paulo. Doctorando en Derecho Constitucional por la misma institución.

Mail: tftssa@gmail.com.

Roberto Dias

Abogado, Doctor en Derecho Constitucional, Pontificia Universidade Católica de São Paulo, Profesor de Derecho Constitucional en la Facultad de Derecho de la PUC-SP y del curso de Administración Pública de la Fundação Getulio Vargas (FGV EAESP).

Mail: rdiasdasilva@pucsp.br.

1. Introducción

La crisis epidemiológica mundial derivada del avance del CoViD-19 ha obligado a Brasil, una vez más, a encarar la discusión sobre medidas legislativas necesarias para enfrentar las emergencias de salud pública.

No es la primera vez que la atención del Congreso Nacional ha sido capturada por una grave crisis de salud. Romero y Delduque, analizando las respuestas del Congreso Nacional brasileño a cuatro emergencias de salud pública en la historia reciente, detectan un modelo de comportamiento poco eficiente¹.

En las pandemias de cólera entre los años 1991-2005; de gripe aviar (H5N1) entre los años 1999-2006; de SARS entre los años 2003-2005 y

de gripe porcina (H1N1) entre los años 2009-2010 –el Parlamento federal reaccionó en los momentos iniciales y de más gravedad, pero se limitó a los pronunciamientos parlamentares y a la fiscalización por medio de pedidos de información, convocatoria a las autoridades del Poder Ejecutivo para presentar las acciones tomadas y audiencias públicas.

La producción normativa en todos estos episodios, a su vez, ha sido insatisfactoria según la visión de dichos autores². Tan sólo en un momento se presentó una propuesta legislativa para atribuir competencia a los agentes públicos de salud, a los efectos de imponer ciertas limitaciones de derechos individuales con miras a la contención de epidemias, como la cuarentena y el aislamiento, la cual, sin embargo, terminó siendo archivada sin haber sido siquiera discutida en la primera Comisión congresual.

Bien diferente ha sido la reacción a la emergencia deflagrada por el CoViD-19. Llama la atención el ritmo acelerado del proceso legislativo de la Ley n. 13.979/2020: la Presidencia de la República remitió a la Cámara de los Diputados el Proyecto de Ley n. 23/2020 el día 04 de febrero, siendo aprobado en Plenario en la misma fecha; al día siguiente fue encaminado al Senado Federal e igualmente aprobado de inmediato. Finalmente, fue encaminado de vuelta a la Presidencia de la República el día 06 de febrero de 2020, siendo inmediatamente sancionado. Se recorrió en dos días, por tanto, todo el rito procedimental de creación normativa – que es bastante exigente, pues involucra la aprobación por dos casas legislativas y la sanción por el Jefe del Poder Ejecutivo.

Se puede atribuir la rapidez inusitada a la presencia de cerca de cuarenta brasileños en la

¹ L.C.P. ROMERO, M.C. DELDUQUE, *O Congresso Nacional e as emergências de saúde pública*, in *Saúde Soc. São Paulo*, 26, 1, 2017, 240-255.

² *Ivi*, 251.

ciudad de Wuhan, en China, cuya libertad de circulación fue restringida ante la orden de cuarentena en la región por el gobierno chino. La repatriación, deseada por muchos de ellos, ha planteado la discusión acerca de la posibilidad jurídica de que se imponga cuarentena, en Brasil, en el caso de que dichos brasileños regresen al suelo nacional³.

2. Principales medidas sanitarias de contención en la Ley n. 13.979/2020 y las salvaguardias de los derechos fundamentales involucrados

Aprobada la Ley n. 13.979/2020, queda superada la discusión sobre la existencia de permiso legal al poder público para disponer gravosas medidas sanitarias de contención. Se ha previsto, entre otras medidas, el aislamiento, la cuarentena y la realización forzosa de exámenes médicos, de pruebas de laboratorio, de toma y colecta de muestras clínicas, de vacunación y de tratamientos médicos, así como la restricción excepcional y temporal de entrada y salida del país (artículo 3).

Corresponde al Ministro de Salud, autoridad federal máxima en el sistema sanitario, la competencia reglamentaria para definir los plazos y condiciones de la cuarentena y del aislamiento (artículo 3, § 5, inciso I) y podrá determinarlas a su albedrío o autorizar a los gestores locales de salud a adoptar dichas medidas (artículo 3, § 7, incisos I e II). La disposición de ejecución forzosa de exámenes, pruebas, análisis clínicos, vacunación y tratamientos médicos tanto puede emanar del

Ministerio de Salud como de los gestores locales (artículo 3, § 7, incisos I e III).

Es evidente que medidas de tal índole no se pueden tomar con liviandad. La ley, por este motivo, se ha preocupado de crear ciertas salvaguardias, buscando el equilibrio entre dos principios, las demandas de salud pública y los derechos fundamentales de los pacientes⁴. Una de ellas es la limitación del período máximo de permanencia de la situación de emergencia (durante la cual es posible aplicar las medidas sanitarias) al período declarado por la Organización Mundial de la Salud (artículo 1, § 3), y no se puede nacionalmente, por consiguiente, prorrogar el tiempo de la declaración más allá de ese marco (y por ello, también, la ley tiene vigencia sólo mientras perdura el estado de emergencia internacional por el coronavirus, conforme a lo previsto en el artículo 8).

Asimismo, el § 1 del artículo 3 prevé que las severas medidas deben basarse en evidencias científicas y en análisis sobre la información estratégica relativa a la salud, debiendo ser «limitadas en el tiempo y en el espacio al mínimo indispensable para la promoción y la preservación de la salud pública». El poder público deberá, por consiguiente, demostrar la información científica que posee y explicar por qué motivo la extensión de la medida sanitaria de modo específico – las regiones afectadas y durante cuánto tiempo – es necesaria.

Se trata de la inscripción explícita de la técnica del examen de proporcionalidad en la ley, dejando abierto el camino para que los tribunales puedan cobrar la demostración de la adecuación, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto de cada una de las medidas,

³ R. DELLA COLETTA, *Bolsonaro sanciona ley que establece reglas da cuarentena del coronavirus*, in *Folha de S.Paulo*, 06 de feb. de 2020. Disponible en <https://www1.folha.uol.com.br/equilibriosaude/2020/02/bolsonaro-sanciona-lei-que-estabelece-regras-da-quarentena-do-coronavirus.shtml> (acceso en: 07. mar. 2020).

⁴ R. ALEXY, *Teoria dos direitos fundamentais*, 2 ed. 5 tir., São Paulo, 2017, 114-116.

que habrá de concretizarse por actos administrativos del poder público.

Además, el § 2 del artículo 3 enumera los derechos de las personas afectadas por las medidas sanitarias: a la información (inciso I); a la gratuidad de tratamiento médico (inciso II); al respeto pleno a la dignidad y a los derechos humanos (inciso III); y de que se considere justificada su falta a la actividad laboral privada o al servicio público en el supuesto de ser alcanzada por alguna de las medidas contempladas en la ley (§ 3 del artículo).

La cuestión que se impone es saber si dichas salvaguardias son suficientes. Algunas de las disposiciones en nada innovan el ordenamiento jurídico y ni siquiera precisarían mención expresa. Es el caso del derecho previsto en el inciso II – a la gratuidad de tratamiento. La Constitución Federal ya garantiza el acceso universal y gratuito al Sistema Único de Salud (artículo 196), estableciendo la integralidad de la asistencia (artículo 198, inciso II). Y define previamente la forma de financiación del Sistema mediante la vinculación de ingresos presupuestarios y la exigencia de porcentajes mínimos de inversiones por cada ente federado (artículo 198, §§ 2 y 3).

De la misma manera, la garantía del inciso III, de «pleno respeto a la dignidad, a los derechos humanos y a las libertades fundamentales de las personas, según preconiza el artículo 3º del Reglamento Sanitario Internacional», tan sólo repite el tenor del Reglamento citado, que fue incorporado al ordenamiento nacional por medio del Decreto n. 10.212/2020, siendo inútil, por tanto, la previsión legal. El Reglamento Sanitario Internacional tiene elevado grado de abstracción porque busca regir a los más diversos y variados países; la idea es que los países, en sus leyes nacionales, detallen y expliquen cómo varias de las

disposiciones genéricas del reglamento se habrán de aplicar en su territorio. Así, se ha perdido la oportunidad de definir, en la ley, de modo más minucioso, los derechos fundamentales de los pacientes y personas afectadas, y la Norma “Portaria n. 356”, del Ministerio de Salud, que reglamentó y buscó darle operatividad a lo que dispone la Ley n. 13.939/2020, ha seguido la misma línea.

La falta justificada a la actividad laboral formal, pública o privada, a su vez, fue poco ambiciosa, dejando al desabrigo un gran contingente de trabajadores precarizados – como en el caso de aquellos que trabajan vinculados a los aplicativos de entregas de encomiendas o alimentos. Estos, si acaso fueran afectados por medidas sanitarias restrictivas de desplazamiento, perderán gran parte de sus rendimientos, y a su respecto la ley podría haber avanzado y previsto medidas de asistencia social temporales. De todas maneras, se sancionó, posteriormente la Ley n. 13.982, de 2 de abril de 2020, con el propósito de minimizar el problema y establecer un auxilio social temporal⁵.

⁵ Dicha ley determina el pago, durante el período de 3 (tres) meses, a partir de abril de 2020, de un auxilio económico de emergencia de R\$ 600,00 – equivalente a € 103,98, calculado al tipo de cambio del 21 de abril de 2020 – debiendo cumplirse, cumulativamente, los siguientes requisitos: a) ser mayor de 18 años de edad; b) no tener empleo formal activo; c) no ser titular de beneficio previsional o asistencial o de seguro de desempleo o de programa de transferencia de renta federal; d) tener una renta familiar mensual *per capita* de hasta medio salario mínimo (el salario mínimo, actualmente, es de R\$ 1.039, o sea, equivalente a € 180,07); e) no haber percibido, en el año 2018, rendimientos tributables superiores a R\$ 28.559,70 (€ 4.949,69); f) ejercer actividad en calidad de micro-empresario individual, contribuyente individual del Régimen General de Previsión Social o trabajador informal.

Ya la disposición expresa del derecho a la información sobre su estado de salud y asistencia (inciso I) es positiva, pero el reglamento presentado por el Ministro de Salud nada ha avanzado (artículo 7). La *Portaria* n. 356, del 11 de marzo de 2020, no obstante debiera, de conformidad con la ley, reglamentar el derecho a la información, se limitó a contemplar la necesidad de un acta de consentimiento informado en relación con las medidas de aislamiento (art. 3, § 4), y nada dispone con respecto a las demás medidas sanitarias de emergencia. La propia idea de un acta de consentimiento en una medida de ejecución forzosa ya denota cierta confusión normativa, pues sería más adecuado regular detalladamente un robusto derecho a la información como salvaguardia de la falta de asentimiento.

Constituye la información, de todos modos, garantía mínima del derecho a la salud, conforme a lo previsto en el Comentario General n. 14 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU, en su párrafo 12, al disponer sobre la accesibilidad y confidencialidad (externa) cuanto a la información sobre el estado de salud (ONU, 2000)⁶. También el Código de Ética Médica brasileño, en el art. 34, establece que es un derecho del paciente recibir toda información sobre el diagnóstico, el pronóstico, los riesgos y los objetivos del tratamiento. En el Estado de São Paulo, específicamente, el Código de Salud del Estado (Ley Complementar 791/1995), garantiza al paciente el derecho a «ser

⁶ ONU, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Comentario General n. 14, *El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud* (artículo 12 del Pacto Internacional de derechos sociales, económicos e culturales). E/C. 12/2000/4, 11 de agosto de 2000.

informado sobre su estado de salud, las alternativas de tratamiento posibles y la evolución probable del cuadro nosológico, y cuando sea el caso, sobre situaciones atinentes a la salud colectiva y formas de prevención de enfermedades y agravios a la salud» (art. 3, inciso IV, letra “d”).

Las medidas de aislamiento y cuarentena, previstas de modo abstracto en la ley, deben ser aplicadas a la luz del artículo 3, § 1, cuando define la necesidad de proporcionalidad. Si medidas menos graves atienden al mismo fin, no hay razón para restringir de forma tan incisiva la libertad de locomoción. La Corte Europea de Derechos Humanos ya ha tenido la oportunidad de evaluar una situación semejante, en el caso *Enhorn vs Suecia*.

Entre 1995 y 2001, se mantuvo a un paciente con HIV en aislamiento forzoso por varios períodos, totalizando un año y medio de restricción de libertad, so pretexto de impedir contaminaciones adicionales del virus, considerando la postura poco colaborativa del paciente. A pesar de la autorización formal contemplada en el artículo 5 (1), letra “e”, de la Convención Europea de Derechos Humanos y previsión legal permisiva sueca, la Corte entendió que el país no demostró la necesidad de la medida, o sea, por qué razones restricciones menos severas no habrían de servir al mismo fin⁷, configurándose, así, violación del derecho a la libertad del peticionario.

Aunque dicha Corte no tenga jurisdicción vinculante cuanto a los países de las Américas, el estudio de sus casos es relevante también en la región, pues la Corte Interamericana de Derechos Humanos suele usar la jurisprudencia

⁷ CEDH. *Caso Enhorn v. Suécia. Petição* n. 56529/00. Segunda Seção. Mérito e justa reparação. Relatório de julgamentos e decisões 2005-I. Juzgado el 25 de enero de 2005, § 55.

regional europea como material en sus propias decisiones, mayormente en asuntos “nuevos”, como temas bioéticos, en que hay “europeización” de su propia jurisprudencia⁸.

Con respecto al derecho a la información, inclusive, la Corte Interamericana es enfática, extrayéndolo, entre otros, del propio artículo 13 de la Convención Americana de Derechos Humanos, que trata de la libertad de pensamiento y de expresión. Según la decisión *I.V. vs Bolivia*, en que la Corte Interamericana se basa en varios precedentes de la Corte Europea, quedó claro que el consentimiento para cualquier tipo de intervención médica es un derecho humano de la más elevada estatura, y debe ser previo, libre, pleno e informado⁹.

Si la regla es el libre consentimiento informado del paciente para realización de cualquier procedimiento médico¹⁰, retirar el consentimiento, por tanto, es la excepción. Y es bajo este enfoque que se han de leer las medidas forzosas de exámenes médicos, de análisis de laboratorio, de colecta de muestras clínicas, de vacunación y de tratamientos médicos. Sin embargo, el reglamento de la ley nacional editado por el Ministro de Salud ha eximido incluso la indicación médica como requisito para la colecta de muestras clínicas (artículo 6, párrafo único de la *Portaria*), bastando, por tanto, la orden administrativa.

El Supremo Tribunal Federal ya ha tenido la oportunidad de enfrentar la discusión sobre la

obligatoriedad de procedimientos médicos invasivos. En el *habeas corpus* n. 71.373¹¹, juzgado en 1994, se discutió la constitucionalidad del examen forzoso de DNA para producir prueba en una acción civil de investigación de paternidad.

A pesar de la envergadura constitucional de los derechos del niño y el adolescente (art. 227, que define que los derechos de esta población disponen de absoluta prioridad), así como de la positivación del derecho al conocimiento del origen biológico (art. 48 de la Ley n. 8.069/1990), la mayoría del Supremo entiende que prevalece el derecho a la integridad personal y a la intimidad (artículo 5, inciso X, de la Constitución). Aun así, se impuso al padre que se niega a hacer el examen de DNA la carga de probar que no es el progenitor del niño. En otras palabras, hay presunción de paternidad de la persona que se niega a hacer el examen de DNA. Es de notar, sin embargo, que algunos Ministros – incluso el Juez Relator en la decisión –, en *obiter dicta*, mencionaron que, si el caso involucrase vacunación forzosa, la solución debería ser otra, pues los intereses en colisión serían diversos, dejando entrever su entendimiento de que, dependiendo de las circunstancias, la medida sería constitucional.

El reglamento de la ley, por tanto, debería haber sido formulado teniendo en cuenta la necesidad de explicar en qué supuestos las severas medidas – que afectan los derechos a la autodeterminación, a la intimidad, a la libre circulación y a la integridad física, todos contemplados en la Constitución brasileña – serían proporcionalmente aplicadas, y

⁸ F. PIOVESAN, *Direitos humanos e justiça internacional: um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano*, 7 ed., São Paulo, 2017, 225-235.

⁹ Corte IDH. *Caso I.V. v. Bolivia*. Exceções preliminares, mérito, reparações e custas, 30 nov., serie C, n. 329, 2016, §§ 148-201.

¹⁰ J.I. ACOSTA, *Vaccines, Informed Consent, Effective Remedy and Integral Reparation: an International Human Rights Perspective*, 131 *Vniversitas*, 2015, 19-64, <http://dx.doi.org/10.11144/Javeriana.vj131.vier>.

¹¹ Supremo Tribunal Federal. Hc 71373, Juez Relator Min. Francisco Rezek, Relator(a) p/ Acórdão: Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, juzgado el 10/11/1994, DJ 22-11-1996 PP-45686 Ement VOL-01851-02 PP-00397.

principalmente, cuáles sus formas de su ejecución. Descartar la necesidad del libre consentimiento informado exige carga argumentativa y probatoria elevada, so pena de responsabilidad de las autoridades tanto frente al Poder Judicial nacional, como frente al Sistema Interamericano de Derechos Humanos.

3. La ley en el mundo fáctico: últimos desdoblamientos de la pandemia y el conflicto federativo derivado de las medidas sanitarias aplicadas

El 17 de marzo de 2020, el Ministerio de Justicia y el Ministerio de Salud editaron la norma ministerial *Portaria* n. 5 regulando la internación forzosa de personas que se nieguen a cumplir las medidas de emergencia establecidas en la Ley 13.979, acarreado al infractor responsabilidad civil, administrativa y penal. La norma también faculta a la autoridad policial, sin mediar orden judicial, conducir a la persona a su residencia o establecimiento hospitalario para que cumpla las medidas de aislamiento o cuarentena.

Enseguida, el 20 de marzo, el Congreso Nacional reconoció, por medio del Decreto Legislativo nº 6/2020, el estado de calamidad pública, lo que permite que el Ejecutivo, a efectos de costear las acciones de combate a la pandemia de CoViD-19, pueda incurrir en más gastos, sin atenerse a las metas fiscales que habían sido predeterminadas

A pesar del rápido avance de la enfermedad en el mundo como un todo y en Brasil en particular – el 07 de marzo había 19 casos de contaminación y ninguna muerte, y el 21 de abril ya había 43.079 infectados y 2.741 muertos en el país –, el Presidente da República demuestra cierto desprecio por la pandemia, llamándola “fantasía”, “histeria” y “gripecita”, además de, siguiendo una línea contraria a lo

que determina la legislación producto de su propia iniciativa, instar a la población y a los poderes del Estado a acabar con el aislamiento social.

Por ese motivo, y por entender que la reacción del gobierno federal de combate a la pandemia, además de contradictoria, ha sido tímida, parte de los Gobernadores de Estado pasaron a adoptar medidas más drásticas.

Por ejemplo, el Gobernador do Estado de São Paulo – el Estado más populoso de la Federación – determinó prohibir la realización los eventos públicos y las clases en las escuelas públicas del estado (Decreto 64.862, de 13 de marzo), así como el cierre, hasta el 30 de abril de 2020, de shopping centers, galerías y academias de gimnasia (Decreto 64.685, de 18 de marzo). Y el 20 de marzo de 2020, por medio del Decreto 64.879, reconoce el estado de calamidad pública en el Estado y suspendió hasta el 05 de mayo todas las actividades de carácter no esencial, incluso el cierre de los parques del estado. Y el 17 de abril prorrogó el período de cuarentena en el Estado hasta el 10 de mayo.

En Rio de Janeiro, el Gobernador del Estado editó, el 13 de marzo, el Decreto 46.970, que suspende las clases en escuelas públicas y particulares, como asimismo eventos deportivos, shows y ferias, eventos científicos, comicios y paseatas. Suspende también, el funcionamiento de cines y teatros, así como las visitas a pacientes diagnosticados con CoViD-19 y a unidades carcelarias del Estado. El día 19 de marzo, por medio del Decreto 46.980, fue más allá, al prohibir a las personas frecuentar playas, lagunas, ríos, piscinas públicas y puntos turísticos de la ciudad de Rio de Janeiro, como el *Pão de Açúcar* y el *Corcovado*. Y a pesar de que la Constitución Federal, en su art. 21, establece que es competencia privativa de la

Unión legislar sobre transporte, el Gobernador decretó el cierre de las fronteras del Estado, restringiendo el ingreso por carreteras, puertos y aeropuertos.

El conflicto de competencia entre los Estados y la Unión – y el fuerte embate político entre los jefes del Poder Ejecutivo federal y estatales – ha llevado al Presidente de la República a editar, el 20 de marzo, la Medida Provisional 926. Por este acto normativo buscó, entre otras cosas, darle al Ejecutivo Federal la facultad exclusiva de definir cuáles serían los servicios y actividades esenciales que no podrían ser regulados (incluso su cierre) por los Estados y municipios.

Sin embargo, el Supremo Tribunal Federal, instado a manifestarse con urgencia en la Acción Directa de Inconstitucionalidad ADI 6341, entendió que la medida, en este punto, ofendía al modelo federal brasileño, que establece como competencia común de todos los entes federados, la regulación de temas de salud pública (art. 23, II, de la Constitución). La acción aún está pendiente de juzgamiento, habiendo sido apreciada solo en sede preliminar.

De la misma forma, en el Argumento de Incumplimiento de Precepto Fundamental (ADPF) 672, el ministro del Supremo Alexandre de Moraes acogió el pedido de medida cautelar (que está esperando apreciación por el Plenario) en disfavor del Poder Ejecutivo Federal. En esta acción constitucional, el peticionario, Consejo Federal de la Orden de Abogados do Brasil, apunta que el Presidente de la República ha actuado, de forma pública y ostensiva, contra las medidas de aislamiento social, amenazando, incluso, valerse de sus poderes normativos y administrativos para superar medidas de los entes sub-nacionales. El ministro relator entendió que existe riesgo de

conflicto federativo a partir de lo expuesto, pues el Presidente se manifiesta en todo momento de modo contrario a las medidas de aislamiento adoptadas por los Gobernadores e Intendentes, y reiteró que los Estados y municipios pueden adoptar o mantener las medidas restrictivas legalmente permitidas durante la pandemia, sin que se pueda emitir actos federales en sentido contrario mientras esté pendiente la acción cautelar.

Se observa que la disputa política entre el Presidente de la República y los Gobernadores de Estado, conjugada con el desdén del jefe de Estado por la pandemia, ha generado una escalada de medidas normativas y administrativas de combate al CoViD-19.

De un lado, el Presidente de la República, jefe del Poder Ejecutivo de la Unión, buscando flexibilizar las medidas de aislamiento y cuarentena, menosprecia la gravedad de la pandemia y se muestra más preocupado por los problemas económicos que las medidas de contención de la enfermedad podrán causar, a pesar de las tímidas medidas tomadas para minimizar los problemas financieros enfrentados por la población más vulnerable. Del otro lado, la gran mayoría de los Gobernadores de Estado adoptando fuertes medidas de aislamiento social y de cuarentena para frenar la diseminación del nuevo Coronavirus. Frente a este conflicto federativo, el Supremo Tribunal Federal ha actuado de modo firme en su papel de Tribunal de la Federación (art. 102, I, inciso “f”, de la Constitución Federal), salvaguardando la autonomía de los entes sub nacionales en el ejercicio de la competencia de todos los entes federativos para el cuidado de la salud.

Ello revela que la Federación brasileña y los mecanismos de frenos y contrapesos previstos en la Constitución Federal de 1988 ha logrado,

hasta el momento, impedir que se implanten medidas irracionales del Presidente de la República, y que se reconozca el ejercicio legítimo de las competencias de los Estados y municipios para el combate a la pandemia, por medio de actos de aislamiento y cuarentena que buscan proteger la salud de la población como un todo.

4. Conclusiones

Tras esta breve exposición, se puede notar que el reglamento de la ley elaborado por el Ministro de Salud ha planteado grandes retos por resolver, pero no ha resultado a la altura. El artículo 3, § 4 de la normativa prevé la responsabilización, conforme a la ley, en caso de haber incumplimiento de las medidas sanitarias de emergencia, siendo éste más un punto lacónico, y la misma indefinición se ha repetido en el reglamento (en su art. 5). Así, quedaría a cargo de la práctica administrativa y judicial definir las consecuencias punitivas posibles al incumplimiento de las medidas, lo que será la piedra de toque para definir si la ley atiende a los requisitos de la proporcionalidad y, por consiguiente, si será adecuada al derecho constitucional brasileño.

Sin embargo, la reciente *Portaria Interministerial* n. 05, de los Ministros de Salud y de Justicia, de forma poco clara, ha indicado parcialmente el procedimiento de ejecución de algunas medidas, en caso de no adhesión voluntaria del infractor, con sugerencia (pues no vinculará a la autoridad judicial) específica de los tipos penales a aplicar – infracción de medida sanitaria preventiva y desobediencia (arts. 268 e 330, ambos ya contemplados en el Código Penal brasileño) –, siendo dichos delitos de menor potencial ofensivo, que difícilmente admiten la pena privativa de libertad.

Al respecto, el trecho de la *Portaria* que consigna la recomendación de que la prisión se mantenga únicamente en el caso de que el infractor no se comprometa a adherir a las medidas sanitarias (art. 7, párrafo único) aparenta colidir con la legalidad penal, puesto que no está previsto ese requisito para la liberación inmediata en el supuesto de delitos de menor potencial ofensivo (art. 69, párrafo único, de la Ley n. 9.099/95).

Además, la *Portaria* define de manera correcta, a nuestro juicio, en su art. 3, § 2, que la carga financiera derivada del incumplimiento de las medidas se cobrará al responsable, por la vía civil, lo que a primera vista, atiende la proporcionalidad.

En un pasado no tan distante del país (1904), una campaña de vacunación forzosa contra la viruela generó una revuelta social, siendo que el punto específico que deflagró la gran convulsión fue, justamente, el proyecto de reglamentación de su aplicación por parte de las autoridades administrativas, que contemplaba, entre otros, el pago de pesadas multas y la restricción de matrícula en escuelas, restricción de viajes y hasta de casamientos en caso de no comprobar haberse vacunado¹². Ahí se nota la importancia de sopesar hasta donde puede y debe ir la reglamentación de una normativa de este tipo.

Sin embargo, lo exótico, actualmente, es una cuestión diversa. El discurso y las acciones del Presidente de la República son dirigidos a negar muchas de las medidas de la ley aprobada por su iniciativa, así como sus varias tentativas de impedir la actuación de los Gobernadores de Estados e intendentes de municipios para la protección de la salud de la población.

¹² N. SEVCENKO, *A revolta da vacina: mentes insanas em corpos rebeldes*, São Paulo, 2018.

Basta recordar que el Supremo Tribunal Federal, por su Ministro Luís Roberto Barroso, el día 31 de marzo de 2020, acogió una medida para impedir la difusión de una campaña publicitaria del Poder Ejecutivo Federal que pretendía instar al pueblo a retomar sus actividades normales (“Brasil no puede parar”), en las ADPFs n. 668 e 669.

Los efectos de la ley, de todos modos, ya empiezan a aparecer. En marzo de 2020, antes de la *Portaria* Interministerial n. 05, un hombre se negó a someterse a la colecta de muestras clínicas y exámenes de laboratorio para verificar si estaba contaminado por el CoViD-19, no obstante presentar síntomas de la enfermedad, después de mantener largo contacto con su esposa, que estaba internada en el hospital a causa de la enfermedad. El 10 de marzo, una jueza letrada del Distrito Federal, con fundamento en la citada Ley 13.979/2020 y con el argumento de la protección del derecho colectivo a la vida y a la salud y a la dignidad humana, restringió la libertad de locomoción y la autonomía de la voluntad del individuo y determinó, con urgencia, que realizara los exámenes serológicos para la detección del Coronavirus. En nombre de la seguridad colectiva, también determinó que el hombre se abstuviera de salir de casa hasta el resultado del examen, permaneciendo en aislamiento domiciliar, so pena de multa. Éste, finalmente, hizo el examen y se constató la presencia del Coronavirus.

A pesar de que esta resolución judicial analizó el conflicto de derechos fundamentales en el caso concreto y decidió a favor de la prevalencia de la protección de la salud pública en detrimento de los derechos individuales del paciente, son las medidas impuestas con miras a lograr la sujeción a los procedimientos médicos y al aislamiento, no aclaradas por la ley y por el

primer reglamento – y apenas parcialmente por la decisión judicial apuntada y por la *Portaria* Interministerial –, las que permitirán evaluar, concretamente, si la ley brasileña de enfrentamiento al CoViD-19 y sus medios de ejecución ofenden, o no, derechos fundamentales y humanos.

Sin embargo, más que sanciones contra los que se niegan a cumplir – o, de hecho, no pueden acatar – las medidas de protección de la salud de la población brasileña, se nota una falta de liderazgo nacional que pueda legítimamente conducir al país, con serenidad, a enfrentar tan grave pandemia, convenciendo a todos que las medidas de aislamiento y cuarentena son los caminos que existen actualmente para evitar el colapso del sistema de salud. Simultáneamente, habría que adoptarse medidas más robustas de enfrentamiento a los problemas económicos generados por la pandemia. Ello permitiría lograr mayor adhesión a las restricciones de locomoción de la población, que precisa de medios de supervivencia, para poder cumplir las reglas de aislamiento y cuarentena. Empero, lo que se nota, hasta este momento, es la tentativa del jefe del Ejecutivo de minar los esfuerzos que han hecho los Gobernadores e Intendentes para salvar vidas.

La disputa federativa, como se ve, prosigue con embates entre la Unión, de un lado, y del otro los Estados y municipios, que hasta ahora han seguido las orientaciones generales de la Organización Mundial de la Salud e impuesto fuertes medidas de aislamiento social y cuarentena para combatir la Covid 19. En esta escalada del conflicto federativo, el Supremo Tribunal Federal continuará siendo solicitado a arbitrar nuevas lides al respecto. Y todo indica, por lo menos hasta este momento, que el diseño institucional de la Federación brasileña y la separación de Poderes son los grandes

responsables de la protección de la salud pública del país, al garantizar la autonomía de

los entes subnacionales y frenar los actos insensatos del Presidente da República.

(21 abril 2020)